

С.В. Сарбаш

ПОРУЧИТЕЛЬСТВО

Комментарий к постановлению
Пленума Верховного Суда Российской Федерации
от 24 декабря 2020 г. № 45
«О некоторых вопросах разрешения споров
о поручительстве»

МОЛОГОС

С.В. Сарбаш

ПОРУЧИТЕЛЬСТВО

**Комментарий к постановлению
Пленума Верховного Суда Российской Федерации
от 24 декабря 2020 г. № 45
«О некоторых вопросах разрешения споров
о поручительстве»**

**М-Логос
2021**

УДК 347.468
ББК 67.404.200.8
С20

Сарбаш, Сергей Васильевич.

С20 Поручительство : комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве» [Электронное издание] / С. В. Сарбаш. — Москва : М-Логос, 2021. — 551 с.

ISBN 978-5-6047367-0-8

Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве» представляет собой масштабный документ, содержащий значительное число правовых позиций высшей судебной инстанции, которые проанализированы в настоящем издании. Осмысление и усвоение столь многочисленных и детализированных подходов судебной практики к толкованию норм закона о поручительстве является непростой задачей, содействовать в решении которой призвана данная книга. Хотя поручительство является классическим представителем системы способов обеспечения исполнения обязательства, имеющим давние традиции, восходящие к римскому праву, как в науке, так и на практике остается еще немало трудных вопросов, поиск ответов на которые является насущной задачей современной юриспруденции. В настоящем издании предпринята попытка скрупулезного анализа текста указанного **Постановления** Пленума ВС РФ, рассматриваются развитие и изменение соответствующих правовых позиций, выявляются дискуссионные аспекты и юридические риски в данной области правоотношений. В релевантных комментариях сформулированы некоторые рекомендации по договорной работе при заключении договоров поручительства. Особое внимание обращается на нюансы как самого текста рассматриваемого **Постановления**, так и существа соответствующих аспектов правовых связей и их динамики.

Книга предназначена в основном для практикующих юристов.

УДК 347.468
ББК 67.404.200.8

ISBN 978-5-6047367-0-8

© Сарбаш С. В., 2021
© М-Логос, 2021

СОДЕРЖАНИЕ

Принятые сокращения	5
Предисловие	8

Постановление Пленума ВС РФ от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве»

Пункт 1	14
Пункт 2	23
Пункт 3	32
Пункт 4	40
Пункт 5	49
Пункт 6	56
Пункт 7	65
Пункт 8	71
Пункт 9	79
Пункт 10	82
Пункт 11	85
Пункт 12	91
Пункт 13	97
Пункт 14	104
Пункт 15	121
Пункт 16	151
Пункт 17	161
Пункт 18	165
Пункт 19	190
Пункт 20	198
Пункт 21	209
Пункт 22	216
Пункт 23	231
Пункт 24	249
Пункт 25	262
Пункт 26	286
Пункт 27	299
Пункт 28	310
Пункт 29	311
Пункт 30	315

Пункт 31	326
Пункт 32	336
Пункт 33	345
Пункт 34	356
Пункт 35	358
Пункт 36	366
Пункт 37	371
Пункт 38	378
Пункт 39	382
Пункт 40	388
Пункт 41	395
Пункт 42	411
Пункт 43	428
Пункт 44	433
Пункт 45	440
Пункт 46	451
Пункт 47	457
Пункт 48	465
Пункт 49	470
Пункт 50	474
Пункт 51	485
Пункт 52	491
Пункт 53	512
Пункт 54	517
Пункт 55	523

Приложение

Постановление Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42

«О некоторых вопросах разрешения споров, связанных

с поручительством» 527

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

АПК – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

ВАС – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ВС – Верховный Суд Российской Федерации

ГК – Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

Закон о банках и банковской деятельности – Федеральный закон от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности»

Закон о банкротстве – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»

Закон о государственной регистрации юридических лиц – Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»

Закон об исполнительном производстве – Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»

Закон о потребительском кредите (займе) – Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»

Информационное письмо № 28 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 января 1998 г. № 28 «Обзор практики разрешения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о поручительстве»

Информационное письмо № 141 – информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 октября 2010 г. № 141 «О некоторых вопросах применения положений статьи 319 Гражданского кодекса Российской Федерации»

Основы законодательства о нотариате – Основы законодательства Российской Федерации о нотариате (утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1)

Пленум – Пленум Верховного Суда Российской Федерации

Постановление № 6 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 июня 2020 г. № 6 «О некоторых вопросах применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о прекращении обязательств»

Постановление № 7 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2016 г. № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств»

Постановление № 9 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании»

Постановление № 13/14 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»

Постановление № 16 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»

Постановление № 25 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»

Постановление № 33/14 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2000 г. № 33/14 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей»

Постановление № 35 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 6 июня 2014 г. № 35 «О последствиях расторжения договора»

Постановление № 42 – постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» (*полный текст этого Постановления приведен для удобства в Приложении*)

Постановление № 43 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 сентября 2015 г. № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности»

Постановление № 49 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 декабря 2018 г. № 49 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении и толковании договора»

Постановление от 22 ноября 2016 г. № 54 – постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении»

Постановление от 21 декабря 2017 г. № 54 – Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации о перемене лиц в обязательстве на основании сделки»

СК – Семейный кодекс Российской Федерации

СКГД ВС – Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации

СКЭС ВС – Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации

ПРЕДИСЛОВИЕ

Поручительство представляет собой договор, имеющий обеспечительную каузу. Этот договор между кредитором в основном (обеспечиваемом) обязательстве и поручителем влечет возникновение правоотношения, охватывающего комплекс прав и обязанностей сторон, опосредующих достижение обеспечительного интереса кредитора. Поручительством именуют также и правоотношение по договору поручительства, а под выдачей поручительства понимают заключение одноименного договора.

Базовой идеей поручительства, которое, по одной из классификаций способов обеспечения исполнения обязательств, относится к личному обеспечению в отличие от вещного обеспечения (залог, удержание, титульное обеспечение), является привлечение третьего лица, чья имущественная масса служит дополнительным источником удовлетворения притязаний кредитора на случай неисправности должника. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства должником кредитор в дополнительном обязательстве вправе искать удовлетворения своего имущественного интереса за счет поручителя.

Применительно к поручительству перед законодателем и правоприменителем, равно как и перед наукой гражданского права, стоит сложная задача отыскания гармоничного соотношения разнонаправленных интересов трех лиц: кредитора, должника, поручителя. Будучи обеспечением, поручительство должно достигать своей цели — эффективной гарантии для кредитора на случай неисполнительности должника. Для должника поручительство есть одно из средств доступа к кредиту в широком смысле этого понятия. Соответственно, ему важно иметь относительно экономичный режим предоставления такого обеспечения кредитору. Для поручителя также требуется установление такого правового положения, которое не влекло бы избыточных рисков, которые могли бы отвратить его от предоставления поручительства. Вся история эволюции модели поручительства есть история отыскания наилучшей гармонизации несовпадающих интересов всех трех вовлеченных в это отношение субъектов.

Пленум делает очередной шаг в указанном направлении. Эффективность обеспечения вообще и поручительства в частности служит средством доступа к кредиту, который необходим для развития эко-

номики, а здоровое развитие экономики служит благополучию людей. Получается, что хорошо настроенное отношение по поручительству обеспечивает благополучие людей.

Столь масштабное разъяснение Пленума в отношении обеспечения исполнения обязательств поручительством требует неспешного и кропотливого анализа. На это требуется много сил и времени, поэтому данный комментарий следует рассматривать как предварительный. Соответственно, сделанные ниже суждения пока не имеют должной глубины и обоснования, а потому их следует воспринимать критически и с осторожностью. Они лишь предлог для дискуссии и начала нашего продвижения в этом вопросе.

При анализе обеспеченных поручительством обязательств следует принимать во внимание структуру обязательственного отношения. Как хорошо известно, по одной из многочисленных классификаций обязательств, последние принято делить на обязательство в узком смысле и обязательство в широком смысле. На примере договорного обязательства весьма упрощенно это деление означает, что обязательства в широком смысле — это все обязательства, возникающие в процессе всего договорного отношения каждой из сторон; обязательство в узком смысле — это одно лишь обязательство (регулятивное или охранительное), возникающее из договора. Оно имеет бинарную структуру: требование и долг. Для традиции российского законодательства преимущественно характерна регламентация обязательств в узком, а не в широком смысле. Для поручительства по общему правилу характерно обеспечение совокупного обязательства должника перед кредитором, т.е. это не обязательство в широком смысле и не обязательство в узком смысле, поскольку под совокупным обязательством понимаются все обязательства в узком смысле, но только одной стороны.

Если бы все обязательства всегда исполнялись надлежащим образом, ни в рассматриваемом **Постановлении**, ни в комментарии к нему не было бы никакой нужды. Одним из последствий девиации от цели обеспеченного обязательства является его неисполнение или ненадлежащее исполнение, что влечет реализацию обеспечительной функции, соответственно, для данного комментария — обеспечительной функции поручительства. Эволюция гражданского права создает типизированные случаи взаимоотношений при поручительстве, которые и формируют в обязательственном праве институт поручительства. Неполнота гипотез, лаконичность диспозиций и другие многочисленные и неизбежные недостатки позитивного права вызывают массовые затруднения в правоприменительной практике, что приводит к ее

противоречивости. Комментируемое **Постановление** делает значительный шаг в направлении единообразия практики по спорам, связанным с поручительством. Но, как и всякий интеллектуальный продукт, выраженный словами, оно требует понимания заложенных там смыслов (явных и неявных), усвоения нюансов, обнаружения и устранения неизбежных противоречий и неясностей, рассуждений о несказанном и загадочном, сравнения с постулатами доктрины и т.д. и т.п.

Присущие российской юридической ментальности традиционный метод юриспруденции понятий и позитивизм в последнее время в аналитической области все больше отодвигаются на второй план, уступая методологии политики права. Мы все больше отвлекаемся от скрупулезного анализа юридических текстов, меньше обращаем внимание на слова, стараясь увидеть за ними смыслы, идеи, принципы, которые помогут найти справедливое решение того или иного типического социально-экономического взаимодействия субъектов гражданского оборота. Наверное, это правильное направление интеллектуальной юриспруденции. Однако пока идеи права выражаются в словах, которые складываются в предложения, а последние – в юридические тексты, методология анализа и разбора таких текстов не должна быть утрачена. Юристы должны уметь точно выражать свои идеи в словах, иначе это может привести как раз к утрате смыслов. Упадок юридической техники нашего законодательства становится уже настолько очевидным, что не нуждается в обосновании. Но право складывается не только из законов, но и за счет других текстов. Сложность здесь заключается в том, что каждое слово в позитивном праве должно иметь правовое значение, иначе зачем его надо было использовать? Но эмпирика показывает, что научное осмысление юридического текста с неизбежностью влечет такие случаи, когда наука вынуждена сказать законодателю «нет», порой полностью проигнорировав его текст или существенно его изменив. Логическая строгость и стройность правовой материи, особенно в источниках позитивного права, отнюдь не являются какими-то анахронизмами. Это костяк права, хрупкость которого способна угрожать дисфункцией всей правовой системе. Научно обоснованная и конструктивная критика позитивного права способна укрепить пошатнувшуюся юридическую конструкцию, не дав ей упасть и разрушиться. Метод правовой дефектологии может оказаться полезным в выявлении слабых мест нашей правовой системы. Поэтому настоящий комментарий пытается обнять буквально почти каждое слово и закона, и **Постановления**, представив размышления по поводу его

употребления. Это делается в попытке соединения методологии политики права и логической семантики юридических текстов.

Комментируемое **Постановление**, так же как и прежнее¹, разделено на тематические разделы, однако по иному принципу. Если в прежнем разъяснении выделялся общий раздел, а также разделы, посвященные поручительству по облигациям и отношениям при банкротстве², то действующее разъяснение распределено по разделам приемом, присущим скорее академической методологии описания правовых феноменов. Всего представлено восемь разделов: 1) общие положения; 2) виды поручительства; 3) возражения поручителя; 4) отношения между должником и поручителем после исполнения кредитором; 5) последствия изменения основного обязательства; 6) прекращение и недействительность поручительства; 7) процессуальные вопросы; 8) заключительные положения.

Этот метод, безусловно, может облегчить поиск необходимой пользователю информации, а также соотнести конкретное разъяснение с определенной тематикой, обозначив его место в систематике соответствующих отношений. Однако следует принимать во внимание, что вследствие объективной сложности рассматриваемых правовых феноменов, которые одновременно могут вбирать в себя черты различных правовых институтов гражданского права, метод распределения материала на разделы не может избежать известной условности такого деления. В некоторых случаях соответствующее суждение с одинаковой обоснованностью можно отнести как к одному разделу, так и к другому (см., например, п. «б» *комментария к п. 33 Постановления*). Поэтому поиск релевантной информации не следует ограничивать исключительно тематическим фокусом.

В связи с принятием рассматриваемого **Постановления** возникает общий методологический вопрос в отношении прежних правовых позиций, особенно обозначенных в арбитражной практике. Здесь можно наблюдать четыре явления: 1) они подтверждены без изменения; 2) они в основном подтверждены и несколько модернизированы; 3) они концептуально изменены и, наконец, 4) они вообще не затронуты в данном **Постановлении**. В отношении первых трех пунктов особенных затруднений в понимании текущих подходов в юриспруденции возникать не должно: следует руководствоваться разъяснениями Пленума. В отношении незатронутых правовых позиций, как представляется,

¹ См. Постановление № 42.

² См. там же.

следует в качестве общего правила исходить из того, что, коль скоро Пленум их не коснулся, намерения отказаться от ранее выработанных подходов в толковании соответствующих норм права у судей не было. Значит, ими следует руководствоваться, если только последующая судебная практика не изменит их. Вместе с тем в некоторых случаях отказ от восприятия прежних правовых позиций можно обосновать именно намерением изменить подход, что будет аргументировано в настоящем комментарии.

Целый ряд положений комментируемого [Постановления](#) основан на ранее выработанных подходах в арбитражной практике, которая учитывала деловые обыкновения, коммерческую и договорную практику, — одним словом, специфику предпринимательских отношений, которые по многим аспектам отличны от бытовых отношений, понимания права обывателями, стандартов поведения граждан. Теперь эти подходы экстраполированы на общую юрисдикцию, и, следовательно, есть опасения, что их применение к спорам между гражданами может приводить к неожиданным результатам, вызывающим у последних ощущение несправедливости, что совсем нежелательно. Поэтому юристам необходимо найти методы адаптации соответствующих разъяснений к характеру отношений и субъектному составу участников гражданского оборота.

Другой немаловажный аспект заключается в том, что опять же целый ряд подходов, складывающихся в судебной практике, был формализован в виде обзоров судебной практики, судебных постановлений по конкретным делам, информационных писем. Правовое решение находилось как бы в обрамлении соответствующего казуса, для которого характерны своеобразные обстоятельства данного дела, или пусть даже модельного случая. Сейчас же правовое решение достигает высокой степени абстрактности толкования нормы закона, которому присуще все то, что характерно и для самого закона, — неспособность достичь справедливого решения для любого конкретного случая с его особенностями, порой уникальным набором обстоятельств, психологическими аспектами и т.п. Отсюда тот же вывод — необходимость адаптировать абстрактное разъяснение к обстоятельствам конкретного случая. Иными словами, в нижеследующих разъяснениях Пленума нужно видеть не столько инструкцию для препарирования юридического казуса, сколько общую идею оценки правовой нормы, иллюстрацию целей ее применения, метод юридической логики, но не шаблон решения для всякого казуса. Разъяснения нуждаются в тонкой настройке в каждом конкретном деле, их нюансировании и калибровке.

Одним словом, применяя разъяснения данного (как, впрочем, и всякого) **Постановления**, юристам главное не огоршить участников гражданского оборота, не способных витать в высоких сферах утонченных и глубоких знаний юриспруденции, высокоинтеллектуальными, но весьма неожиданными построениями полета правовой мысли аналитической юриспруденции. Тут мы должны действовать как врачи, руководствуясь максимой «не навреди». Совместными усилиями доктрины, судей и других практикующих юристов эта задача вполне по плечу.

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 декабря 2020 г. № 45 «О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве»

В целях обеспечения правильного и единообразного разрешения судами споров о поручительстве Пленум Верховного Суда Российской Федерации, руководствуясь статьей 126 Конституции Российской Федерации, статьями 2 и 5 Федерального конституционного закона от 5 февраля 2014 года № 3-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации», постановляет дать следующие разъяснения.

Общие положения

1. В соответствии со статьей 361 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства (далее – основное обязательство) полностью или в части.

Поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, если иное не установлено договором поручительства. При этом поручитель не является должником в основном обязательстве, а исполняет свою собственную обязанность в указанном объеме (пункт 1 статьи 361, пункт 2 статьи 366 ГК РФ).

Исполнение обязательства поручителя перед кредитором, в свою очередь, также может быть обеспечено неустойкой, залогом, поручительством, независимой гарантией и др. (статья 421 ГК РФ).

(а) Абзац первый представляет собой почти точную цитату предложения первого п. 1 ст. 361 ГК. Можно сказать, что он не содержит никакого разъяснения, а призван скорее ввести служебный термин.

В абзаце первом комментируемого пункта вводится понятие *основного обязательства*, которое используется в законе как в сфере обеспе-

чения (п. 2–4 ст. 329 ГК), так и в области других обязательственных отношений, например для отграничения регрессного обязательства (п. 3 ст. 200 ГК). Для института обеспечения исполнения обязательства разграничение основного (обеспечиваемого) обязательства и обеспечительного правоотношения является одним из системообразующим элементов. Обеспечение, аналитически взятое само по себе, не может представлять хозяйственного интереса. Последний сосредоточен в основном обязательстве, которое и призвано удовлетворять соответствующие потребности участников гражданского оборота. Основное обязательство самодостаточно и может существовать без обеспечительного правоотношения, и, наоборот, эффект обеспечения не может быть достигнут без нарушения основного обязательства. В этом смысле обеспечение часто именуют служебным, дополнительным, зависимым, придаточным, аксессуарным правоотношением. Оно складывается для того, чтобы удовлетворить притязание кредитора, когда обязательство оказывается неисполненным или исполненным ненадлежащим образом. Дополнительный характер обеспечительного обязательства имеет многочисленные проявления, например в сфере исковой давности (ст. 207 ГК), перемены лиц в обязательстве (п. 1 ст. 390 ГК), прекращения обязательств (п. 2 ст. 414 ГК). Все это характерно и для поручительства. Дальнейшая систематическая замена Пленумом законодательных понятий «обязательство должника», «обеспеченное поручительством обязательство», «обеспеченное обязательство» понятием «основное обязательство», возможно, сделано не столько для того, чтобы на противопоставлении охарактеризовать обязательство поручителя в качестве дополнительного, сколько для унификации терминологии по тексту [Постановления](#) и экономии места.

Важно отметить, что обеспечиваемые поручительством обязательства, в свою очередь, могут дифференцироваться как основные и дополнительные (например, основной долг и проценты), что не должно приводить к смешению обязательств поручителя и обязательств самого должника.

(б) Природа личных способов обеспечения исполнения обязательств детерминирует такую структуру обязательственных отношений, что кредитор имеет две правовые связи: с должником в основном обязательстве и с лицом, предоставившим обеспечение, по дополнительному обязательству. Совпадение поручителя с должником влечет утрату функционала обеспечения, поскольку для личного обеспечения требуются две имущественные массы, принадлежащие различным субъектам. Обязательство поручителя, хотя и является дополнительным

к основному, не сливается с последним, являясь отдельным обязательством. Поэтому, исполняя свою обязанность, поручитель платит за себя, а не за должника. Он *исполняет свою собственную обязанность* по обязательству. Основания возникновения обязательства должника и поручителя различны. Обязанность поручителя и корреспондирующее ей требование кредитора возникают из договора поручительства (или из закона), а обязанность должника возникает из другого юридического факта.

Пленум указывает, что поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник, если иное не установлено договором поручительства. Это положение является фрагментом из п. 2 ст. 363 ГК, хотя ссылки на данную норму в тексте нет. Видимо, это предложение абзаца второго комментируемого пункта приводится для того, чтобы обосновать отсутствие тождества между обязанностями должника и поручителя. Логика тут, быть может, такая: коль скоро законодателью понадобилось определять объем обязательства поручителя, то это не обязательство должника. Иными словами, если бы поручитель исполнял обязанность должника, то не потребовалось бы вовсе устанавливать объем обязанности поручителя, ведь последний при таком подходе был бы содолжником, т.е. еще одним лицом на стороне должника в обязательстве с кредитором (основном обязательстве). При этом нормативное обоснование наличия собственной обязанности у поручителя обнаруживается в п. 1 ст. 361 и в п. 2 ст. 366 ГК. Если первое законоположение лишь косвенно позволяет нормативно обосновать собственную обязанность поручителя, то второе буквально указывает на исполнение поручителем *своего* обязательства. Хотя указание на то, что поручитель исполняет именно свое обязательство, а не обязательство должника, имеется не только в той норме, которая приведена в [Постановлении](#), но и в другой (п. 2 ст. 364 ГК).

Естественно, нормативный материал дает и другие основания для логического обоснования тезиса об исполнении поручителем собственного обязательства, а не обязательства должника (например, специальное предоставление поручителю возражений должника (п. 1 ст. 364 ГК), в котором не было бы большого смысла, если бы поручитель рассматривался в качестве содолжника). Кроме того, если бы поручитель исполнял обязательство должника, то такое исполнение прекратило бы обязательство (п. 1 ст. 408 ГК), и обосновать суброгацию было бы логически невозможно. Справедливости ради нужно заметить, что при исполнении обязательства третьим лицом (ст. 313 ГК) правопорядок не затрудняется сконструировать платеж (исполнение) с суброгацией.

Упоминание Пленумом о том, что поручитель отвечает перед кредитором *в том же объеме, что и должник*, если иное не установлено договором поручительства, дает нам повод раскрыть здесь юридический феномен акцессорности объема обязательства поручителя, к которому в дальнейшем периодически придется обращаться.

Поскольку обеспечительный интерес кредитора заключается в получении гарантии на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспеченного поручительством обязательства, он оказывается достаточно защищенным названной формулой, применяемой по общему правилу. Все, что причитается кредитору по обязательству с должника, можно потребовать и с поручителя.

Но понятие акцессорности объема не унитарно, поскольку в праве усматриваются его подвиды, а именно: 1) статическая акцессорность объема; 2) динамическая акцессорность объема; 3) ограниченная динамическая акцессорность объема.

Статическая акцессорность объема обязательства поручителя имеет место тогда, когда после нарушения обязательства должником объем обеспеченного поручительством обязательства не изменяется (например, если по условиям договора поручительства ответственность поручителя ограничена суммой основного долга по обеспеченному обязательству должника). Продолжающаяся просрочка должника в основном обязательстве может повлечь нарастание притязаний кредитора (к примеру, в отношении регулятивных и охранительных процентов, неустойки, убытков). Но это никак не отражается на объеме обязательства поручителя: он статичен, не изменяется и равен сумме основного долга по обеспеченному обязательству. Такое же положение дел наблюдается, если, скажем, поручительство обеспечивает паушальный штраф.

Динамическая акцессорность объема имеет место тогда, когда продолжающееся нарушение обязательства должником влечет нарастание требований кредитора и объема обязательства поручителя. Здесь проявляется эффект *акцессорной трансляции* размера причитающегося с должника в основном обязательстве в тело долга (обязательства) поручителя перед кредитором. Чем больше просрочка должника, тем больше объем обязательства поручителя. Разумеется, динамическая акцессорность объема поручительства лучше других защищает интересы кредитора, а потому предпочтительней для него.

Ограниченная динамическая акцессорность объема имеет место тогда, когда продолжающееся нарушение должником обязательства по общему правилу влечет или должно было бы повлечь увеличение размера притязания кредитора, но это отражается на возрастающем объеме

обязательства поручителя только до некоторых пределов, которые и выступают границами динамичности акцессорности объема.

Концептуальная обоснованность ограниченной динамической акцессорности, если она установлена не по договору, вызывает сомнения, поскольку вступает в конфликт с обеспечительной функцией поручительства. Кроме того, если две предыдущие разновидности отличаются относительной простотой и укорененностью в праве, то в применении ограниченной динамической акцессорности наша практика испытывает колебания – то демонстрирует ее внедрение, то, наоборот, отказывается от нее в пользу обеспечительной цели. Введение ограниченной динамической акцессорности продиктовано заботой об интересе поручителя, хотя соответствующий риск неполучения им возмещения при суброгации или регрессе должен ложиться на поручителя. Поручитель является априорным носителем риска тотального банкротства должника в основном обязательстве, а также других лиц, предоставивших обеспечение (например, сопоручителей).

Так, например, до реформы ГК в случае смерти должника в основном обязательстве практика арбитражных судов демонстрировала приверженность динамической акцессорности объема обязательства поручителя, а практика судов общей юрисдикции проводила ограниченную динамическую акцессорность, поскольку в соответствующих случаях объем обязательства поручителя ограничивался стоимостью наследственного имущества (подробнее об этом *см. комментарий к п. 35 Постановления*). Продолжающаяся просрочка должника в основном обязательстве могла повлечь нарастание объема обязательства поручителя вследствие акцессорной трансляции, но как только этот объем достигает предела, которым выступает стоимость наследственного имущества, динамический эффект акцессорности ограничивается, и дальнейшее нарастание объема притязания кредитора к увеличению объема ответственности поручителя не приводит.

Другим примером является отношение при банкротстве должника и поручителя. Если требования кредитора уже установлены в деле о банкротстве основного должника, то при заявлении их в деле о банкротстве поручителя состав и размер требований к поручителю определяются исходя из даты введения процедуры банкротства в отношении основного должника¹. Здесь динамический эффект пресекается датой введения процедуры банкротства в отношении основного должника, и обеспечительная функция поручительства ослабляется.

¹ См. абзац третий п. 51 Постановления № 42.

Еще один пример. В случае банкротства основного должника поручитель отвечает в части мораторных процентов, заменяющих неустойки и иные финансовые санкции¹.

Интересно отметить, что ликвидация должника в основном обязательстве, после того как кредитор предъявил в суд или в ином установленном законом порядке требование к поручителю, не прекращает поручительство (п. 1 ст. 367 ГК). Здесь в силу невозможности суброгации, поскольку не имеется субъекта, обязанного по требованию, поручитель, уплатив кредиторю причитающееся, ничего возместить не может, и это не видится аномальным законодателю и судебной практике, которой собственно последний и вдохновился (*см. комментарий к п. 32 Постановления*).

Но есть другая практика. Например, при рассмотрении одного из дел было указано, что утверждение судом мирового соглашения в деле о банкротстве, предусматривающего *уменьшение размера долга должника*, не должно влечь прекращение обеспечений (поручительства, залога) в отношении тех кредиторов, которые голосовали против утверждения мирового соглашения (кредитор не голосовал за мировое соглашение). Причем, судя по тексту судебного акта, объем обязательства поручителя не уменьшался на сумму уменьшения размера долга основного должника².

Здесь уже, кажется, маятник избыточно качнулся в противоположную сторону.

Еще по одному делу было указано, что фиксация курса иностранной валюты в наблюдении при банкротстве основного должника не влечет ограничение ответственности поручителя при дальнейшем росте курса валюты³. Здесь динамическая акцессорность объема не ограничивается, поскольку нарастание притязания кредитора за счет хеджирующей валютный риск оговорки влечет нарастание объема обязательства поручителя, хотя, оказавшись в реестре требований кредиторов должника, он с очевидностью пострадает в своих имущественных притязаниях.

Создается впечатление, что судебная практика по вопросу обоснованности применения ограниченной динамической акцессорности объема обязательства поручителя пока еще находится в стадии становления и не получила еще прочной прописки в нашей юриспруденции.

¹ См. Определение СКЭС ВС от 10 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-12827.

² См. Определение СКЭС ВС от 14 июня 2016 г. № 308-ЭС16-1443.

³ См. Определение СКГД ВС от 31 марта 2015 г. № 5-КГ15-5; см. также Определение СКЭС ВС от 20 апреля 2017 г. № 305-ЭС16-19525.

(в) Аналитическое разграничение обязательства должника и обязательства поручителя требуется для того, чтобы развести поручительство с институтом множественности лиц в обязательстве (ст. 322–325 ГК). Если бы считалось, что поручитель исполняет не свое обязательство, а обязательство должника, этот способ обеспечения слился бы с множественностью лиц на стороне должника, которая образуется обычно не с обеспечительной целью, а ввиду наличия соответствующего хозяйственного интереса у должников либо ввиду совместного причинения вреда. Кроме того, структура отношений по поручительству и при множественности лиц не совпадает. При множественности лиц на стороне должника нельзя сказать, что обязанность одного из должников является основной, а другого – дополнительной. Тут все обязанности основные.

Повод для такого представления, что поручитель исполняет не свое обязательство, а обязательство должника, давала, в частности, дореформенная норма о переходе прав в силу закона, которая предусматривала данный переход вследствие *исполнения обязательства должника* его поручителем (ст. 387 ГК). Действующая редакция подобного повода не дает, поскольку там верно определяется, что право переходит вследствие *исполнения обязательства поручителем* должника.

Действующий нормативный материал по поручительству практически не дает поводов для поддержания концепции тождества обязательств поручителя и должника. Тем не менее на практике до сих пор допускаются судебные ошибки из-за неверного суждения о том, что поручитель исполняет обязательство должника¹, которые приходится исправлять высшей инстанцией².

Арбитражной практике суждение о том, что поручитель не является содолжником в обеспеченном поручительством обязательстве, было известно и ранее³. Пленум тем самым сохраняет прежнюю практику и распространяет данную правовую позицию на юрисдикцию общих судов. Это является оправданным, поскольку различие общегражданских и предпринимательских отношений нерелевантно для квалификации правоотношения, которая предопределена существом законодательной конструкции и теоретически обоснованной моделью поручительства.

¹ См., например, апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 2 апреля 2019 г. по делу № 33-14108/2019.

² Определение СКГД ВС от 21 января 2020 г. № 5-КГ19-233, 2-3885/2017.

³ См. абзац второй п. 12 Постановления № 42.

(г) Обосновав исполнение поручителем собственного обязательства, а не обязательства должника, Пленум формулирует разъяснение о том, что обязательство поручителя, в свою очередь, также может быть обеспечено. В таких случаях мы имеем дело с обеспечением обеспечения, или *обеспечением второго уровня (перепоручительство)*. Надо заметить, что в арбитражной практике этот подход был установлен и ранее¹.

В **проекте** Постановления предполагалось указать, что поручительство может быть обеспечено также и договором страхования. Согласно п. 1 ст. 932 ГК страхование риска ответственности за нарушение договора допускается в случаях, предусмотренных законом. Норма закона, которая допускала бы страхование ответственности поручителя по договору, нам неизвестна. Стало быть, перед нами могло бы появиться толкование *contra legem*. На ранней стадии становления рыночной экономики в новейшей истории России (до марта 1996 г.) практика страхования ответственности по договорам, в особенности по кредитным договорам, была достаточно широко распространена. Последнее приводило к массовым искам к страховым компаниям. Кажется, что в немалой степени именно эта практика послужила одним из мотивов к запрету свободного страхования ответственности по договорам. В последнее время в доктрине обосновывается неосновательность данного запрета, а также готовятся законодательные изменения на сей счет. Пленум мог бы опередить в этом аспекте законодателя, редуцировав п. 1 ст. 932 ГК для поручительства. Но в принятом **Постановлении** ссылка на договор страхования была исключена.

Возвращаясь к вопросу об обеспечении второго уровня, надо прежде всего отметить, что широкой практики использования этого феномена не наблюдается, хотя отдельные случаи практике были известны². Последнее, видимо, объясняется тем обстоятельством, что для кредитора, который зачастую имеет сильную переговорную позицию, более предпочтительно установить множество способов обеспечения первого уровня, нежели прибегать к обеспечению второго уровня. Обеспечение второго уровня более выгодно для лиц, предоставивших такое обеспечение, поскольку их риски претерпеть негативные последствия реализации обеспечительных прав кредитором уменьшаются.

Модель обеспечения второго уровня сама по себе достаточно проста. Она заключается в том, что основанием предъявления требования к лицу, предоставившему обеспечение второго уровня, является не-

¹ См. абзац первый п. 11 Постановления № 42.

² Постановление Президиума ВАС РФ от 4 октября 2011 г. № 9951/10.

исполнение или ненадлежащее исполнение обязательства по личному обеспечению первого уровня. Например, если должник в основном обязательстве нарушает его, а также нарушает свое обязательство поручитель, то только в этом случае поручитель второго уровня может быть призван кредитором к исполнению. Сложнее обстоит дело с особенностями суброгации при соответствующем обеспечении второго уровня (см. п. «ф» комментария к п. 18 *Постановления*).

Допустимость обеспечения второго уровня объясняется не только нормой о свободе договора, но прежде всего тем, что институт обеспечения исполнения обязательств теоретически пригоден для использования применительно к любому обязательству. Из соответствующих способов обеспечения как юридических фактов возникают обеспечительные обязательства, которые, несмотря на свой специальный целевой характер, являются имеющими юридическую силу обязанностями совершить действие по предоставлению блага в пользу кредитора, т.е. отвечают понятию обязательства (п. 1 ст. 307 ГК). Их обеспечительный характер ни в коей мере не препятствует применению и к ним того или иного способа обеспечения. Другое дело, что некоторые способы обеспечения исполнения обязательства по своему существу не подходят к обеспечению исполнения обязательств поручителя.

В отношении поручительства второго уровня может возникать вопрос о его видовой принадлежности к своего рода субсидиарному поручительству. Для обращения кредитора с требованием к перепоручителю требуется перфекция по его обязательству. Коль скоро перепоручитель отвечает за исполнение обязательства поручителем первого уровня, перфекция не может возникнуть ранее впадения последнего в просрочку. Из п. 43 *Постановления* недвусмысленно вытекает, что Пленум относит обязательство поручителя к бессрочным обязательствам (п. 2 ст. 314 ГК). Если иное не предусмотрено договором поручительства, просрочка должника по таким обязательствам наступает по истечении льготного семидневного срока после предъявления кредитором требования об исполнении. Таким образом, поручительство второго уровня подобно субсидиарному поручительству — с той только разницей, что применяется не разумный срок (абзац второй п. 1 ст. 399 ГК), а семидневный срок (п. 2 ст. 314 ГК), если иной льготный срок не предусмотрен хотя бы одним договором поручительства.

Еще одним немаловажным вопросом является определение круга возражений перепоручителя против требования кредитора. Поручителю первого уровня доступны собственные эксцепции, а также возражения должника. Поскольку перепоручителю также доступны

возражения должника в основном обязательстве, каковым для него является поручительство первого уровня, он получает набор из трех групп возражений: 1) собственные возражения по договору поручительства второго уровня; 2) собственные возражения поручителя первого уровня; 3) возражения должника в основном обязательстве.

(д) Перечень обеспечения второго уровня, которое может быть предоставлено по обязательству поручителя, не является исчерпывающим, что недвусмысленно следует из комментируемого разъяснения. То, какие из известных способов обеспечения не являются пригодными для поручительства, требует более обстоятельного рассуждения, а пока можно отнести к ним задаток, удержание правового титула и гарантийное удержание.

Некоторые виды обеспечения второго уровня открыты не только для другого (помимо поручителя) лица, но и для самого поручителя. Иными словами, поручитель сам может предоставить поручительство второго уровня, обеспечивая свое собственное обязательство, возникшее из договора поручительства. Например, нет никаких нормативных или теоретических препятствий в предоставлении им залога, при наличии соответствующих предпосылок против поручителя может быть применено удержание.

2. Поручительством может быть обеспечено не только денежное обязательство, но и обязательства по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг, воздержанию от совершения определенных действий и т.п. (далее – неденежное обязательство), поскольку у кредитора по этим обязательствам при определенных обстоятельствах, например при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обязательства, могут возникать денежные требования к должнику (о возмещении убытков, взыскании неустойки, возврате аванса и т.п.).

В случае обеспечения неденежных обязательств поручительством обязанность поручителя исполняется им так же, как и при обеспечении денежного обязательства, – в денежной форме.

(а) Поручительство более всего подходит для обеспечения денежных обязательств, поскольку к платежу способен каждый участник гражданского оборота. Исполнение денежного обязательства не требует от должника каких-либо умений и навыков, определенной квалификации или наличия индивидуально-определенных объектов гражданского права. Кроме того, неисполнение должником денежного обязательства позволяет кредитору получить от поручителя ровно то же самое, к чему

был обязан должник, т.е. достигнуть в конечном счете цели обязательства в отношении объекта предоставления. Исполнение неденежного обязательства, напротив, зачастую связано с личностью должника (особенно в обязательствах по оказанию услуг или выполнению работ), а в определенных случаях вообще доступно только должнику в основном обязательстве (например, по обязательству передать уникальную вещь). Означает ли это, что поручительство в принципе непригодно для обеспечения исполнения неденежных обязательств вообще или некоторых из них? Теория, закон и практика дают отрицательный ответ на этот вопрос. Поручительство *может обеспечивать исполнение неденежного обязательства*. В п. 1 ст. 361 ГК это установлено *expressis verbis*.

Семантически выражение «обеспечение исполнения обязательства» может восприниматься как гарантия кредитору в получении именно того, что обеспечено. Юридически значение института обеспечения исполнения обязательства иное. Обязательственное право в основном призвано предоставлять кредитору некоторые экономические выгоды, удовлетворять его имущественные интересы и материальные потребности. Следовательно, при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обязательства кредитор не получает того экономического результата, на который имел право. Всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства влечет такие экономические последствия, которые могут быть с той или иной степенью точности определены в деньгах. Закон и условия обязательства предусматривают, что нарушение обязательства влечет развитие правоохранительного обязательственного отношения, объектом которого является платеж денег. Кроме того, нарушение обязательства нередко влечет возникновение обязанности должника вернуть полученное от кредитора денежное предоставление или возместить стоимость неденежного предоставления. Все эти притязания кредитора по основному обязательству выражены в деньгах, а потому они могут определять объем денежного обязательства поручителя. Но самое главное — к этим действиям способен каждый, ибо платеж — дело нехитрое, были бы деньги.

Поручительство почти никогда не обеспечивает реальное надлежащее исполнение обязательства. Оно лишь может поставить кредитора в такое экономическое положение, в котором он находился бы, если бы обязательство было исполнено надлежащим образом. Даже когда поручительство выдано по денежному обязательству, кредитор обычно получает удовлетворение с просрочкой, а потому полученное им не может быть квалифицировано в качестве надлежащего исполнения должника, хотя по размеру оно может представлять собой ровно

такую же сумму, к уплате которой был обязан должник в основном обязательстве.

(б) Пленум почти дословно подтверждает ранее установленную в арбитражной практике правовую позицию о допустимости обеспечения поручительством неденежных обязательств¹. При этом разъяснение содержит два незакрытых перечня примеров неденежных обязательств, которые могут обеспечиваться поручительством, и денежных обязательств должника, которые будут определять размер денежного обязательства поручителя. В первом перечне соответственно значатся обязательства: 1) по передаче товара; 2) выполнению работ; 3) оказанию услуг; 4) воздержанию от совершения определенных действий. Ясно, что этот перечень может быть дополнен, например, обязательством по перевозке, которое, хотя и развилось на базе архетипа подряда, нормативно последним не обнимается и которое вопреки п. 2 ст. 779 ГК не следует относить к услугам. Во втором перечне приводятся примеры тех денежных обязательств должника, которые возникают при неисполнении или ненадлежащем исполнении неденежного обязательства, обеспеченного поручительством: 1) возмещение убытков; 2) взыскание неустойки; 3) возврат аванса. Надо заметить, что соединение неустоечного обязательства с указанием на *взыскание* неустойки, видимо, является фигурой речи, поскольку неустойку обычно добровольно не уплачивают. Тем не менее следует учитывать, что поручитель в соответствующих случаях обязан к уплате кредитору суммы, равной причитающейся с должника неустойке, независимо от того, взыскана она с должника или нет. Естественно, то же самое относится и к убыткам, и к авансу.

Возможно, добавление пассажа про взыскание неустойки связано с тем, что в избранной Пленумом редакции получается, что требование о неустойке возникает в связи неисполнением или ненадлежащим исполнением неденежного обязательства. Действительно, неустойка становится задолженной только тогда, когда у кредитора возникает право на иск о ее присуждении. Но дело заключается в том, что само по себе неустоечное обязательство возникает ранее, например при заключении договора, предусматривающего ее уплату. С этого момента стороны уже связаны соглашением о неустойке, соответственно, должник обязан к ее уплате, а у кредитора имеется корреспондирующее этой обязанности требование. Другое дело, что это требование является неперфектным (несовершенным), т.е. не готовым к взысканию,

¹ См. абзац второй п. 1 Постановления № 42.

и, может, никогда и не станет таковым, а это обязательство прекратится без исполнения.

Выражение Пленума, данное после поименования незакрытого перечня неденежных обязательств, что у кредитора *по этим обязательствам* могут возникать денежные требования к должнику, следует правильно интерпретировать. Если понимать обязательства по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг в качестве обязательств в узком смысле, то такое словоупотребление некорректно. По обязательству передать товар не может возникать обязательство уплатить деньги: это разные обязательства и разные задолженные действия. А по договору купли-продажи, предусматривающему обязанность продавца передать товар, в случае его неисполнения могут возникнуть денежные обязательства, в том числе составляющие совокупное обязательство неисправного должника (продавца) заплатить неустойку, возместить убытки, вернуть аванс или предоплату. Данные обязательства, смотря по модели развития отношений после нарушения, могут существовать наряду с нарушенным обязательством передать товар (например, неустойка за просрочку), либо это нарушенное обязательство прекращается, а кредитор притязает на другие, уже только денежные обязательства (например, вернуть аванс или предоплату).

Поэтому важно понимать, что, когда в разъяснении говорится об обеспечении неденежных обязательств, имеется в виду *совокупное обязательство*, т.е. все обязанности одной из сторон (должника). Ясно, что программа такого обязательства может предусматривать, что наряду с неденежным обязательством в узком смысле при определенных обстоятельствах у должника может возникать также и денежное обязательство в узком смысле. Если же из соглашения следует, что поручитель обязался отвечать за неисполнение или ненадлежащее исполнение только неденежного обязательства в узком смысле и более ничего с него потребовать нельзя, то такое соглашение означает ограничение объема обязательства поручителя. Но подобное ограничение должно следовать из соглашения, ибо общая диспозиция иная: поручитель отвечает в том же объеме, что и должник (п. 2 ст. 363 ГК). Ясно, что, если кредитор выговорил себе поручительство по договорным обязательствам должника, которые предусматривают неденежное обязательство, он рассчитывает получить за счет имущества поручителя ровно столько, сколько будет обязан должник в основном обязательстве при его нарушении в деньгах. Если поручитель желает отвечать в меньшем объеме, об этом надо договориться с кредитором.

Необходимо также обратить внимание, что Пленум иллюстрирует функциональность поручительства для денежных обязательств, возникающих вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения должником неденежного обязательства, в качестве примера. Однако основное неденежное обязательство может дополняться при определенных обстоятельствах также и денежным обязательством, которое не связано с неисполнением или ненадлежащим исполнением неденежного обязательства. Например, поставщик, получивший предоплату или аванс, может быть обязан по условиям договора к уплате процентов за предоставление коммерческого кредита (ст. 823 ГК). Поэтому, когда поручительство выдано, например, в обеспечение всех обязательств, возникающих из этого договора, обеспеченным будет указанное процентное денежное обязательство, независимо от того, нарушит поставщик обязательство по поставке или нет.

(в) Если прежняя правовая позиция предусматривала, что обязательство поручителя *по общему правилу* исполняется им в денежной форме, то комментируемое разъяснение меняет редакцию: «В случае обеспечения неденежных обязательств поручительством обязанность поручителя исполняется им так же, как и при обеспечении денежного обязательства, — в денежной форме». На первый взгляд расхождение скорее стилистические, но в действительности это не так. Ранее мы могли сделать вывод, что судебная практика допускает так называемое материальное поручительство, когда поручитель в случае неисправности должника обязывается исполнить именно то, к чему обязан должник, например выполнить такую же работу, оказать такие же услуги, поставить такой же товар и т.п. Это следует из того, что денежное исполнение обязательства поручителя обозначается в качестве общего правила, следовательно, *a contrario* в исключение из общего правила допустимо и поручительство *in natura*. На практике нечасто встречаются такие договоры поручительства, когда поручитель принимает на себя обязательство обеспечить предоставление кредитору в натуре именно того, к чему обязался должник в основном обязательстве. Но иногда обнаруживаются и такие случаи. Например, известен казус, когда суд усмотрел, что по условиям договора поручитель обязался выкупить право требования к определенному лицу и уступить его кредитору, если должник этого не сделает. При этом было признано допустимым присудить поручителя к исполнению данной обязанности в натуре, даже если подлежащего уступке требования у него нет¹.

¹ Определение СКГД от 11 мая 2018 г. № 5-КГ18-54.

Если кредитор по неденежному обязательству должника намерен добиваться присуждения его к исполнению обязательства в натуре, то к поручителю он может обратиться только с такими требованиями, которые являются денежными. Из абзаца второго комментируемого пункта недвусмысленно следует, что неденежного требования к поручителю предъявить нельзя. В прежнем разъяснении эта мысль была выражена прямо. Поручитель не является содолжником в обеспеченном поручительством обязательстве (абзац первый ст. 361, п. 1 ст. 365 ГК), предъявленный к нему в случае просрочки должника иск о понуждении к исполнению обеспеченного обязательства в натуре не подлежит удовлетворению, так как в данном случае поручитель обязан уплатить денежную сумму, соответствующую имущественным потерям кредитора, вызванным неисполнением либо ненадлежащим исполнением должником обеспеченного обязательства¹.

(г) В **проекте** Постановления содержался еще один (третий) абзац, исключенный в тексте принятого **Постановления**. Там предусматривалось, что, если из соглашения, заключенного между кредитором и третьим лицом, следует, что такое лицо обязано исполнить неденежное обязательство в натуре солидарно или субсидиарно с первоначальным должником, например передать товар, выполнить работу или оказать услугу, к такому соглашению подлежат применению правила о кумулятивном переводе долга (п. 3 ст. 391 ГК). Таким образом, Пленум предполагал ориентировать суды квалифицировать договор, по которому третье лицо обязуется исполнить неденежное обязательство в натуре солидарно или субсидиарно с первоначальным должником, в качестве соглашения, влекущего кумулятивный перевод долга (п. 3 ст. 391 ГК).

Представляется, что это изменение практики квалификационной интерпретации договора в целом могло бы представляться более удачным решением, чем квалификация соответствующего соглашения в качестве «материального поручительства». Хотя массового применения таких договоров на практике не наблюдается, в тех редких случаях, когда практика столкнется с ними, есть основания ожидать некоторой неопределенности в вопросах соотношения условий договора поручительства и условий договора, из которого возникло основное обязательство. Если же третье лицо является содолжником, то ясно, что все условия договора, долг из которого переводится, распространяются и на него. Если третье лицо желает исключить для себя какие-то

¹ См. предложение первое абзаца второго п. 12 Постановления № 42.

модусы основного обязательства, то их следует оговорить в соглашении с кредитором о переводе долга.

В тексте разъяснения обращало на себя внимание, что должник именовался *«первоначальным должником»*. Дело в том, что договор поручительства не всегда, но довольно часто заключается одновременно с договором, из которого возникают обеспечиваемые обязательства. Едва ли найдутся причины, по которым в этом случае такому договору следует отказать в его квалификации в качестве соглашения, влекущего кумулятивный перевод долга. Тем более не следует придавать правового значения тому, какой из двух письменных договоров, например, подписан ранее. Никакого содержательного различия отношения сторон в этих случаях не имеют. В данном аспекте, возможно, лучшей терминологической методологией было бы образование пары: *«оригинальный должник»* и *«кумулятивный должник»*.

Проект разъяснения буквально не устанавливал, что, если соответствующее соглашение поименовано договором поручительства, к отношениям сторон все равно будут применимы правила о кумулятивном переводе долга, но, видимо, это также имелось в виду. В данной связи следует обратить внимание на такую особенность, что в части субсидиарного поручительства и субсидиарного кумулятивного перевода долга законом установлены различные правила. Если при субсидиарном поручительстве субсидиарную ответственность несет именно поручитель, то для кумулятивного перевода долга устанавливается, что соглашение может предусматривать субсидиарную ответственность первоначального должника, а не нового должника. Ясно, что новый должник может быть заинтересован договориться с кредитором о своей субсидиарной ответственности, а не о субсидиарной ответственности должника в основном обязательстве. Каких-либо логических или правовых причин не допускать такой договоренности не усматривается. Примечательно, что Пленум без каких-либо уточнений помещал в гипотезу **проекта** разъяснения в том числе субсидиарную модель ответственности третьего лица. Представляется, что кумулятивный перевод долга может объясняться различными мотивами. Это может быть обеспечительный интерес, для которого вполне объяснима субсидиарная модель ответственности третьего лица. Но может быть и иной, например конкурентный, интерес, когда третье лицо (новый должник) предпочитает исполнить обязательство прежде неисправного должника, зарекомендовав себя в качестве лучшего контрагента, и для этой модели субсидиарная ответственность первоначального должника подходит лучше.

(д) Поскольку Пленум не принял интерпретационную квалификацию соглашения об исполнении неденежного обязательства в натуре третьим лицом в качестве кумулятивного перевода долга, следует учитывать разъяснение о презумпции поручительства, установленной Пленумом в другом постановлении, посвященном перемене лиц в обязательствах. Там постановлено, что в случае, если неясно, кумулятивный перевод долга или поручительство согласованы кредитором и новым должником, осуществляющими предпринимательскую деятельность, следует исходить из того, что их соглашение является договором поручительства¹. Следовательно, сторонам, желающим заключить соглашение о кумулятивном переводе долга, следует придавать особое значение ясности своего намерения связать себя именно этим видом договора, чтобы избежать риска воздействия указанной презумпции.

При выборе договорной модели отношения (поручительство или кумулятивный перевод долга) третьему лицу следует оценить риски, которые у него возникнут после исполнения своего обязательства. Если поручитель получает по суброгации денежное требование, то к третьему лицу (кумулятивному должнику) перейдут те права, которые имел кредитор, т.е. требование по неденежному обязательству. Если неисправность должника по закону или условиям договора такова, что не дает кредитору право отказаться от обязательства, ему следует быть готовым принять от должника исполнение неденежного обязательства, если оно остается возможным к исполнению. Например, по обязательству поставки товара должник допускает незначительную просрочку, а кредитор истребует исполнение у третьего лица, которое передает товар. Суброгационному кредитору (бывшему кумулятивному должнику) нужно быть готовым принять товар от оригинального должника. В соответствующих случаях исполнение обязательства кумулятивным должником будет приводить к невозможности исполнения обязательства (ст. 416 ГК). Например, по обязательству отремонтировать вещь должник впадает в просрочку, и кумулятивный должник осуществляет ремонт. Обязательство прекращается его исполнением, и более его исполнить никому невозможно: вещь отремонтирована. Далее, видимо, надо допустить логическую секунду, в которую требование кредитора перейдет по суброгации к третьему лицу, которое станет суброгационным кредитором, после чего обязательство и следует считать прекратившимся невозможностью

¹ См. п. 27 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

исполнения. Ближайшей причиной наступления невозможности исполнения являются действия кумулятивного должника, поскольку именно вследствие производства ремонта обязательство оказалось невозможным к исполнению. Однако такое рассуждение приводит к очевидно несправедливому результату и экономической рассинхронизации имущественного соотношения должника и суброгационного кредитора. Поэтому необходимо принять во внимание, что не выполнение работ кумулятивным должником стало истинной причиной наступления невозможности исполнения, а неисправность оригинального должника. Поэтому следует заключить, что за наступившую невозможность исполнения отвечает оригинальный кредитор со всеми последствиями, из этого вытекающими.

Альтернативным вариантом квалификации отношений является признание того, что требование суброгационного кредитора трансформируется в денежное. Ни должник, ни кредитор в такой ситуации не могут ни исполнять, ни требовать исполнения неденежного обязательства, предоставление по которому пересчитывается в деньги. Эта квалификация подкупает своей простотой, однако данная концепция не находит опоры в позитивном праве, а кроме того, теории обязательства такой феномен трансформации неизвестен. При этом также может возникать вопрос, насколько обоснованно заменить обязательство должника на денежное, к которому он не обязывался, только на том основании, что он впал в просрочку и случилась суброгация. Другое дело, когда поручитель, оказавшись суброгационным кредитором, на основании соответствующей просрочки должника имеет секундарное право отказаться от договора и реализует его. Здесь действительно появляются основания для притязания кредитора в деньгах.

Изложенное свидетельствует о том, что поручительство по неденежным обязательствам, равно как кумулятивный перевод долга по таким обязательствам, обладает повышенной степенью риска юридической неопределенности, а их специфика, особенно на этапе постобеспечительной фазы отношения, не отражена ни в законе, ни в разъяснениях судебной практики. Поэтому от соответствующих соглашений требуется особенная детализация и проработка нюансов. Оставляя в стороне вопрос о том, зачем понадобилась имплементация кумулятивного перевода долга, надо обратить внимание, что он урегулирован крайне лаконично, а потому при наличии обеспечительной цели у такой конструкции более развернутые правила о поручительстве могут применяться к соответствующим отношениям по аналогии.

3. Поручительством может обеспечиваться исполнение договорных обязательств, а также обязательств, возникших из иных оснований, например обязательств, возникших вследствие причинения вреда, обязательств по возврату неосновательного обогащения или полученного по недействительной сделке (пункт 1 статьи 361, статья 307.1 ГК РФ).

Поручительством может обеспечиваться исполнение обязательств, которые возникнут в будущем (статья 388.1 ГК РФ).

Поручительство может быть дано и после наступления просрочки по основному обязательству (статья 421 ГК РФ).

(а) Если в предыдущем пункте разъяснение сфокусировано на дихотомическом делении обеспечиваемых поручительством обязательств по такому критерию, как денежный / неденежный характер обязательства, то в комментируемом пункте Пленум обращается к другим основаниям классификации обязательств.

Начиная с допустимости обеспечения поручительством договорных обязательств, Пленум добавляет к этому в качестве примеров перечень еще из трех видов обязательств, смотря по *основанию их возникновения*: 1) обязательств, возникших вследствие причинения вреда или 2) обязательств по возврату неосновательного обогащения либо 3) полученного по недействительной сделке. Прежние подходы в арбитражной практике в этот перечень не включали третий вид обязательств (реституционных)¹. Теория обязательственного права, однако, не дает поводов для опасений, что кто-то посчитает данные обязательства не способными быть обеспеченными поручительством. В качестве нормативного основания сделанного разъяснения, помимо легального определения поручительства (п. 1 ст. 361 ГК), приводится ст. 307.1 ГК, в которой указывается, что общие положения об обязательствах (к каковым относится и поручительство) применяются к договорным обязательствам (п. 1), обязательствам вследствие причинения вреда и вследствие неосновательного обогащения (п. 2), а также к требованиям, связанным с применением последствий недействительности сделки (п. 3).

Прежнее разъяснение, содержащее указание на деликтные и кондикционные обязательства, было сделано в контексте допустимости обеспечения поручительством обязательства, срок исполнения которого определяется в соответствии с п. 2 ст. 314 ГК. Из этого с неизбежностью приходилось делать вывод, что названные виды обязательств относятся к так называемым бессрочным обязательствам, т.е. к таким,

¹ См. предложение второе п. 3 Постановления № 42.

когда обязательство не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить данный срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования. Пленум такого суждения не делает. О возможных причинах этого *см. п. «б» комментария к п. 42 Постановления*.

Текстуально следует уточнить, что в отношении кондикционных обязательств термин «возврат неосновательного обогащения» не следует понимать излишне буквально, поскольку неосновательное обогащение может образоваться не только в виде неосновательного получения чего-либо, которое подлежит возврату, но и в виде неосновательного сбережения собственных средств за счет потерпевшего, к которому термин «возврат» не очень подходит, но используется законодателем.

(б) Какие причины могли бы обусловить необходимость обоснования допустимости обеспечения названных видов обязательств, трудно с уверенностью предположить, особенно в отношении договорных и кондикционных обязательств. В отношении последних было бы полезным указать, охватывает ли поручительство обязанность по возврату полученного должником по договору, признанному *незаключенным* применительно к п. 3 ст. 329 ГК, если на сей счет нет специального указания в соглашении сторон. Это особенно актуально в свете разъяснений, которые отказывают в применении неустойки к обязательствам по возврату полученного по недействительному или незаключенному договору, если только стороны не договорились об этом специально¹. В свете данного подхода могут возникать сомнения в том, что положения указанной нормы, согласно которой при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству, позволяют кредитору прибегнуть к поручительству, если оно было установлено по договорному обязательству должника. В связи с такой неопределенностью кредиторам предпочтительно выговаривать в соглашении с поручителем специальное условие, что оно распространяется на обязанности должника по возврату полученного и на другие, связанные с этим обязанности должника в случае недействительности договора или квалификации его в качестве незаключенного (*см. п. «г» комментария к п. 31 Постановления*).

Что касается специально заключенного договора поручительства в обеспечение исполнения именно реституционного и кондикцион-

¹ См. п. 64 Постановления № 7.

ного обязательства, то его допустимость не вызывает сомнений, в том числе по причине наличия комментируемого разъяснения.

Применительно к обеспечению деликтных обязательств сомнения могут возникать в отношении обязательства по возмещению вреда, причиненного *жизни и здоровью*. Дело в том, что суброгационная концепция поручительства означает, что при исполнении обязательства поручителем к нему переходят права кредитора, т.е. имеет место перемена лица в обязательстве. Согласно ст. 383 ГК переход к другому лицу прав, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, не допускается. С политико-правовой точки зрения указанный законодательный запрет может вызывать сомнения по причине его избыточного патернализма. Кроме того, если в опасениях законодателя в отношении уступки потерпевшим такого требования по низкой цене еще можно было бы усмотреть *ratio legis*, то при суброгации для подобного опасения нет места, ибо к суброгационному кредитору требование переходит ровно в том размере, в котором он удовлетворяет потерпевшего. Кроме того, если для суброгации имеются юридические препятствия, то это будет только сдерживать поручителей выступать таковыми по данному виду обязательств, что только навредит потерпевшим, интересы которых законодатель желал уберечь.

В некоторых недавних разъяснениях можно по крайней мере косвенно усмотреть намерение того или иного ограничения в отношении обсуждаемой разновидности деликтного требования, когда суд указывает, например, на допустимость новации требования о причинении вреда имуществу, но не упоминает требования о причинении вреда личности¹. Однако рассматриваемое разъяснение такой методологии не использует. Тем не менее с практической точки зрения было бы слишком опрометчивым положиться лишь на этот нюанс, чтобы с уверенностью утверждать о том, что Пленум безоговорочно допустил суброгацию по требованиям о возмещении причиненного вреда личности.

(в) Хотя Пленум и обратился к перечислению видов обязательств, допустимых к их обеспечению поручительством, в зависимости от оснований их возникновения, приведенный им перечень *не является исчерпывающим*, что недвусмысленно указано в самом разъяснении ввиду уточнения его примерного характера. Поручительством могут быть обеспечены соответствующие обязательства, скажем, возникшие

¹ См. п. 22 Постановления № 6.

из односторонней сделки, из судебного решения, в силу закона, при наступлении названного в нем обстоятельства, обязательства перед гестором, обязательства из ценной бумаги, например вексельное¹, и т.д. Более сложной задачей является отыскание таких обязательств, которые не могут быть обеспечены поручительством. Даже неисполнение таких обязательств, замена которых суррогатом невозможна, например некоторых обязательств по предоставлению информации, может запустить соответствующее правоохранительное отношение, предметом которого будет платеж, а для его обеспечения поручительством нет никаких препятствий.

Несмотря на то что, в отличие от прежнего разъяснения², Пленум ничего не говорит о допустимости обеспечения поручительством бессрочных обязательств, это, конечно, возможно и, более того, прямо следует из закона (п. 6 ст. 367 ГК), поскольку в названном законоположении урегулирован метод определения срока действия поручительства именно для того случая, когда основное обязательство является бессрочным. В этом смысле необходимость в прежнем разъяснении вызывала сомнения, а то, что действующее разъяснение его не восприняло, вполне объяснимо, в том числе указанным обстоятельством.

(г) Допустимость обеспечения *будущего обязательства* поручительством, о которой разъясняется в абзаце втором комментируемого пункта, признавалась в арбитражной практике ранее³. Более того, как прежняя редакция п. 1 ст. 361 ГК, так и действующая предусматривают это буквально, а потому комментируемое разъяснение ничего не добавляет, разве что отсылая нас к легальному определению обязательства, возникающего в будущем (ст. 388.1 ГК). Особенность поручительства в отношении будущих обязательств раскрывается в п. 7 **Постановления**.

Естественно, в этом случае стороны договора сталкиваются с теми же сложностями, которые характерны для всех сделок с будущими обязательствами, главным образом с необходимостью индивидуализации будущего обязательства, которое должно быть описано с такой точностью, чтобы устранить сомнения в том, какое именно обязательство обеспечено. В этом аспекте для кредитора критичен дизайн будущего обязательства в том смысле, что существенное отклонение

¹ См. п. 33 Постановления № 33/14.

² См. предложение второе п. 3 Постановления № 42.

³ См.: п. 3 Информационного письма № 28; п. 2 Постановления № 42.

его характеристик от тех, что согласованы в договоре поручительства, влечет риск потери обеспечения.

Кроме того, для поручительства по будущему обязательству характерен риск аномального увековечения договора поручительства (подробнее об этом см. п. «е» комментария ниже).

(д) Обычно поручительство выдается ввиду опасений кредитора, что основное обязательство будет нарушено должником в будущем (см. также п. «в» комментария к п. 42 *Постановления*). Однако практике, пусть и в редких случаях, известен такой феномен, когда договор поручительства заключается в условиях, при которых основное обязательство уже нарушено должником, чаще всего вследствие просрочки (*послесрочное поручительство*). На первый взгляд такое соглашение есть какая-то аномалия, ибо неясно, какие интересы могли подвигнуть поручителя и должника поступить подобным образом. Тем не менее, наверное, можно попытаться обосновать рациональность послесрочного поручительства, пусть и для редких случаев. Например, после просрочки должника кредитор еще не утрачивает интерес к исполнению обязательства, а должник видит возможность произвести исполнение позднее, но кредитор отсрочки давать не желает. Чтобы избежать присуждения к исполнению по суду или не подвергнуться отказу от обязательства, должник приискивает поручителя в надежде на слово кредитора не прибегать пока к защите нарушенного права. Иными словами, послесрочное поручительство при наличии *de facto* или *de jure pactum de non petendo* выглядит вполне реалистично. Аффилированность должника и поручителя вполне может подвигнуть последнего на такую рискованную сделку. Ясно, что правопорядку никакого вреда такое соглашение не приносит и его основ не колеблет.

Поэтому арбитражная практика и ранее допускала послесрочное поручительство, причем рассматривая его именно в качестве такового, не переqualificируя данный договор поручительства в какую-то иную юридическую конструкцию¹. Пленум с опорой на норму о свободе договора (ст. 421 ГК) продолжает эту интерпретационную традицию, распространяя ее и на суды общей юрисдикции.

Предлагаемая в доктрине концепция, согласно которой послесрочное поручительство объявляется притворной сделкой, прикрывающей отношения по возложению исполнения обязательства на третье лицо (ст. 313 ГК), не представляется обоснованной и, как видим, не поддер-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 28 июля 2009 г. № 7261/09; предложение первое п. 3 Постановления № 42.

живается практикой. Конечно, в тех или иных обстоятельствах нельзя исключать такого случая, но считать это общим правилом неверно. И дело здесь даже не в том, что неясно, зачем нужно подобное при творство, а в том, что возложение исполнения обязательства на третье лицо никаких прав кредитору в отношении этого лица, как известно, не дает¹. Вместе с тем интересы всех третьих лиц в описанном выше и подобных случаях требуют позитивной поддержки правопорядка, ибо ничего предосудительного в них нет.

Послесрочное поручительство обнаруживает такой феномен, как *мгновенная акцессорная перфекция*, когда, в отличие от ординарного поручительства, между заключением договора и созреванием требования кредитора к поручителю не имеется никакого временного промежутка. Заключение такого договора поручительства влечет возникновение уже созревшего требования, формально-юридически готового к взысканию.

(е) В аспекте обеспечения будущих обязательств стоит уделить внимание случаю, когда по условиям соглашения поручитель соглашается на такое рискованное условие, как все будущие обязательства должника. Хотя законодатель ограничил данную возможность по субъектному составу (только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность) и по объему (необходимо определить пределы долга поручителя), соответствующая новелла закона (п. 3 ст. 361 ГК) продолжает вызывать сомнения. К сожалению, Пленум не коснулся толкования этой нормы, возможно, ввиду отсутствия какой-либо более или менее заметной практики использования данной разновидности поручительства (*глобальное поручительство*). Сомнение вызывает то обстоятельство, что при определенном толковании нормы о сроках поручительства (п. 6 ст. 367 ГК) глобальное поручительство может оказаться вечным договором, что слишком сильно ограничивает свободу поручителя. Дело в том, что будущее пока сокрыто от людей, поэтому потенциально между соответствующим кредитором и должником всегда может возникнуть в будущем какое-либо обязательство. Если стороны договора глобального поручительства не установят срок, после которого обязательство поручителя прекращается, поручитель оказывается связан договором навечно. Последнее противно природе обязательственных отношений. Поэтому следует констатировать пробел в позитивном праве

¹ См. п. 12 информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 декабря 2001 г. № 65 «Обзор практики разрешения споров, связанных с прекращением обязательств зачетом встречных однородных требований».

в отношении срока договора поручительства и отыскивать аналогию закона. Заключая договор глобального поручительства в отношении всех будущих обязательств, поручитель тем самым вверяет судьбу своего имущества в определенных пределах произвольному усмотрению других лиц – кредитора и должника. Получается, что в этой части экономически судьба имущества поручителя, хотя бы и косвенно, определяется или управляется иными лицами. Схожее, хотя и не тождественное положение вещей наблюдается при доверительном управлении имуществом. Поэтому есть основания рассматривать заполнение упомянутого пробела посредством адаптации нормы из п. 2 ст. 1016 ГК. Договор глобального поручительства по всем будущим обязательствам заключается на срок, предусмотренный в соглашении в пределах пяти лет, а при отсутствии такого срока считается заключенным на пять лет.

(ж) Возвращаясь к послесрочному поручительству, надо заметить, что Пленум не коснулся одного аспекта, связанного с этим явлением, представляющим собой специальный случай поручительства по *задавненному основному обязательству*, которое также является послесрочным. Как известно, доминирующим представлением науки и практики является отнесение обязательства, по которому истек срок исковой давности, к натуральным обязательствам. Истечение срока исковой давности по обязательству не прекращает его, а предоставляет должнику эксцепцию по давности, существенно ослабляя судебную защиту нарушенного по такому обязательству права требования. Коль скоро обязательство не прекращается, оно может быть обеспечено в том числе и поручительством. Согласно специальному правилу п. 1 ст. 207 ГК с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.), в том числе возникшим после истечения срока исковой давности по главному требованию. Поэтому заключение договора поручительства в обеспечение задавненного требования по основному обязательству влечет возникновение натурального обеспечительного обязательства – *натурального поручительства*. Российскому праву неизвестна концепция, согласно которой, несмотря на истечение давности по основному требованию, акцессорное не давнится, хотя, как представляется, одно исключение может быть обосновано, что затрагивается ниже.

Даже если впоследствии по основному обязательству исковая давность будет восстановлена в силу письменного признания долга (п. 2 ст. 206 ГК), поручитель не теряет своего возражения; поручительство остается натуральным, поскольку в обратную сторону специальное

правило задавнивания дополнительных требований не работает. Желание должника отказаться от защиты исковой давностью не может вторгнуться в сферу свободного усмотрения поручителя. Последний сам решает, защищаться ему давностью или нет. Однако, конечно, он, в свою очередь, согласованно с должником или автономно может возобновить давность по поручительству, также признав в письменной форме свой долг. Более того, он может это сделать и в тех обстоятельствах, когда основное обязательство остается натуральным (если должник не признавал в письменной форме своего долга). Это означает, что в силу суброгации после исполнения поручителем своего обязательства к поручителю перейдет задавленное требование. В нормах ГК о давности нет запрета на восстановительное действие письменного признания задавленного долга в отношении дополнительных требований, в том числе по которым исковая давность истекла на основании специального правила п. 1 ст. 207 ГК. Да и по существу правопорядок не должен этому препятствовать. Если поручитель желает возобновить давность по требованию к себе, то это его дело и его риск, ведь он вправе произвести исполнение по задавленному требованию (п. 1 ст. 206 ГК). Если поручитель имеет правовую возможность в отношении большего (платеж), то, согласно *argumentum a fortiori*, он имеет право и на меньшее — возобновление давности.

Натуральное поручительство может быть поставлено под сомнение на основании сравнения с правовой позицией задавнивания требования об обращении взыскания на предмет ипотеки. Практика исходит из того, что при невозможности удовлетворения кредитором-залогодержателем его требований об обращении взыскания на заложенное имущество вследствие истечения исковой давности по обеспечивающему основное обязательство залоговому обязательству залогодатель вправе предъявить требование о прекращении обременения его имущества залогом¹. Оставляя в стороне небесспорный пассаж о «залоговом обязательстве», можно заметить, что решение по ипотеке вполне может отличаться от решения по поручительству. Дело в том, что при ипотеке у залогодателя имеется вполне обоснованный законный интерес прекратить соответствующую запись об ипотеке, который и защищается судом, тогда как у поручителя такого интереса нет. Тем не менее пока вопрос натурального поручительства не имеет ясной оценки в нашей судебной практике, а потому следует учитывать данный риск юридической неопределенности.

¹ Определение СКГД от 17 ноября 2020 г. № 5-КГ20-82-К2.

4. Договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника, поскольку иное не предусмотрено параграфом 5 главы 23 ГК РФ.

Кредитор и поручитель солидарно обязаны возместить должнику необходимые расходы, вызванные переходом права к поручителю, если договор поручительства был заключен без согласия должника (пункт 2 статьи 316, пункт 2 статьи 322 и пункт 4 статьи 382 ГК РФ).

(а) Обычно поручитель является тем или иным образом связанным с должником лицом. Естественный ход событий характеризуется тем, что потенциальный должник, нуждающийся в кредите в широком смысле, по требованию потенциального кредитора приискивает поручителя, который по его просьбе заключает договор поручительства с кредитором. Образно говоря, должник приводит поручителя к кредитору. Законодатель индифферентно относится к отношениям между должником и поручителем, никак не регламентируя основания их отношений по вопросу выдачи поручительства, эпизодически упоминая, что между ними может иметь место договор. Это объясняется тем простым обстоятельством, что причины, по которым третье лицо становится поручителем должника, могут быть самыми разными и охватить их типизированным регулированием затруднительно, да и не нужно. В области свободного усмотрения стороны не нуждаются в подобной регламентации и могут сообразовать свой интерес без помощи законодателя. Эмпирические данные показывают, что причины выдачи поручительства за должника обнаруживаются в таких отношениях между должником и поручителем, как семейные, родственные, дружеские или иные личные отношения, корпоративные или иные деловые связи в предпринимательских отношениях. Соответственно, в каких-то случаях поручитель получает прямо или косвенно выгоду от сделки должника с кредитором, а в каких-то случаях действует по причине альтруистических стремлений. Ни наше право, ни судебная практика, ни доктрина почти никак не реагируют на приведенные мотивы поручителя, за исключением, пожалуй, отношений, связанных с банкротством, где в соответствующих случаях анализируется экономическая обоснованность выдачи поручительства. Кроме того, из характера отношений между должником и поручителем могут вытекать отсутствие суброгации или иные особенности перехода права (п. 3 ст. 365 ГК), но на самом договоре поручительства это не отражается.

Какими бы мотивами ни руководствовался поручитель, обычно он выступает в таком качестве *по инициативе должника*. Достаточно часто

это выражается в устном договоре: должник просит поручителя выступить таковым, а последний подписывает договор поручительства.

(б) Практика показывает, что, пусть и нечасто, встречаются случаи, когда договор поручительства заключается *без согласия или уведомления должника*. Понятно, что в некоторых из них просьба должника о выдаче за него поручительства была, но ее наличие не удается доказать. В других же случаях поручитель действительно выступил таковым по собственному побуждению, мотивы которого могут быть неясными. Каким образом правопорядок должен реагировать на выдачу поручительства без согласия должника или даже при его несогласии на такое поручительство? Формально-юридически договор поручительства заключается между кредитором и поручителем, а должник не является его стороной и в данном договоре не участвует. По крайней мере закон не требует его участия в договоре поручительства, а кроме того, не содержит требования о наличии согласия должника на заключение договора поручительства. Но это формальное, т.е. сугубо нормативное, обоснование допустимости поручительства без согласия должника и даже вопреки его несогласию с поручительством. На первый взгляд в заключении договора поручительства по обязательству другого лица без согласия последнего можно было бы усмотреть произвольное вторжение в чужое дело, т.е. противоречие с одним из фундаментальных принципов гражданского права (п. 1 ст. 1 ГК). Но это воззрение верно только в том случае, если сбросить со счетов интересы кредитора, а также политико-правовую задачу надежного функционирования обеспечения как средства доступа к кредиту и, следовательно, развития экономики. Если бы договор поручительства можно было бы опорочить по мотиву отсутствия доказательств согласия на него должника, этот способ обеспечения стал бы менее удобен, а его обеспечительный эффект значительно поколеблен. Кредитору каждый раз приходилось бы заботиться о надежном доказательстве согласия должника на поручительство и нести риски последующего оспаривания такого согласия по тем или иным основаниям. Всякое препятствие в получении данного согласия угрожало бы расстроить сделку, что в конечном счете ударило бы по самому должнику. Кроме того, нельзя не принять во внимание, что во многих случаях интерес поручителя и кредитора мог бы быть достигнут посредством возмездной уступки требования поручителю, на которую согласия должника не требуется. Приведенные соображения показывают, что имеются веские основания допустить заключение договора поручительства без согласия и уведомления должника.

(в) Прежние разъяснения в арбитражной практике соединяли правовую позицию о допустимости заключения договора поручительства без согласия или уведомления должника с последствиями злоупотребления правом¹. В комментируемом Постановлении эти вопросы разделены. Часть прежних подходов закреплена теперь в п. 52, а другая часть оказалась утраченной (см. п. «е» комментария ниже).

Прежнее разъяснение текстуально не вызывало вопросов, ибо там указывалось, что из «положений параграфа 5 главы 23 ГК следует, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника; названное обстоятельство не влияет на действительность договора поручительства». Комментируемое разъяснение переформулирует приведенное – и, кажется, не самым удачным образом. Фраза о том, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника, *поскольку иное не предусмотрено* § 5 гл. 23 ГК, воспринимается двояко. Может создаваться впечатление, что в указанном параграфе имеются случаи, когда названные согласие или уведомление должника все же требуются. Но верное понимание, надо полагать, другое: данная фраза означает, что названный параграф таких согласия или уведомления не требует, поскольку это действительно так. Кроме того, оказалось утраченным указание на то, что отсутствие согласия или уведомления должника не влияет на действительность договора поручительства. Последнее, видимо, можно объяснить тем обстоятельством, что судьи посчитали это указание избыточным: суждения о том, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника, достаточно, чтобы сделать вывод о действительности такого договора.

(г) Поскольку суброгационная концепция поручительства влечет переход права требования к поручителю при исполнении им своего обязательства, у должника в некоторых случаях могут возникать дополнительные расходы, которые ему необходимо понести вследствие перемены лица в обязательстве. Пленум обнаруживает *солидарную обязанность кредитора и поручителя возместить эти расходы*, нормативное основание которой усматривается в п. 2 ст. 316, п. 2 ст. 322 и п. 4 ст. 382 ГК. Прежняя правовая позиция в арбитражной практике, касающаяся последствий исполнения договора поручительства, заключенного без согласия должника, обсуждаемого аспекта не затрагивала, а занятый Пленумом подход является новым и видится вполне практичным, а также справедливым.

¹ См. п. 5 Постановления № 42.

Первая из названных норм предусматривает, что, если после возникновения обязательства место его исполнения изменилось, в частности изменилось местожительство должника или кредитора, сторона, от которой зависело такое изменение, обязана возместить другой стороне дополнительные издержки, а также принимает на себя дополнительные риски, связанные с изменением места исполнения обязательства. Нетрудно заметить, что разъяснение, в отличие от закона, не упоминает рисков, связанных с изменением места исполнения обязательства. Такая редукция нормы, если она действительно имела в виду, не представляется обоснованной. Дело в том, что перемена лица в обязательстве без согласия должника не должна существенно ухудшать положение должника. В противном случае это было бы произвольным вторжением в чужое дело и подрывало бы принцип справедливости и частной автономии, на которых базируется допустимость перемены кредитора в обязательстве без согласия должника. Приведем пример: допустим, обязательство должника предусматривает передачу наличных денег кредитору. Согласно п. 1 ст. 316 ГК данное обязательство по общему правилу подлежит исполнению по месту жительства или месту нахождения кредитора. Представим, что местонахождение суброгационного кредитора оказалось на такой территории, где человеку может угрожать опасность (зона стихийного бедствия, военные действия, эпидемия и т.п.). Ясно, что в этом случае интересы должника подлежат охране правом порядком. Он должен иметь право приостановить исполнение и предложить кредитору принять его в прежнем или в ином согласованном месте исполнения, а также впоследствии отказаться от исполнения обязательства при просрочке кредитора и потребовать возмещения убытков.

Надо заметить, что п. 2 ст. 316 ГК сам по себе не может обосновать ни солидарного характера обязанности по возмещению расходов, ни возложения этой обязанности на выбывшего из обязательственного отношения кредитора. Данные правовые эффекты в нем не названы и из него не следуют.

Вторая норма (п. 2 ст. 322 ГК), обосновывающая солидарную обязанность кредитора и поручителя, предусматривает, что обязанности нескольких должников по обязательству, связанному с предпринимательской деятельностью, равно как и требования нескольких кредиторов в таком обязательстве, являются солидарными, если законом, иными правовыми актами или условиями обязательства не предусмотрено иное. Отсюда видно, что ссылка на это законоположение призвана обосновать не столько обнаруженную обязанность

возмещать соответствующие расходы, сколько солидарный характер данной обязанности для лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Получается, что, если обязательство хотя бы одного из названных в разъяснении лиц (кредитора или поручителя) с предпринимательской деятельностью не связано, обязанность не будет солидарной. Это может вызывать сомнения. Заключение договора поручительства без согласия должника не представляет собой деликта, но похоже на него в том смысле, что при игнорировании воли одного лица совместными действиями двух других лиц должник ввергается в дополнительные расходы. В этом смысле интерес представляет ст. 1080 ГК, согласно которой лица, совместно причинившие вред, отвечают перед потерпевшим солидарно. Но пригодное нормативное обоснование обнаруживается в следующей норме, хотя и оно оказывается неполным.

Третьей нормой (п. 4 ст. 382 ГК), обосновывающей солидарную обязанность кредитора и поручителя, предусматривается, что первоначальный кредитор и новый кредитор солидарно обязаны возместить должнику — физическому лицу необходимые расходы, вызванные переходом права, в случае, если уступка, которая повлекла такие расходы, была совершена без согласия должника. И она буквально, как видно, не способна обосновать солидарную обязанность поручителя и кредитора, если должником является не физическое лицо. Но здесь надо принять во внимание позицию Пленума, сформулированную в связи с приведенной нормой в другом постановлении. Там предусматривается следующее: «В случае уступки требования, совершенной без согласия должника, его расходы, вызванные переходом права и являющиеся необходимыми, подлежат возмещению (пункт 4 статьи 382 ГК). Такие расходы возмещаются должнику — физическому лицу по правилам пункта 4 статьи 382 ГК, а иным должникам применительно к положениям пункта 2 статьи 316, пункта 2 статьи 322 ГК — цедентом и цессионарием солидарно»¹. Формально-юридически норму п. 4 ст. 382 ГК применить к суброгации возможно лишь по аналогии, поскольку она посвящена уступке без согласия должника, а не заключению договора поручительства без согласия должника. Как уже проиллюстрировано выше, строго говоря, две последние нормы из цитаты (п. 2 ст. 316 и п. 2 ст. 322 ГК) не могут безупречно нормативно обосновать обсуждаемый солидаритет. Поэтому остается лишь политико-правовое обоснование, которое базируется на справедливости сформулированной Пленумом право-

¹ См. п. 18 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

вой позиции, поскольку поставить должников в различное правовое положение в зависимости от характера обязательства (п. 2 ст. 322 ГК) и освободить выбывшего из обязательства оригинального кредитора от возмещения расходов (п. 2 ст. 316 ГК), причиной которых являются его действия, теоретически необоснованно.

Необходимо особо обратить внимание, что обязанность в возмещении необходимых расходов возлагается на кредитора и должника не во всех случаях, а только тогда, когда такие расходы вызваны переходом права к поручителю, т.е. речь по существу идет о дополнительных расходах, которые должник не понес бы, если бы перехода права не было. Что касается обычных расходов на исполнение обязательства, то в силу ст. 309.2 ГК по общему правилу их несет должник.

(д) В комментируемом **Постановлении** Пленум не касается еще одного практически важного вопроса в отношении подлежащих возмещению должнику необходимых расходов на исполнение, вызванных переходом права к поручителю. Выражение «возмещение расходов» лингвистически может восприниматься в том смысле, что должник сначала должен понести соответствующие расходы, а затем имеет право требовать их возмещения. Возмещение — это как бы заполнение опустевшего места. Но такой подход вызывает сомнения с точки зрения гармонизации рисков, вызванных действиями кредитора и поручителя. Отношение требует не только эквивалентного выравнивания, но и справедливого распределения названных рисков, которые следует возложить на тех лиц, действия которых являются источником их возникновения. Обозначение самого риска здесь не требует большого труда, поскольку должник, понеся дополнительные расходы, может не добиться их возмещения, например, ввиду несостоятельности кредитора и поручителя. Поэтому правопорядок должен вручить должнику такие юридические средства, которые позволяли бы ему решать, пойти на соответствующий риск или избежать его. Подходящим для этого юридическим средством является обнаружение у должника секундарного (преобразовательного) права на приостановление исполнения до возмещения ему необходимых дополнительных расходов на производство этого исполнения. Такой подход уже продемонстрирован Пленумом: «Расходы должника, вызванные переходом права и являющиеся необходимыми, должник вправе предъявить к зачету (статья 410 ГК) либо приостановить свое исполнение до возмещения указанных расходов (статьи 405, 406 ГК)»¹. Это разъяснение следует распространить и на обязанности кредитора

¹ См. п. 18 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

и поручителя по возмещению обсуждаемых расходов должника. Что касается зачета, то при наличии всех предпосылок для него такое секундарное право должника уже установлено позитивным правом. Тут важнее отметить соотношение этих двух секундарных прав (зачет и приостановление исполнения). Представляется обоснованным считать, что при наличии у должника возможности зачета обязательства должника против его требования о возмещении расходов право на приостановление отсутствует, поскольку в противном случае, имея право на меньшее (расходы на исполнение), должник лишил бы кредитора большего (приостановив все исполнение), что было бы непропорциональным способом реализации интереса должника за счет необоснованного стеснения права кредитора.

(е) Можно обратить внимание на следующий нюанс. Если в абзаце первом комментируемого пункта гипотеза разъяснения охватывает два факта: заключение договора 1) без согласия или 2) без уведомления должника, то выведенное Пленумом из толкования закона правило абзаца второго о возмещении расходов ни о каком уведомлении не упоминает. И это не случайно. Наличие или отсутствие уведомления должника о заключенном без его согласия договоре поручительства на право должника в отношении возмещения соответствующих расходов не влияет. Это и понятно, потому что простое уведомление должника возникновения его расходов не пресекает, они все равно возникнут вследствие изменения кредитора в обязательстве, а должник с этим согласен не был.

Тут можно задаться вопросом о другой комбинации названных двух фактов. Что, если договор поручительства заключен с предварительного согласия должника, но последний об этом факте не уведомлен? Речь идет о такой гипотетической ситуации, когда должник дал согласие поручителю или кредитору на заключение договора поручительства с определенным лицом, но так и не узнал, что он был заключен и исполнен поручителем. В этом случае отсутствие уведомления возникновения у должника права на возмещение расходов не влечет. Дав согласие на заключение договора поручительства, разумный должник не может не понимать, что суброгация может иметь место, а потому, если иное не предусмотрено в соглашении с кредитором или с поручителем, он принимает расходы на себя. Ведь в таком случае должник находится в том же положении, как если бы договор поручительства был заключен по его инициативе. Во всем остальном, что связано с переходом права, должник защищен правопорядком так же, как и любой другой должник при сингулярном правопреемстве.

(ж) Как уже упоминалось (*см. п. «в» комментария выше*), часть прежних разъяснений оказалась утраченной.

Ранее предусматривалось, что суд может не признать состоявшимся переход права к поручителю на основании п. 1 ст. 365 ГК¹. Это соотносилось со случаем установления согласованных действий кредитора и поручителя, направленных на заключение договора поручительства вопреки желанию должника и способных причинить такие неблагоприятные для него последствия, как переход к поручителю прав требования к должнику, несмотря на предусмотренный в основном обязательстве запрет уступки требований без согласия должника². Нормативным основанием непризнания перехода права являлась ст. 10 ГК³.

Означает ли отказ Пленума от восприятия данной правовой позиции намерением отказаться от такой практики, пока с точностью неизвестно. В других случаях злоупотребления правом, например при недобросовестном исполнении обязательства третьим лицом, Пленум предусматривает право суда не признать суброгацию и констатировать, что право не перешло к третьему лицу⁴.

Однако рассматриваемый случай с поручительством может квалифицироваться как притворная сделка (п. 2 ст. 170 ГК). Следовательно, необходимо применять нормы об уступке требования, поскольку доказано, что стороны действительно имели в виду именно ее, прикрывая последнюю поручительством. Согласно п. 3 ст. 388 ГК соглашение между должником и кредитором об ограничении или о запрете уступки требования по денежному обязательству не лишает силы такую уступку и не может служить основанием для расторжения договора, из которого возникло это требование, но кредитор (цедент) не освобождается от ответственности перед должником за данное нарушение соглашения. Отсюда следует, что право все же переходит к притворному поручителю (цессионарию), но цедент может быть привлечен должником к ответственности.

В том случае, когда основное обязательство, по которому выдано притворное поручительство, было неденежным, подлежит применению абзац третий п. 4 ст. 388 ГК, согласно которому, если договором был предусмотрен запрет уступки права на получение неденежного исполнения, соглашение об уступке может быть признано недействительным

¹ См. абзац четвертый п. 5 Постановления № 42.

² См. там же, абзац второй.

³ См. там же, абзац третий.

⁴ См. абзац третий п. 21 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

по иску должника только в случае, когда доказано, что другая сторона соглашения знала или должна была знать об указанном запрете. Таким образом, и здесь право считается перешедшим, пока сделка не оспорена должником. Правда, в другом разъяснении Пленум указал, что, если cedent и цессионарий, совершая уступку вопреки названному договорному запрету, действовали с намерением причинить вред должнику, такая уступка может быть признана недействительной (ст. 10 и 168 ГК)¹.

Изложенное показывает, что в условиях действующего законодательства об уступке требования отсутствуют правовые основания для вывода о том, что право не переходит, поскольку имеется специальное регулирование, применение которого приводит к прямо противоположному выводу. Поэтому имеются основания рассматривать умолчание Пленума как квалифицированное. Иными словами, если доказано, что договор поручительства, заключенный без согласия должника, прикрывал сделку об уступке требования, но без намерения причинить вред должнику, суд не вправе признать несостоявшимся переход права. Нарушенные права и законные интересы должника защищаются в таких ситуациях иными юридическими средствами.

Еще одно разъяснение, не воспринятое в действующем **Постановлении**, устанавливало следующее. В силу общих правил об обязательствах (ст. 308 ГК) на должника, доказавшего наличие обстоятельств, указанных в абзаце втором п. 5 Постановления № 42, не могут быть возложены негативные последствия неисполнения обязанности по уведомлению поручителя, установленные в ст. 366 ГК².

Что касается обязанности должника по извещению поручителя, то данный вопрос решен Пленумом в п. 22 **Постановления** (см. п. «б» *комментария к указанному пункту*), и должник в защите с использованием названной правовой позиции более не нуждается, ибо это обеспечивает новая правовая позиция Пленума. Если же речь идет о притворном договоре поручительства, прикрывающем уступку требования, то и в этом случае должник не нуждается в рассматриваемой правовой позиции прежнего разъяснения, поскольку у него нет соответствующей обязанности извещать поручителя, ибо последний в действительности цессионарий, а не поручитель.

Следовательно, и здесь молчание Пленума можно рассматривать как квалифицированное, ибо правопорядок более в названной правовой позиции не нуждается.

¹ См. абзац второй п. 17 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

² См. абзац пятый п. 5 Постановления № 42.

(з) Пленум, затрагивая вопрос необходимости согласия на заключение договора поручительства, касается только вопроса о согласии должника, однако, как показывает судебная практика, иногда рассматриваются дела, по которым оспаривается договор поручительства по основанию отсутствия согласия супруга поручителя. Об этом *см. п. «з» комментария к п. 48 Постановления*.

5. Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме, и ее несоблюдение влечет ничтожность договора поручительства (пункт 2 статьи 162 и статья 362 ГК РФ).

Письменная форма договора поручительства считается соблюденной, если письменное предложение поручителя заключить договор принято кредитором. Письменная форма договора поручительства считается также соблюденной и в том случае, когда отсутствует единый документ, подписанный сторонами, но имеются письменные документы, свидетельствующие о согласовании сторонами условий такого договора (например, путем обмена документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи; включение условий поручительства в основное обязательство, которые также подписаны поручителем; отметка о подтверждении кредитором принятия поручительства, сделанная на письменном документе, составленном поручителем (пункт 1 статьи 160, пункт 2 статьи 162 и пункты 2 и 3 статьи 434 ГК РФ).

(а) Юридическая логика мало когда выступает приемлемым методом для выбора правопорядком той или иной формы договора. Это по большей части политико-правовой выбор законодателя, причем нередко, скорее, интуитивный. Для договора поручительства традиционной формой сделки выступает *простая письменная форма*. Особенность договора поручительства по сравнению со множеством других договоров заключается в том, что его заключение и последующие отношения сторон вплоть до перфекции обязательства поручителя не сопровождаются какими-либо действиями сторон по исполнению договора, которые могли бы свидетельствовать о наличии договорного отношения, хотя в судебной практике можно обнаружить суждение, что договор поручительства исполняется с момента его заключения¹. Договор поручительства порождается чистой волей его сторон. Кроме того, поручитель не получает встречного предоставления от кредитора за выдачу поручительства, поскольку поручительство представляет со-

¹ Определение СКГД ВС от 24 ноября 2015 г. № 89-КГ15-13.

бой односторонний договор, в котором долг имеется только у одной стороны, а притязание, соответственно, только у другой. Предполагаемое взыскание долга с поручителя целесообразно освободить от нежелательного спора о самом факте наличия договора между сторонами, поскольку это ослабило бы обеспечительный эффект поручительства. Наверное, данные соображения в какой-то степени могут объяснить требования закона в отношении соблюдения простой письменной формы, которая, с одной стороны, снижает риск возникновения названного спора, а с другой стороны, не возлагает избыточных издержек и организационных неудобств, которые возникали бы при нотариальной письменной форме договора.

(б) Статья 362 ГК устанавливает, что договор поручительства должен быть совершен в письменной форме, а ее несоблюдение влечет недействительность договора поручительства. Прежние разъяснения в арбитражной практике не касались вопроса формы договора и последствий ее нарушения. Комментируемый пункт действующего [Постановления](#) без нормативного обоснования указывает на это последствие: договор поручительства, не соответствующий требованию о простой письменной форме, *ничтожен*. Как видно, абзац первый комментируемого пункта почти дословно воспроизводит содержание ст. 362 ГК — с одним только содержательным отклонением: термин закона «недействительность» заменен термином «ничтожность». В свете п. 2 ст. 168 ГК для суждения о ничтожности недействительной сделки требуется обосновать, что она посягает на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц. Недействительный договор поручительства интересов третьих лиц не затрагивает настолько, чтобы объявить его ничтожным. Что касается публичных интересов, то, согласно раскрытию этого понятия самим Пленумом, под таковыми, в частности, следует понимать интересы неопределенного круга лиц, обеспечение безопасности жизни и здоровья граждан, а также обороны и безопасности государства, охраны окружающей природной среды¹. Кажется, ни один из названных интересов оспоримостью договора поручительства не нарушается. Однако публичные интересы указанным перечнем не ограничиваются. Остается заключить, что для гражданского оборота нежелательно подвергать риску его участников, когда по предполагаемому устному договору поручительства они подверглись бы опасности взыскания с них соответствующих сумм с перспективой не возместить ничего по суброгации. Видимо,

¹ См. п. 75 Постановления № 25.

это и есть тот публичный интерес, на который может посягать устный договор поручительства.

Надо заметить, что на практике не наблюдается широкого распространения споров, связанных с тем, что договор поручительства был заключен в устной форме. Традиционный подход законодателя в отношении письменной формы договора поручительства, надо полагать, прочно укоренился в правосознании участников гражданского оборота, и устных договоров поручительства просто никто не заключает.

(в) Пленум указывает, что письменная форма договора поручительства считается соблюденной, если письменное предложение поручителя заключить договор *принято кредитором*. Это разъяснение страдает неполнотой, поскольку, если письменное предложение кредитора заключить договор принято поручителем, надо полагать, письменная форма договора тоже должна считаться соблюденной. Более того, технически на практике кредитор, который является «хозяином сделки», обычно подготавливает проект договора и предлагает его подписать непосредственно поручителю или через должника. Это обстоятельство может иметь юридическое значение, если появится почва для применения такого метода толкования договора, как *contra proferentem*. В тех случаях, когда будет установлено, что договор, проект которого был предложен одной из сторон, содержал в себе условия, являющиеся явно обременительными для ее контрагента и существенным образом нарушающие баланс интересов сторон (несправедливые договорные условия), а контрагент был поставлен в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора (т.е. оказался его слабой стороной), суд вправе применить к такому договору положения п. 2 ст. 428 ГК о договорах присоединения, изменив или расторгнув соответствующий договор по требованию такого контрагента. В то же время, поскольку согласно п. 4 ст. 1 ГК никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК или о ничтожности таких условий по ст. 169 ГК¹.

Относящееся к письменному предложению поручителя заключить договор выражение «принято кредитором» не следует воспринимать натуралистически, т.е. в смысле получения владения документом адресатом. Здесь нужно юридическое, а не бытовое понимание, т.е. такое принятие, которое означает согласование условий поручительства.

¹ См. абзацы второй и третий п. 9 Постановления № 16.

В противном случае поручительство превратилось бы в одностороннюю сделку или в договор, заключаемый молчаливым акцептом. Впрочем, четвертый способ заключения договора (см. ниже) может поколебать это наше понимание.

Согласно п. 2 ст. 432 ГК договор заключается посредством направления оферты (предложения заключить договор) одной из сторон и ее акцепта (принятия предложения) другой стороной. Использованная Пленумом фраза «письменное предложение... заключить договор принято...» другой стороной, скорее, ближе к такому методу заключения договора, как акцепт оферты. Но его, пожалуй, следует воспринимать нейтрально, имея в виду, что договор поручительства может заключаться в виде единого документа, который сначала подписывается одной из сторон, а затем другой, с оставлением у каждой стороны одного экземпляра договора. Ничто в существе договора поручительства и в законе не дает повода исключить как один, так и другой модус заключения договора, хотя на практике доминирует метод заключения договора поручительства в виде единого документа.

Несмотря на указанную доминанту, Пленум уделяет достаточно внимания другим случаям заключения договора поручительства с соблюдением письменной формы, когда отсутствует единый документ, подписанный сторонами.

Эти случаи объединяет общий принцип: *имеются письменные документы*, свидетельствующие о согласовании сторонами условий договора поручительства. Сам же перечень названных случаев (способов заключения договора) является примерным и выглядит таким образом:

- 1) обмен документами;
- 2) обмен электронными документами, передаваемыми по каналам связи;
- 3) включение условий поручительства в основное обязательство, которые также подписаны поручителем;
- 4) отметка о подтверждении кредитором принятия поручительства, сделанная на письменном документе, составленном поручителем.

Нормативным основанием для указанного разъяснения послужили п. 1 ст. 160, п. 2 ст. 162 и п. 2 и 3 ст. 434 ГК. При этом ссылка на п. 2 ст. 162 ГК о недействительности договора смотрится среди обоснования несколько странновато и, видимо, должна восприниматься в негативном смысле, имея в виду, что ни один из указанных выше случаев недействительности сделки не влечет.

О первом способе, т.е. обмене документами в смысле акцепта оферты, уже было сказано выше.

Способ заключения договора посредством обмена электронными документами, передаваемыми по каналам связи, текстуально является частичным заимствованием из недействующей редакции п. 2 ст. 434 ГК, которая оперировала таким термином, как «электронные документы, *передаваемые по каналам связи*». С 1 октября 2019 г. эта терминология в указанном виде в законе не используется. Видимо, разработчики [Постановления](#) Пленума использовали одну из предыдущих редакций ГК. Но по существу этот нюанс ничего не меняет, поскольку новая редакция оперирует выражением «обмен электронными документами», который, надо полагать, без тех или иных каналов связи невозможен, поэтому неясно, зачем законодателю понадобилось убрать слова о «каналах связи». Можно предположить, что разработчики соответствующих изменений ГК посчитали, что обмен электронными документами в каких-то случаях возможен и без использования каналов связи, имея в виду его отраслевое, т.е. сугубо техническое, значение. По крайней мере пояснительная записка к соответствующему законопроекту традиционно не поясняет, чем помешали пресловутые каналы.

Если условия поручительства включены в текст договора, обязательство по которому обеспечивается, желательно, чтобы принятие данных условий было завизировано поручителем в том месте текста договора, где они сформулированы. Это нужно не потому, что буквальное значение разъяснений таково, что подписывать требуется не договор, а именно условия («...включение условий... которые также подписаны...»), а потому, что это снижает риски последующего оспаривания наличия воли поручителя на то, чтобы связать себя соответствующими условиями. Тем не менее подписание поручителем текста договора, так же как это делают его стороны, как представляется, не влечет признания незаключенным договора поручительства или несоблюдение письменной формы этого договора.

В последнем способе заключения договора допущена та же неточность, на которую указано выше. Отметка о подтверждении выдачи поручительства, сделанная поручителем на документе, составленном кредитором, надо полагать, ничуть не меньше свидетельствует о согласовании условий договора поручительства, чем четвертый способ.

Что касается самой отметки, фигурирующей в разъяснении, то ни закон, ни судебная практика не раскрывают ее точного содержания. Данный способ заключения договора, надо полагать, позаимствован Пленумом из арбитражной практики конца прошлого века (хотя там речь шла о случае составления документа поручителем и должником

с учинением на нем отметки кредитором)¹. Что это за отметка и зачем она нужна? Казалось бы, можно было бы сформулировать разъяснение без использования этой пресловутой «отметки», например «подписание одной стороной письменного документа, составленного другой стороной, содержащего условия договора поручительства», но нам предлагают именно отметку. В бытовом смысле термин «отметка» имеет весьма многочисленные значения, а обобщенно означает некоторый знак. В юридическом смысле такая отметка должна подтверждать волю соответствующей стороны на принятие условий поручительства. Представляется, что одной подписи стороны договора будет вполне достаточно, как этого достаточно при подписании любого другого договора, ведь и подпись обнимается понятием «отметка» в широком смысле. Ясно, что и добавление к подписи соответствующих слов и выражений, например «подтверждаю выдачу поручительства», «принимаю данное поручительство», «согласен», «одобряю», «подтверждаю» и т.п., отвечает требованию Пленума о наличии отметки. Важно только, чтобы эти отметки не несли негативной смысловой коннотации, literalной или символической.

Кроме того, в разъяснении ничего не говорится, что сам документ, составленный поручителем, должен быть им подписан, но это очевидно, ибо одного составления документа недостаточно, даже если это сделано собственноручно. Данный вывод подтверждается ссылкой Пленума на п. 1 ст. 160 ГК, согласно которому сделка в письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, либо должным образом уполномоченными ими лицами.

Следует сделать еще одно уточнение по поводу «отметки о подтверждении кредитором принятия поручительства». Из соответствующего фрагмента может создаваться впечатление, что кредитор получил от поручителя письменный документ, содержащий условия поручительства, и учинил на нем отметку, чего и достаточно, чтобы считать договор поручительства заключенным. Однако это не так. Дело в том, что обсуждаемая отметка есть не что иное, как акцепт оферты. Согласно п. 1 ст. 433 ГК договор признается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Отсюда следует, что документ с отметкой должен быть каким-то образом получен другой стороной. Пленум недаром использует термин «подтверждение кредитором принятия поручительства», поскольку выше

¹ См. п. 1 Информационного письма № 28.

он обоснованно указывает на письменные документы, свидетельствующие о согласовании сторонами условий договора. Согласование условий означает, что каждая из сторон знает о принятии данных условий другой стороной. Именно поэтому закон говорит о получении акцепта, поскольку только тогда оферент и узнает о согласии своего *vis-a-vis*. Иными словами, акцепт должен быть воспринят оферентом. Но сложность может обнаружиться тогда, когда документ имеется в одном экземпляре. Это может ослабить правовую позицию того лица, которое документа не имеет, а кроме того, неясно, как доказывать, что акцепт был получен, если документ остался у кредитора с его же отметкой. Может, нужно сделать еще и отметку поручителя о том, что он воспринял отметку кредитора, но тогда мы получим письменный документ, подписанный (помеченный) сторонами. Отсюда вытекает тривиальный вывод: описанный метод лучше не использовать, а прибегнуть к обычному модусу заключения договора.

Ссылка на п. 3 ст. 434 ГК может вызывать некоторые сомнения в правильном понимании комментируемого разъяснения. Согласно этой норме письменная форма договора считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор принято в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 438 ГК. В данном пункте установлено, что совершение лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.) считается акцептом, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или не указано в оферте. В тексте разъяснения ничего похожего на упомянутые действия не указывается. В этом смысле возникает вопрос, насколько обоснование суждения соответствует его содержанию. Да и по существу особенность правоотношения, возникающего из договора поручительства, состоит в том, что вскоре после заключения договора поручительства его стороны не совершают каких-либо действий, поскольку обычно ни поручитель не производит предоставления вплоть до исполнения им обязательства, ни кредитор обычно не предоставляет чего-либо поручителю. Может быть, имелся в виду такой гипотетический случай, когда поручитель, получивший письменное предложение о заключении договора, в срок, предусмотренный для акцепта, произведет исполнение, поскольку для этого наступят основания (ненадлежащее исполнение или неисполнение основного обязательства). Действительно, в такой ситуации, наверное, обоснованно признать договор поручительства заключенным в письменной форме. Но кредитору по-

лагаться на такой модус заключения договора с очевидностью крайне нежелательно.

Ясно, что подписание сторонами договора поручительства в виде единого документа влечет меньшие риски, чем иные способы его заключения, поэтому для кредитора предпочтительным, пожалуй, остается именно такой модус заключения договора.

6. По смыслу пункта 3 статьи 361 ГК РФ, если в договоре поручительства не упомянуты некоторые из условий основного обязательства, например размер или срок исполнения обязательства, размер процентов по обязательству, но оно описано с достаточной степенью определенности, позволяющей суду установить, какое именно обязательство было либо будет обеспечено поручительством, или в договоре поручительства есть отсылка к договору, регулиющему основное обязательство и содержащему соответствующие условия, то договор поручительства не может быть признан судом незаключенным.

(а) Одним из важнейших вопросов договорного права вообще является вопрос о том, что именно стороны должны согласовать, чтобы договор считался заключенным. Здесь правопорядку нужно определить «золотую середину», с тем чтобы, с одной стороны, договорное отношение не оказалось слишком неопределенным, а с другой стороны, чтобы не затруднять участникам гражданского оборота заключать сделки. Российское законодательство в этом вопросе далеко от идеала, поскольку зачастую выдвигает избыточные, а порой абсурдные требования, относя к необходимым для договора условиям такие, которые на самом деле согласовывать не нужно. Особенно порочно в этом отношении отраслевое законодательство. Взять хотя бы условие о классе сейсмостойкости объекта недвижимости для договора участия в долевом строительстве.

Что же касается договора поручительства, то здесь, можно сказать, ситуация практически идеальна. В этом аспекте законодатель весьма комплементарен в отношении сторон договора и не возлагает на них необходимость согласования множества условий соглашения.

Единственным существенным условием базового договора поручительства, помимо обозначения его каузы, является *идентификация основного обязательства*. Стороны вправе определить объем ответственности поручителя, срок действия поручительства, установить собственную ответственность поручителя за ненадлежащее исполнение обязательства, согласовать иные условия, но ничего этого для того, что-

бы договор считался заключенным, они делать не обязаны. Достаточно так сформулировать договор поручительства, чтобы было понятно, какое или какие обязательства должника обеспечены поручительством. В принципе, подписанный сторонами письменный документ, в котором сказано, что одна сторона поручается по такому-то обязательству, является надлежащим договором поручительства. Можно обойтись всего одним предложением. Более того, если письменный договор, из которого возникает основное обязательство, подписан третьим лицом, поименованным как поручитель за такого-то, теоретически этого также было бы достаточно для вывода о наличии договора поручительства, ибо вся необходимая информация имеется.

(б) Комментируемое разъяснение почти дословно воспроизводит с некоторыми редакционными уточнениями один фрагмент из ранее сформулированной правовой позиции в арбитражной практике¹. Отличие обнаруживается в нормативном обосновании: если прежнее разъяснение опиралось на все положения § 5 гл. 23 ГК, то действующее разъяснение обосновывается смыслом п. 3 ст. 361 ГК. Ранее ГК не было известно данного нормативного положения. Согласно предложению первому п. 3 ст. 361 ГК условия поручительства, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре поручительства имеется *отсылка к договору*, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство.

Ранее такой метод согласования условия вызывал сомнения, которые, наверное, могли зиждиться на представлении о том, что поручитель не является стороной основного обязательства, а потому его обязательство определяется неизвестным ему фактором. Однако это избыточно формальное представление не выдерживало критики и проверки на элементарную рациональность, а потому было опровергнуто в арбитражной практике. Ясно, что разумный и осмотрительный поручитель, подписываясь под договором, содержащим отсылку к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство, озабочится тем, чтобы ознакомиться с условиями основного обязательства. Тот же поручитель, который этого не делает, действует на свой страх и риск, а потому не заслуживает заботы законодателя в ущерб интересам кредитора, ибо *volenti non fit injuria*.

Таким образом, правопорядок объективно вменяет поручителю знание всех условий основного обязательства, по которому он выдает поручительство.

¹ См. абзац первый п. 10 Постановления № 42.

(в) В части отсылочного метода определения существенного условия договора поручительства Пленум ограничивается по существу цитированием закона, ничего не добавляя к его содержанию. Между тем повод для этого имеется, в том числе в связи с неточностью как прежнего разъяснения, которым, видимо, вдохновился законодатель, так и самого текста нормы. Дело заключается в том, что, как известно и обосновано выше, поручительством может обеспечиваться не только договорное обязательство, но и обязательство, возникшее по иному основанию. Ясно, что законодательная модель избрана на основании наиболее часто встречающегося на практике случая — отсылки к условиям основного договорного обязательства. Однако это вовсе не означает, что данный метод идентификации основного обязательства непригоден для других видов обязательств. Главным в рассматриваемом методе является устранение неопределенности по вопросу о том, какие или какие обязательства обеспечены поручительством. Если эта цель достигается тем или иным образом, такой метод является пригодным. Соответственно, договор поручительства может содержать отсылку к обстоятельству, которое является основанием возникновения основного обязательства. Например, вполне допустима отсылка к документу, формализующему соответствующее обстоятельство, скажем, к административному акту, которым зафиксирован факт причинения вреда. Если имеется юрисдикционный акт государственного органа, допустим, о дорожно-транспортном происшествии, и в договоре поручительства имеется отсылка к его реквизитам, основное обязательство следует считать согласованным. Или если имеется соответствующий акт коммунальных служб о причинении вреда помещению протечкой воды, то и он пригоден для названных целей. Если, скажем, в договоре поручительства имеется отсылка к реквизитам платежного документа, исполнение которого послужило неосновательному обогащению должника, то указание на этот документ в договоре поручительства определяет кондикционное обязательство, обеспеченное таким поручительством.

Ни закон, ни судебная практика не отвечают на вопрос о том, каково достаточное содержание самой отсылки, чтобы считать существенное условие договора поручительства согласованным. Собственно, закон и не должен отвечать на подобные вопросы, ибо, если приспособить известное выражение к нашему контексту, *de minimis non curat lex*, т.е. закон не заботится о мелочах, а мы позаботимся.

Обычно на практике договор поручительства содержит отсылку к так называемым реквизитам договора, которые чаще всего представ-

ляют собой указание на номер договора, его дату и стороны, а иногда на вид договора. Например, в договоре указывается, что договор поручительства обеспечивает все обязательства такого-то перед таким-то по заемному договору с таким-то номером и такой-то датой. Этого вполне достаточно. Более рискованной практикой является указание только на стороны договора, однако если выяснится, что никакого другого договора между сторонами не имелось, то и в таком случае договор поручительства не может признаваться незаключенным. Во всех подобных случаях поручитель не может отговариваться от обязательства, если по обстоятельствам дела ясно, что он не мог не понимать, по какому обязательству он поручился.

(г) Второй метод определения основного обязательства в договоре поручительства условно можно назвать описательным. Если такое обязательство *описано* с достаточной степенью определенности, позволяющей суду установить, какое именно обязательство было либо будет обеспечено поручительством, договор поручительства не может быть признан судом незаключенным. Легко заметить, что Пленум выводит это суждение не из содержания п. 3 ст. 361 ГК, а из его смысла. Описательный метод, в отличие от отсылочного, названной нормой или какой-либо другой нормой о поручительстве буквально не предусматривается. Строго говоря, из указанной нормы смысл описательного метода вывести затруднительно. На самом деле этот смысл скорее можно обнаружить в доктринальных представлениях о поручительстве, его легальной дефиниции (п. 1 ст. 361 ГК), а также в понятии обязательства. Наша традиция судебного толкования такова, что ссылаться на доктрину не принято, поэтому разъяснения обосновываются отысканием некоторых смыслов в норме закона, которых там нет.

Но сложность с описательным методом заключается не в том, что обнаружен несуществующий смысл в законе, а в том, как его использовать. Дело в том, что обязательство является идеальной сущностью, а потому поддается описанию только логически, а не натуралистически. Всякое обязательство имеет определенные элементы, как то: его стороны, его содержание или предмет (вид обязательства) и довольно часто размер. Если между должником и кредитором имеется только одно основное обязательство определенного вида, описательный метод может сводиться к поименованию соответствующих элементов (стороны обязательства, его вид). Если же между сторонами имеется или могут возникнуть несколько обязательств одного вида, то описательный метод может обнаружить дисфункцию. В этом аспекте отсылочный метод является более предпочтительным. Если же по каким-то причинам он

не используется, можно конкретизировать описательный метод при множестве основных обязательств одного вида указанием на срок его исполнения, при условии что сроки исполнения различны.

(д) Что касается такого элемента, как размер обязательства, то его использование для целей идентификации основного обязательства может таить риски для кредитора. Пленум сформулировал разъяснение в негативном ключе, т.е. он указал, какие обстоятельства не влекут признание судом договора поручительства незаключенным. В частности, разъяснение прямо отмечает, что если в договоре поручительства не упомянуты некоторые из условий основного обязательства, например *размер* или срок исполнения *обязательства, размер процентов* по обязательству, то при надлежащем описании основного обязательства договор считается заключенным. На первый взгляд, используя метод *a contrario*, можно заключить, что если упомянутые условия основного обязательства названы в договоре поручительства, то он должен считаться заключенным. Но это не всегда так, поскольку между сторонами может иметься несколько обязательств, в которых указанные элементы тождественны. Кроме того, сам по себе размер обязательства ничего не идентифицирует, поскольку имеет значение также указание на стороны, а в некоторых случаях и вид обязательства. Конечно, договор поручительства должен считаться заключенным, если указан только размер обязательства между кредитором и должником и никакого другого обязательства с таким же размером между сторонами не имеется. Но здесь как раз и таится опасность для кредитора, хотя она и не связана с тем, что договор будет считаться незаключенным. Использование в договоре поручительства того или иного указания на размер обязательства должника придется интерпретировать в контексте п. 2 ст. 363 ГК, где содержится принципиальное правило об объеме ответственности поручителя: поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник. Следовательно, если в договоре поручительства указан конкретный размер, можно заключить, что тем самым стороны договорились ограничить ответственность поручителя соответствующей суммой, равной указанному размеру. Например, если в договоре поручительства предусматривается, что поручитель отвечает за исполнение заемщиком обязательства по возврату такой-то суммы займа, поручитель более ни за что не отвечает — ни за регулятивные проценты, ни по ответственности за просрочку, ни за убытки, ни за установленную по основному обязательству неустойку¹.

¹ В отношении примера с неустойкой см. п. 4 Информационного письма № 28.

Здесь мы наблюдаем такой феномен, когда интересы соответствующей стороны страдают не от недостатка условий договора, а от их избыточности или, точнее, излишности. Лишние слова и выражения не менее опасны, чем недостаток необходимых слов и выражений в договоре.

Важно отметить, что ранее на этот аспект прямо указывалось в соответствующей правовой позиции в арбитражной практике. Если договор поручительства содержит только указание на основную сумму обеспеченного долга и в нем отсутствует условие о том, что поручительством обеспечены иные обязательства должника перед кредитором (например, обязательство по уплате процентов), судам следует исходить из того, что названное положение договора означает *ограничение* обеспечиваемых поручительством требований уплатой основного долга и не влечет за собой незаключенности договора поручительства в целом¹. Комментируемое разъяснение этой правовой позиции не восприняло, что с неизбежностью влечет неопределенность. Означает ли такая фигура умолчания отказ от прежних подходов, или Пленум просто не посчитал этот вопрос достаточно важным, чтобы коснуться его в разъяснении?

Возможно, Пленум не воспринял обсуждаемую правовую позицию арбитражной практики из-за ее избыточной категоричности. Дело в том, что в том или ином контексте указание основной суммы обеспеченного долга в договоре поручительства может и не свидетельствовать о действительной общей воле сторон на ограничение ответственности поручителя. Например, в договоре может содержаться положение о том, что поручитель отвечает по обязательствам должника, возникшим из договора займа такой-то суммы. Как видно, сумма основного долга указана, проценты не названы, иные обязательства должника конкретно не определены, но использование термина «обязательства должника» во множественном числе свидетельствует скорее о том, что сумма основного долга использована для идентификации заемного обязательства, а не для ограничения ответственности.

Наверное, лучше было бы смягчить категоричность прежнего разъяснения, изложив его в виде интерпретационной презумпции, снабженной указанием на ее опровержение при доказанной иной общей действительной воле сторон. Например, можно было бы разъяснить следующее: в случае, когда договор поручительства содержит только указание на основную сумму обеспеченного долга и в нем отсутствует условие о том, что поручительством обеспечены иные

¹ См. абзац второй п. 10 Постановления № 42.

обязательства должника перед кредитором (например, обязательство по уплате процентов), судам следует исходить из того, что названное положение договора означает ограничение обеспечиваемых поручительством требований уплатой основного долга, если не доказана иная действительная общая воля сторон. Но этого сделано не было. Соответственно, в интересах кредитора при согласовании условий договора поручительства следует избегать указания на какие-либо размеры обеспечиваемых обязательств должника. Если же такие указания имели место, кредитору следует озаботиться доказательствами наличия иной действительной общей воли сторон, а также сослаться на то, что прежняя правовая позиция Пленумом воспринята не была. Что касается обратных интересов поручителя, то ему следует договариваться о буквальном указании в договоре поручительства о том, что его ответственность ограничена определенной суммой.

Интересно сравнить договор поручительства с положениями закона о существенных условиях договора залога. В п. 1 ст. 339 ГК размер обязательства, обеспечиваемого залогом, прямо назван в числе существенных условий данного договора. Но для залога это оказалось некритичным, поскольку имеется специальная норма ст. 337 ГК, согласно которой, если иное не предусмотрено законом или договором, залог обеспечивает требование в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, в частности проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения, а также возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание предмета залога и связанных с обращением взыскания на предмет залога и его реализацией расходов. Почему тот же эффект не может давать п. 2 ст. 363 ГК, где также указаны проценты, судебные издержки и убытки кредитора, можно попытаться обосновать. Возможно, дело заключается в том, что, коль скоро размер основного обязательства отнесен законодателем к существенным условиям договора, судебная практика не могла вывести из этого намерения по ограничению обеспеченного залогом объема требований кредитора, ибо во всяком договоре залога должны быть условия о таком размере.

Однако, как представляется, подходы необходимо унифицировать, поскольку и для залога, и для поручительства должна действовать общая максима: обеспеченными являются все требования кредитора по совокупному обязательству должника, если иное не предусмотрено законом или договором. Быть может, Пленум усмотрел в прежнем разъяснении арбитражной практики препятствие для требуемой унификации и потому отказался от него.

(е) Схожий, но специализированный вопрос об ограничении ответственности поручителя может возникать при использовании отсылочного метода, когда основные обязательства должника являются сложноструктурированными. В разъяснении он не затрагивается, но его стоит упомянуть. Так, отношения сторон между кредитором и должником могут быть оформлены с использованием рамочного договора (ст. 429.1 ГК), содержащего, например, условия об ответственности должника в виде неустойки. Если договор поручительства будет иметь отсылку только к отдельному договору, может возникнуть вопрос об ответственности поручителя за неустойку, которая предусмотрена рамочным договором. Чтобы избежать нежелательной неопределенности, кредитору следует согласовать с поручителем отсылку не только к основному, но и к рамочному договору. Там и тогда, где и когда этого не сделано, как представляется, следует исходить из того, что если в отдельном договоре имеется отсылка к рамочному договору (что чаще всего и бывает на практике), то поручитель отвечает также исходя из всех условий рамочного договора, разве что иное было предусмотрено договором поручительства. Коль скоро когнитивные способности поручителя признаются законодателем в отношении отсылки в договоре поручительства, есть основания полагать, что их достаточно и для усвоения второй отсылки. Таким образом, здесь содержание договора поручительства по его существенному условию определяется *методом двойной отсылки* — к отдельному договору и далее к рамочному договору.

(ж) Как и в п. 3 **Постановления**, Пленум избегает давать разъяснения в отношении глобального поручительства в контексте признания договора незаключенным. Насколько описательный метод определения существующего или будущего обязательства достаточен для такой разновидности поручительства? Видообразующим критерием глобального поручительства является обеспечение им *всех* существующих и (или) будущих обязательств должника. Обеспечение поручителем некоторых описанных существующих и (или) будущих обязательств, но не всех глобального поручительства не составляет, а потому описательный метод, отвечающий критериям, установленным Пленумом в комментируемом пункте, приемлем. Если же речь идет именно о глобальном поручительстве, описательный метод недостаточен, чтобы считать договор поручительства заключенным, а потому комментируемое разъяснение для такой разновидности поручительства оказывается неполным. В таком случае, помимо описания основного обязательства, требуется согласовать еще одно существенное условие —

пределы ответственности поручителя, что буквально следует из предложения второго п. 3 ст. 361 ГК. Естественно, требуется соблюдение ограничения по субъектному составу.

(з) Договор поручительства считается заключенным при согласовании его существенных условий, которые, как указано выше, для базового вида поручительства сводятся только к одному условию – идентификации обеспечиваемого или обеспечиваемых обязательств. При использовании описательного метода согласования существенного условия договор, как проиллюстрировано выше, может содержать указания на элементы основного обязательства, в том числе его стороны, вид обязательства, срок его исполнения и размер. Последующее изменение этих элементов при определенных обстоятельствах может приводить к прекращению поручительства (например, при новации (п. 2 ст. 414 ГК)). Но если оно сохраняется, для признания договора поручительства заключенным *последующее изменение указанных условий* не имеет юридического значения. Это может затруднить доказывание тождества основного обязательства, поскольку при сравнении измененного обязательства и описания основного обязательства соответствующие параметры не будут совпадать. Соответственно, в интересах кредитора необходимо сохранять доказательственную базу первоначальных условий обязательства до их изменения, что обычно не составляет труда, поскольку она обычно не уничтожается. Тем не менее в случае спора кредитор должен быть готов доказать, что именно измененное обязательство было обеспечено поручительством.

(и) Отсылочный метод изложен в разъяснении с добавлением указания на то, что договор, регулирующий основное обязательство, содержит соответствующие условия («...в договоре поручительства есть отсылка к договору, регулиющему основное обязательство и *содержащему соответствующие условия*...»). Это добавление может вызывать вопросы о его функциональном назначении. Во-первых, надо определить, о каких условиях идет речь. Если взять все разъяснение в целом, то оно содержит упоминание таких условий, как размер или срок исполнения обязательства, размер процентов по обязательству. Наверное, речь идет об этих условиях. Во-вторых, необходимо понять, в каком значении используется указание о том, что договор содержит данные условия? Это можно понять так, что если договор, регулирующий основное обязательство, не содержит названные условия, то вывод о заключенности договора поручительства сделать нельзя. Однако такая интерпретация рассматриваемого пассажа

не представляется обоснованной. И дело тут не в том, что сама законодательная норма, устанавливающая допустимость отсылочного метода, ничего о соответствующих условиях договора, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство, не говорит. Первоначально в арбитражной практике обсуждаемый текст разъяснения был сформулирован в отсутствие нормативного положения п. 3 ст. 361 ГК. Кажется, что данное выражение («...содержащему соответствующие условия...») в принципе излишне. Дело заключается в том, что не всякое основное обязательство вообще имеет размер, срок его исполнения и размер процентов; эти условия все или в части могут отсутствовать в договоре между кредитором и должником, что никакой неопределенности не порождает. Если в договоре поручительства имеется отсылка к указанному договору и более ничего, ясно, что поручительство обеспечивает все обязательства, возникшие или способные возникнуть из соответствующего договора. Следовательно, остается предположить, что указанное добавление сформулировано в контексте цели достижения определенности в вопросе об ответственности поручителя, т.е. в отыскании ответа на вопрос, в каком размере и на каких условиях отвечает поручитель. Ответ на этот вопрос при отсылочном методе таков: на соответствующих условиях, содержащихся в договоре, регулирующем основное обязательство. Таким образом, заключенность или незаключенность договора поручительства не зависит от наличия или отсутствия названных условий в договоре между кредитором и должником, если только в соответствующих случаях сам основной договор не окажется незаключенным и поэтому просто не найдется места для обеспечительной функции поручительства. О последствиях признания основного договора незаключенным *см. п. «б» комментария к п. 3 Постановления.*

7. По общему правилу, обязанности поручителя перед кредитором возникают с момента заключения договора поручительства, в том числе договора поручительства по будущим требованиям. Например, с этого момента поручитель может быть обязан поддерживать определенный остаток на счетах в банке, раскрывать кредитору информацию об определенных фактах и т.п. (пункт 2 статьи 307, пункт 1 статьи 425 ГК РФ).

Вместе с тем требования к поручителю, связанные с нарушением должником основного обязательства, могут быть предъявлены кредитором лишь при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником основного обязательства (пункт 1 статьи 363 ГК РФ).

(а) Обеспечительная цель договора поручительства достигается платежом поручителя кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства должником. Отсюда можно было бы сделать вывод, что обязанность поручителя возникает только в момент нарушения должником его обязательства перед кредитором, а до этого поручитель пребывает лишь в некотором состоянии юридической связанности с кредитором. Для обеспечения вообще и для поручительства в частности характерен своего рода эффект подвешенности, условности обязательства поручителя. Придется ли поручителю осуществлять предоставление или нет, заранее неизвестно, ибо не все должники нарушают обязательства. Не имея никакой статистики, рискнем все же предположить, что большинство поручителей освобождаются от договора, так и не исполнив его. Эта обусловленность позволяет провести аналогию с правоотношением, возникающим из сделки с отлагательным условием до наступления последнего. Согласно п. 1 ст. 157 ГК сделка считается совершенной под отлагательным условием, если стороны поставили *возникновение прав и обязанностей* в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. Известно такое юридическое описание данного отношения (хотя далеко не все юристы с этим согласны), согласно которому до наступления условия стороны находятся в состоянии юридической связанности, а обязательство возникнет только при наступлении условия. Так когда же возникает обязанность поручителя?

(б) Концепция юридической связанности с неизбежностью вводит дополнительный логический элемент в структуру относительной связи в гражданском праве. Получается, что стороны договора сначала оказываются на предобязательственном этапе относительной правовой связи, который может перейти в следующий этап возникновения обязательства. Недостаток этой концепции заключается в том, что появляется некоторая новая сущность — относительное юридическое состояние связанности, не являющаяся обязательством, которая требует отражения в законе наряду с правилами об обязательствах теоретической разработки ее основополагающих критериев, установления различных правил на случай тех или иных метаморфоз в отношениях сторон (например, перемены лица в отношении) и т.д. и т.п.

Прежние подходы в арбитражной практике прямо отвергали квалификацию модели договора поручительства в качестве сделки под условием¹. Действующее разъяснение такого развернутого обоснования

¹ См. предложение первое п. 4 Постановления № 42.

не имеет, но из следующего пункта **Постановления** (восьмого) прямо следует, что сама законодательная модель договора не рассматривается как предусматривающая условную сделку, где под условием понимается нарушение основного обязательства должником, что не препятствует поставить сделку поручительства под условие иного содержания по усмотрению сторон.

Другое описание структуры относительной связи обходится без выделения предобязательственной связи, возникающей из заключенного договора, в том числе договора поручительства. Права и обязанности сторон консенсуального договора возникают сразу же в момент заключения договора, если стороны не договорились об ином. У кредитора возникает право требования, а у должника (поручителя) — корреспондирующий этому требованию долг. До определенного момента требование кредитора не является перфектным, т.е. совершенным, годным для взыскания. Перфекция наступает при выполнении условия права (*conditio juris*), каковое для поручительства представляет собой нарушение должником обеспеченного основного обязательства. С этого момента кредитор имеет правовую возможность принудительной защиты своего права, равно как созревшее материальное основание получения исполнения от поручителя. Эффект связанности до наступления *conditio juris* здесь также представлен, поскольку возникшее обязательство имеет юридическую силу, на что прямо указано в легальной дефиниции обязательства (п. 1 ст. 307 ГК). Поскольку обязательство возникает сразу же по заключении договора, оно встраивается в систему всего обязательственного права.

(в) Комментируемое разъяснение в целом придерживается концепции возникновения обязательства поручителя *с момента заключения договора поручительства*, но не полностью, поскольку Пленум описывает данное явление с оговоркой в качестве лишь общего, а не универсального правила. Однако, в чем заключаются исключения из этого общего правила, Пленум умалчивает. Возможно, имелась в виду договорная свобода сторон, которые могут предусмотреть, что обязательство поручителя возникает позднее, чем заключение договора. Теоретически это возможно, ибо стороны — хозяева своего обязательства и могут обустроить его как им угодно, лишь бы это не противоречило закону. Однако неочевидно, что это действительно требуется, поскольку соответствующие интересы могут быть достигнуты иным образом в контексте перфекции требования (и такая методология используется Пленумом далее), в том числе установлением срока или условия, а также тех или иных договорных оснований прекращения поручительства.

Во всяком случае, широкой практики отложенного возникновения обязательства поручителя не наблюдается.

(г) Нетрудно заметить, что комментируемый пункт является переработкой прежнего разъяснения, сформулированного в арбитражной практике¹. Если ранее правовая позиция была сфокусирована на обосновании возникновения дополнительных прав и обязанностей с момента заключения договора поручительства при обеспечении им будущего основного обязательства, то действующее разъяснение генерализировано. Пленум квалифицирует правоотношение с большим фокусом, т.е. полнее и точнее. Прежнее разъяснение касалось лишь момента возникновения дополнительных прав и обязанностей, умалчивая об основных правах кредитора и обязанностях поручителя. Пленум же, пусть и с оговоркой, обоснованно считает возникшими с момента заключения договора не только дополнительные права и обязанности, но и главное право и обязанность по договору поручительства. Кроме того, прежние разъяснения касались лишь поручительства, обеспечивающего будущие обязательства должника, тогда как действующее разъяснение распространяется на обеспечение существующих обязательств, но охватывает также и будущие обязательства. Зауженность прежнего разъяснения в арбитражной практике могла объясняться реакцией на превратное понимание акцессорности поручительства. Как известно, акцессорность проявляется в различных аспектах, в том числе в так называемой акцессорности возникновения. Последняя может пониматься в том смысле, что дополнительное обязательство, имеющее свойство акцессорности, может возникнуть только тогда, когда возникает основное обязательство, и никак не ранее. Далее получалось бы, что поскольку дополнительные права и обязанности, в свою очередь, придаточны основному обязательству поручителя, то и они не могут возникнуть ранее возникновения этого обязательства. Чтобы обосновать их возникновение с момента заключения договора поручительства, и потребовалось разъяснение для арбитражных судов. Но такой подход может рассматриваться как паллиативный. Дело в том, что акцессорность поручительства лучше квалифицировать ограничительно, с тем чтобы она не препятствовала возникновению всех обязательств поручителя, в том числе и дополнительных, с момента заключения договора. При этом акцессорность соотносится не с возникновением основного обязательства, а с перфекцией требования к поручителю,

¹ См. абзац первый п. 2 Постановления № 42.

каковая невозможна при отсутствии нарушенного основного обязательства, а также отчасти с прекращением основного обязательства и его недействительностью.

В результате, по действующему разъяснению Пленума, при заключении договора поручительства у поручителя возникает обязательство платежа в пользу кредитора, а также при их наличии дополнительные обязательства. При этом то, какое именно обязательство обеспечивается — будущее или существующее, irrelevantно для момента возникновения названных обязательств. О проблеме неопределенно долгого существования обязанности поручителя при обеспечении будущего требования см. п. «е» комментария к п. 3 *Постановления*, который применим и к тем случаям, когда будущее обязательство должника идентифицировано таким образом, что будущий период его возможного возникновения никак не лимитирован по времени.

(д) Обеспечительная функция поручительства может быть усилена за счет установления некоторых дополнительных обязанностей поручителя. Практика свидетельствует, что стороны, особенно в коммерческом обороте, нередко прибегают к подобному усилению. Дополнительные обязанности поручителя могут снизить риски кредитора. Как прежде, так и действующее разъяснение в качестве примера приводят две такие обязанности поручителя, согласно которым он: 1) обязан поддерживать определенный остаток на счетах в банке и 2) раскрывать кредитору информацию об определенных фактах. При этом данные обязанности, как указывалось выше, возникают с момента заключения договора и, более того, начинают исполняться сразу же, а не только с момента нарушения основного обязательства.

В отличие от прежнего разъяснения, Пленум посчитал необходимым нормативно обосновать действие указанных дополнительных обязанностей с момента заключения договора поручительства ссылкой на п. 2 ст. 307 и п. 1 ст. 425 ГК. При этом, надо сказать, первая из указанных норм малопригодна для такого обоснования, поскольку в ней перечисляются основания возникновения обязательств, среди которых, естественно, числится и договор, но ни о каком моменте возникновения обязательства там, конечно, не говорится. Однако это неуместное обоснование едва ли может привести к каким-то ошибкам, ибо ссылка на п. 1 ст. 425 ГК, согласно которому договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения, абсолютно корректна.

Что касается существа дела, то, действительно, интерес кредитора по договору поручительства в отношении названных и ряда других

дополнительных обязанностей состоит в том, чтобы они исполнялись и до перфекции требования к поручителю. К этому лишь следует добавить, что в договоре, из которого возникает основное обязательство для кредитора, желательно установить последствия нарушения данных обязанностей поручителем, поскольку применение ст. 813 ГК, предоставляющей право на досрочный возврат займа, в частности, при ухудшении условий обеспечения, может быть обосновано не во всех случаях.

(е) Разъяснение абзаца второго комментируемого пункта, представленное и в прежнем разъяснении, кажется более чем очевидным, ибо требование к поручителю, связанное с нарушением должником основного обязательства, никак не может быть предъявлено ранее неисполнения или ненадлежащего исполнения такого обязательства.

Видимо, оно нужно только для тех, кто не в состоянии дифференцировать эффект возникновения требования и его перфекции. Здесь, возможно, рассуждали так: коль скоро сказано о возникновении требования к поручителю с момента самого заключения договора поручительства, надо замкнуть систему и указать, что предъявление этого требования к поручителю возможно только при нарушении основного обязательства.

(ж) Прежнее разъяснение содержало суждение о том, что поручительство может обеспечивать обязательства из сделок, совершенных под отменительным или отлагательным условием¹. В отношении обязательства, возникающего из сделки с отлагательным условием, его необходимость, возможно, объяснялась теми же соображениями, что приводились ранее: по некоторым воззрениям, из названного вида сделки не возникает обязательства до наступления условия, а добавление к этому ошибочного понимания акцессорности возникновения поручительства ставило под сомнение саму возможность последнего. Что касается обязательства, возникшего из сделки с отменительным условием, то обнаружить хоть какие-то сомнения в его допустимости весьма затруднительно. Так или иначе, приведенное суждение в арбитражной практике представляется абсолютно верным, однако в комментируемом пункте, как и в других положениях [Постановления](#), оно не обнаруживается. Трудно поверить, что оно было отвергнуто по каким-то принципиальным соображениям негативного характера. Остается заключить, что разработчики текста [Постановления](#) Пленума

¹ См. абзац второй п. 2 [Постановления](#) № 42.

посчитали такое разъяснение слишком очевидным, а потому в современных условиях уже ненужным.

8. Договор поручительства может быть заключен под отменительным или отлагательным условием (статья 157 ГК РФ). К отлагательным условиям, обуславливающим вступление договора поручительства в силу (пункт 1 статьи 157 ГК РФ), могут быть отнесены такие обстоятельства, наступление которых зависит в том числе от поведения стороны по обязательству (например, заключение кредитором с должником или с третьими лицами иных обеспечительных сделок, изменение состава участников или органов управления общества – поручителя или должника и т.п.).

В качестве отменительного условия (пункт 2 статьи 157 ГК РФ) в договоре поручительства может быть указано, в частности, на прекращение либо признание судом недействительными или незаключенными других обеспечительных сделок.

Наступлением определенных обстоятельств может быть обусловлено не только действие договора поручительства в целом, но и возникновение у кредитора права на предъявление требований к поручителю. Например, договором поручительства может быть предусмотрено, что кредитор получает такое право лишь в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного для исполнения исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора, или в случае окончания исполнительного производства в отношении обязанности должника в связи с невозможностью исполнения либо только в случае признания должника банкротом.

(а) Обеспечительной функции поручительства в какой-то степени противоречит постановка сделки поручительства под условие (*условное поручительство*). Всякое условие в сделке есть фактор неопределенности, поскольку неизвестно, наступит оно или нет, а потому в соответствующих случаях кредитор либо лишится обеспечения, либо оно вообще не возникнет в его пользу. Этим объясняется, что условное поручительство не столь распространено на практике и большинство договоров поручительства не содержат ни отменительного, ни отлагательного условия. Тем не менее упомянутое противоречие все же не фатально для поручительства и в некоторых случаях может соответствовать как интересам кредитора, так и интересам поручителя. Поэтому правопорядку нет смысла запрещать условное поручительство, отдав вопрос целесообразности использования такого вида поручительства на свободное усмотрение сторон договора.

Предложение первое комментируемого пункта вслед за подходами, закрепленными в арбитражной практике¹, как раз и содержит разъяснение о том, что договор поручительства может быть заключен под отменительным или отлагательным условием (ст. 157 ГК). Нет ни теоретических, ни тем более нормативных оснований сомневаться в допустимости условного поручительства.

(б) Отлагательные условия в договоре поручительства могут быть самыми разными и ограничены лишь запретами правопорядка. Ясно, что отлагательное условие служит скорее интересам поручителя, поскольку последний может сообразовать свой интерес в предоставлении поручительства с теми или иными обстоятельствами, так или иначе связанными с его рисками, в том числе связанными с деятельностью должника или надежностью его правовой позиции после исполнения им обязательства.

При постановке обязательства поручителя под отлагательное условие на пути перфекции требования кредитора стоят два рубежа: условие и срок. При наступлении отлагательного условия наступает своего рода *полуперфекция*, т.е. требование созревает лишь отчасти, преодолевая препятствие в виде условия. Когда и если должник в основном обязательстве впадает в просрочку, наступает полная перфекция, и по общему правилу кредитор получает правовую возможность потребовать исполнения от поручителя. Если наступление условия и просрочка наступают одновременно, стадия полуперфекции наступает лишь на одну юридическую секунду. Особая ситуация складывается в случае с отложенной перфекцией (см. п. «д» ниже).

Интересно отметить, что, описывая отлагательное условие, Пленум указывает, что оно *обуславливает вступление договора поручительства в силу*, что завершает ссылка на п. 1 ст. 157 ГК. Можно усмотреть, что в разъяснении избегают использовать выражения названной нормы, согласно которой отлагательное условие понимается как такое условие, когда стороны поставили *возникновение прав и обязанностей* в зависимость от обстоятельства, относительно которого неизвестно, наступит оно или не наступит. Это может выступать еще одним косвенным свидетельством того, что Пленум не разделяет концепцию юридической связанности, по крайней мере для поручительства (см. п. «а» и «б» комментария к п. 7 *Постановления*). Но отлагательное условие может служить также и интересам кредитора, например, когда к его наступлению привязан срок действия поручительства. Можно

¹ См. абзац второй п. 4 *Постановления* № 42.

представить себе такой договорный прием, при котором срок действия поручительства в виде определенного периода отсчитывается, скажем, от момента предоставления кредита (очередного транша по договору кредитной линии), а это обстоятельство и является отлагательным условием. Таким образом, темпоральный ресурс обеспечения лучше соотнобразуется с периодом кредитного риска.

(в) В отличие от прежнего разъяснения, Пленум *expressis verbis* для отлагательного поручительства касается проблематики потестативных условий, т.е. таких обстоятельств, наступление или ненаступление которых зависит от воли (поведения) стороны условной сделки. Известно, что потестативные условия могут быть подразделены по принципу дихотомии на две группы: 1) абсолютно потестативные условия, наступление которых зависит исключительно от воли стороны сделки, и 2) относительно потестативные условия, наступление которых одновременно зависит как от воли стороны сделки, так и от других обстоятельств, от нее не зависящих.

Редакция рассматриваемого разъяснения такова, что не позволяет с однозначностью определить, какой вид потестативных условий допускается для отлагательного поручительства. Пленум характеризует допустимые условия как «обстоятельства, наступление которых зависит *в том числе* от поведения стороны по обязательству». Тем не менее, скорее всего, речь идет об относительно потестативных условиях, хотя один из примеров может поставить под сомнение это предположение. С практической точки зрения кредитору по возможности следует избегать таких условий договора поручительства, которые могут быть квалифицированы как обстоятельства, наступление которых полностью зависит от произвола поручителя, пока судебная практика не обнаружит в данном вопросе устоявшуюся позицию. Впрочем, кредитор мотивирован к этому естественным образом, поскольку в большинстве случаев условное поручительство ему невыгодно и он на него просто не согласится, имея сильную переговорную позицию.

Довольно распространенной точкой зрения является принципиальная недопустимость абсолютно потестативного условия на стороне должника, поскольку считается, что это подрывает юридическую силу самого обязательства. Иногда даже говорят, что такое условие означает ничтожность сделки. Тут могут рассуждать так: если должник по своему произволу может не допустить возникновения отлагательного условия, коль скоро это обстоятельство, наступление которого зависит исключительно от его воли, то и обязательства как юридической связи никакого нет, ибо у кредитора нет законных средств заставить долж-

ника изъявить волю или, наоборот, воспрепятствовать изъявлению воли. Получается, обязан ли должник к совершению задолженного действия или не обязан, зависит от его желания, а это уже не обязательство. Однако правопорядку не следует противиться таким обязательствам, поскольку они никому не вредят, и если кредитор готов пойти на такой риск, то это его дело, и никому, кроме него, от этого вреда нет. На самом деле юридическую силу у такого обязательства, пусть и крайне истонченную, усмотреть можно, если признать за ним характер натурального обязательства, а таковые правом признаются. Практическое проявление его действия обнаружится там и тогда, где и когда должник (поручитель) исполнит обязательство. Это будет рассматриваться так же, как рассматривается исполнение по натуральному обязательству, что будет защищать законный интерес кредитора на сохранение полученного. Кроме того, для нашего правопорядка, который в принципе допускает абсолютно потестативный односторонний отказ от исполнения обязательства (п. 2 ст. 310 ГК), было бы странным противиться названным потестативным условиям, которые ничуть не хуже для прочности обязательства, а столь же разрушительны. Конечно, все эти рассуждения для поручительства не могут иметь большого практического значения, поскольку мало какой кредитор согласится на такое условие.

Что касается абсолютно потестативных условий на стороне кредитора, то они, как представляется, если и обнаружат практическую потребность, то едва ли противны идее юридической силы обязательства. Как раз наоборот, если по каким-то причинам кредитор не желает воспользоваться поручительством и не будет изъявлять волю, чтобы поручительство вступило в силу, то это ничьих интересов, кроме его собственных, не нарушает. Ведь кредитор и по всякому безусловному поручительству может не предъявлять требований к поручителю, если он того не желает. Здесь, скорее, может возникать некоторая проблема из-за состояния подвешенности, в результате которого поручитель может оставаться в ожидании наступления условия сколь угодно долго, что нежелательно. Но эта проблема проявляется и по другим причинам и может быть разрешена таким же образом (см. п. «е» *комментария к п. 3 Постановления*). Кроме того, здесь может быть применена и другая методология устранения вечной подвешенности, согласно которой, если условие не наступит в разумный срок, поручительство считается прекратившимся.

Пленум приводит два примера отлагательных условий в договоре поручительства: 1) заключение кредитором с должником или с тре-

тьими лицами иных обеспечительных сделок и 2) изменение состава участников или органов управления общества – поручителя или должника. Как видно, первый из примеров относится к относительно потестативному условию на стороне кредитора, поскольку заключение последним договора всегда зависит не только от его поведения, но и от воли другой стороны на совершение сделки. Второй пример не столь однозначен. На первый взгляд он вообще не может относиться к потестативным условиям, поскольку изменение участников или органов управления юридического лица от поведения самого юридического лица не зависит. Но здесь, видимо, имелись в виду другие случаи. Однако они могут подпадать либо под относительно потестативные, либо под абсолютно потестативные условия. Приведем пример. Допустим, поручителем является материнская компания должника в основном обязательстве. В такой ситуации изменение органов управления должника находится исключительно в сфере усмотрения поручителя. Следовательно, перед нами абсолютно потестативное условие. Другая ситуация: предположим, поручитель намерен стать одним из участников должника, приобретя долю участия (акций) у иного лица. Здесь мы имеем дело уже с относительно потестативным условием, поскольку переход доли участия (акций) зависит не только от поручителя, но и от этого иного лица.

Как бы ни квалифицировать названные условия, нет никаких теоретических или нормативных препятствий для их использования в поручительстве.

(г) В качестве отменительного условия договора поручительства Пленум приводит по существу три примера: 1) прекращение либо признание судом 2) недействительными или 3) незаключенными других обеспечительных сделок. Ясно, что такие условия в сделке идут на пользу поручителю, поскольку в названных случаях его риски возрастают, ибо после суброгации он не сможет воспользоваться таким обеспечением. Указанные условия расширяют защиту поручителя, которая предусмотрена п. 4 ст. 363 ГК на случай утраты другого обеспечения.

Интересно отметить, что проблематика потестативных условий здесь не затрагивается. Противопоставление абзаца первого (отлагательные условия) и абзаца второго (отменительные условия) комментируемого пункта [Постановления](#) наводит на мысль, что потестативные отменительные условия в договоре поручительства, по мнению Пленума, не должны допускаться, хотя прямо об этом все же не сказано. Если действительно имелась в виду такая рестрикция,

то она вызывает серьезные сомнения, поскольку безосновательно ограничивает свободу договора. Кроме того, запрет потестативных отменительных условий в договоре поручительства в соответствующих случаях вступил бы в противоречие с п. 2 ст. 310 ГК, который, как уже было сказано, понимается как допускающий в определенных пределах абсолютно потестативный отказ от исполнения обязательства, если это предусмотрено договором. Помимо этого, отменительное условие в договоре поручительства влечет те же последствия для прав кредитора, что и условие о прекращении поручительства, договорная свобода в отношении которого законом не ограничивается (ст. 367, 407 ГК).

Необоснованное ограничение усмотрения сторон в отношении прекращения поручительства можно обнаружить не только в тексте комментируемого пункта, но и в текущей судебной практике экстракассации. Так, по одному из дел договор поручительства предусматривал, что поручительство прекращается в случае увольнения поручителя из организации, являющейся должником в основном обязательстве. Это условие было признано незаконным по трем основным мотивам: а) в ст. 367 ГК такое основание не упомянуто; б) не допускается включение в договор отменительного условия, зависящего исключительно от воли должника; в) возможность включения в договор условия о праве поручителя заявить односторонний отказ от договора не соответствует ст. 310 ГК¹.

Ни теория обязательственного права, ни позитивное право, как представляется, не дают оснований для такого вывода. Но с практической точки зрения поручителям следует учитывать данный юридический риск, поскольку есть вероятность, что судебная практика и дальше будет развиваться в этом ошибочном направлении.

(д) По общему правилу возникшее из договора поручительства право требования становится перфектным и его можно предъявить поручителю с момента нарушения должником основного обязательства без соблюдения каких-либо условий. Но, как обоснованно разъясняет Пленум, *возникновение права на предъявление требования* может быть обусловлено наступлением определенных обстоятельств. Здесь может возникать вопрос, о возникновении какого права идет речь. Кто-то может представить дело так, что после заключения договора поручительства у кредитора возникает требование к поручителю, а после наступления определенного обстоятельства у него возникает еще

¹ Определение СКГД ВС от 5 декабря 2017 г. № 9-КГ17-14.

одно право на предъявление этого требования. Получается своего рода удвоение прав, одно из которых — это право на получение исполнения от поручителя, а другое — право на предъявление требования об исполнении. Однако такое представление, которое может возникнуть из примененного Пленумом словоупотребления, было бы ошибочным. У кредитора имеется только одно право требования на получение исполнения от поручителя, но до наступления обозначенного в договоре обстоятельства оно является неперфектным, оно еще не созрело, а потому и не может быть предъявлено поручителю. Никакого нового права по наступлении данного обстоятельства у кредитора не возникает, речь идет все о том же праве требования, которое лишь обретает полную силу и становится способным к принудительному осуществлению. Это позволяет объяснить и тот факт, что поручитель может исполнить свое обязательство и до наступления условия.

Обусловленное требование кредитора в договоре поручительства может снижать обеспечительную силу поручительства. Это видно из приведенных Пленумом примеров соответствующих обстоятельств, которые обуславливают перфекцию требования кредитора. Речь идет о *неакцессорной отложенной перфекции* поручительства, поскольку в исключение из общего правила требование кредитора к поручителю созревает не в момент нарушения должником обеспеченного обязательства, а позднее (о такой перфекции *см. также п. «к» комментария к п. 24 Постановления*). Вслед за арбитражной практикой¹ с добавлением еще одного случая приводится три примера: 1) кредитор получает такое право лишь в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного для исполнения исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора; 2) в случае окончания исполнительного производства в отношении обязанности должника в связи с невозможностью исполнения; 3) в случае признания должника банкротом. При этом прежнее разъяснение не связывало такие договоренности с институтом условных сделок или обусловленных обязательств.

В первом примере обеспечительный интерес кредитора не может быть реализован сразу после нарушения основного обязательства и даже после защиты права кредитора юрисдикционным органом. Кредитор может прибегнуть к реализации обеспечительного механизма, только если истечет срок для исполнения исполнительного документа, т.е. на соответствующей стадии исполнительного про-

¹ См. абзац четвертый п. 35 Постановления № 42.

изводства. Ясно, что такое условие служит интересам поручителя, отдавая риски привлечения его к исполнению обязательства. Естественно, условие может быть связано со вступлением в силу решения суда о взыскании с должника причитающегося по основному обязательству или в связи с ним, с предъявлением иска к основному должнику.

Во втором примере поручитель оказывается защищен еще больше, поскольку его обязанность исполнить договор наступает только при неуспешности принудительного исполнения в отношении обязанности должника по основному обязательству, а в третьем примере защита интереса поручителя достигает апогея: он обязан к исполнению только в случае признания должника банкротом.

Ясно, что стороны свободны в установлении различных сочетаний условий для перфекции требования кредитора к поручителю: например, вполне допустима та или иная комбинация условий, когда поручитель обязан исполнить треть обязательства при наступлении первого условия, еще одну треть при наступлении второго условия, а оставшуюся часть при наступлении третьего условия.

(е) Выражение Пленума о том, что наступлением определенных обстоятельств может быть обусловлено не только действие договора поручительства *в целом*, но и возникновение у кредитора *права на предъявление требований* к поручителю, не следует воспринимать как ограничение пределов обусловленности. Договор поручительства может содержать и другие положения, которые обуславливают возникновение или прекращение тех или иных прав и обязанностей, а не только названного права на предъявление требований. Например, при наступлении определенных обстоятельств может уменьшаться или, наоборот, увеличиваться объем обязательства поручителя.

(ж) Статье 157 ГК известно два вида условных сделок: те, которые предусматривают отлагательное условие, и те, которые предусматривают отменительное условие. Разъяснение затрагивает только такие сделки. Однако можно помыслить своего рода *изменительное условие*. Конечно, это является общим вопросом и касается не только поручительства, но может быть использовано и для него. Стороны могут условиться, что при наступлении того или иного обстоятельства обозначенное в договоре положение изменяется, т.е. влечет изменение прав и обязанностей. Например, можно предусмотреть, что в случае досрочного предъявления требования к должнику срок поручительства сообразно сокращается, что будет представлять собой изменение общего правила абзаца второго п. 6 ст. 367 ГК.

9. К договору поручительства, заключенному гражданином (физическим лицом) в обеспечение исполнения обязательств потребителя по возврату потребительского кредита (займа), применяются положения Федерального закона от 21 декабря 2013 года № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» (далее – Закон № 353-ФЗ), и на поручителя распространяются гарантии, предусмотренные названным законом для заемщика. В частности, условия договора поручительства, заключенного в обеспечение потребительского кредита (займа), об обязанности поручителя заключить другие договоры (например, договор страхования жизни и здоровья) либо пользоваться услугами кредитора или третьих лиц за плату являются ничтожными (часть 7 статьи 5 Закона № 353-ФЗ).

(а) В комментируемом пункте Пленум делает первый, но очень важный с политико-правовой точки зрения шаг в сторону особой защиты граждан, выступающих поручителями. Теоретически достаточно затруднительно объяснить, почему наше законодательство столь длительное время не видит необходимости в такой защите (хотя, кто извлекает из этого выгоды, все понимают). Ведь поручитель несет ровно такие же риски, как и потребитель-заемщик. Необходимость данной защиты объясняется *информационной асимметрией* положения сторон договора. К сожалению, наши граждане еще в недостаточной степени обладают финансовой грамотностью, чтобы адекватно оценить последствия того обстоятельства, что они становятся поручителями. Кроме того, нельзя не учесть, что в этой области отношений наиболее распространено так называемое дружеское и семейное поручительство, когда поручитель не получает никакой имущественной выгоды от кредитования заемщика.

Однако указанный шаг хотя и отрадный, но недостаточный. Дело в том, что особая защита гражданина-поручителя должна предусматриваться правопорядком в зависимости от наличия или отсутствия информационной асимметрии, а не от того, по какому именно обязательству выдано поручительство. Когда поручительство выдается в пользу гражданина-кредитора, возложить на последнего дополнительные обязанности и риски оснований не имеется, поскольку предполагается равенство сторон. Напротив, когда гражданин-поручитель выдает поручительство в пользу предпринимателя или юридического лица, следует провести дифференциацию в зависимости от правового статуса поручителя. Не нуждаются в особой правовой опеке участники юридического лица, выдающие поручительство по его обязательствам, равно как и лица, входящие в органы управления этого юридического

лица, а также другие топовые менеджеры. Напротив, если, скажем, приятель или родственник предпринимателя или участника юридического лица из дружеских побуждений выдает за него поручительство соответственно по обязательствам предпринимателя или юридического лица, то особая защита требуется, поскольку наблюдается информационная асимметрия. Более того, она здесь даже нужнее, чем при обеспечении потребительского займа, поскольку в предпринимательских отношениях обязательства должников могут быть настолько сложно структурированы, что неискушенному поручителю будет затруднительно оценить свои риски. Тот факт, что гражданин-поручитель технически не выступает потребителем, ибо не получает товаров, работ или услуг, не означает, что он не нуждается в повышенной защите, подобной защите прав потребителей. Такой поручитель является слабой стороной договора, и эта его слабость может недобросовестно эксплуатироваться другой стороной.

Нарушение прав и законных интересов поручителя в случае информационной асимметрии должно влечь уменьшение ответственности поручителя в русле доктрины защиты от несправедливых условий договора.

(б) Избранная Пленумом редакция разъяснения создает неопределенность по вопросу о том, подлежит ли особой защите поручитель, если основное обязательство гражданина обеспечено также и ипотекой. Дело в том, что согласно ч. 2 ст. 1 Закона о потребительском кредите (займе) данный Закон, за исключением случаев, прямо им предусмотренных, не применяется к отношениям, возникающим в связи с предоставлением потребительского кредита (займа), обязательства заемщика по которому обеспечены ипотекой. Исходя из телеологического толкования оснований, побуждающих предоставить гражданам-поручителям особую защиту, следует прийти к выводу, что и в этих случаях поручители нуждаются в повышенной защите, поскольку наличие ипотеки, хотя и уменьшает риски поручителя, информационную асимметрию (см. п. «а» выше) не исключает.

(в) Согласно буквальному смыслу разъяснения Пленума, дополнительная защита гражданину-поручителю путем приравнивания его по правовому положению к заемщику-потребителю предоставляется, если договор поручительства *заключен* именно им. При этом надо иметь в виду, что имеются основания для расширительного понимания данного разъяснения, с тем чтобы распространить указанную защиту и на те случаи, когда имел место перевод долга поручителя на такого гражданина. Поскольку перевод долга, будь то привативный или

кумулятивный, невозможен без взаимодействия кредитора и нового должника, нет оснований освобождать кредитора от соответствующих дополнительных обязанностей и рисков только потому, что договор поручительства изначально заключало другое лицо.

(г) Пленум указывает, что на поручителя *распространяются гарантии*, предусмотренные Законом о потребительском кредите (займе) для заемщика. В каких-то случаях, видимо, потребуется адаптация этих гарантий, поскольку поручитель заемщиком все же не является. В некоторых случаях применение соответствующих положений в отношении поручителя оказывается неуместным. Например, несмотря на то что ч. 2 ст. 11 названного Закона предусмотрена гарантия для заемщика, едва ли ее можно распространить на поручителя, ибо эта норма предусматривает, что заемщик в течение 14 календарных дней с даты получения потребительского кредита (займа) имеет право досрочно вернуть всю сумму потребительского кредита (займа) без предварительного уведомления кредитора с уплатой процентов за фактический срок кредитования. Ясно, что поручитель ничего возвращать не может, ибо он ничего не получал. Другой вопрос может возникать в том смысле, вправе ли и поручитель отказаться от договора в 14-дневный так называемый период охлаждения (*cooling-off period*).

(д) Приводя частный случай применения норм названного Закона к договору поручительства, Пленум объявляет его условия об обязанности поручителя заключить другие договоры (например, договор страхования жизни и здоровья) либо пользоваться услугами кредитора или третьих лиц за плату ничтожными, ссылаясь при этом на ч. 7 ст. 5 данного Закона. Это разъяснение может вызывать некоторую неопределенность. Дело в том, что запрет указанных условий установлен в законе для тех случаев, когда они содержатся в общих условиях договора потребительского кредита (займа). Согласно понятийному аппарату Закона о потребительском кредите (займе), условия договора делятся на общие, которые устанавливаются займодавцем в одностороннем порядке в целях многократного применения (ч. 3 ст. 5), и индивидуальные, которые, соответственно, согласовываются кредитором и заемщиком индивидуально (ч. 9 ст. 5). При этом индивидуальные условия договора могут содержать положения о необходимости заключения заемщиком иных договоров (п. 9 ч. 9 ст. 5) и об услугах, оказываемых кредитором заемщику за отдельную плату (п. 15 ч. 9 ст. 5), а также иные условия (ч. 10 ст. 5). Пленум же об общих условиях ничего не говорит, из чего можно сделать вывод, что независимо от того, к каким условиям — общим или индивидуальным — относятся названные им условия договора,

они являются ничтожными в любом случае. При такой интерпретации разъяснения выходит, что поручитель получает даже большие гарантии, чем сам заемщик, и это вступает в противоречие с его же суждением о предоставлении поручителю тех же гарантий, что и заемщику.

Возможно, за этой строгостью Пленума стоят некоторые политико-правовые соображения об избыточности возложения на поручителя соответствующих обязанностей, даже если они согласованы индивидуально, поскольку поручитель тем самым будет отворачиваться от заключения договора, неся дополнительные издержки. Последнее, в свою очередь, будет затруднять доступ к потребительскому кредитованию, что нежелательно с точки зрения насущных потребностей людей и макроэкономических последствий. Но нельзя исключать и обратного, что данное разъяснение вовсе не имело в виду предоставить поручителю большие гарантии, чем заемщику, а наличие ссылки на ч. 7 ст. 5 Закона о потребительском кредите (займе) означает, что ничтожными являются лишь те условия, которые содержатся в общих условиях. Сложность только заключается в том, что закон не предусматривает установление кредитором в одностороннем порядке в целях многократного применения общих условий договоров поручительства, обеспечивающих исполнение обязательств по договорам потребительского кредита (займа), хотя некоторые банки такие общие условия устанавливают по собственной инициативе.

(е) Некоторую сложность может представлять усвоение правовой позиции Пленума в той части, в которой говорится о гарантиях, предусмотренных Законом о потребительском кредите (займе). В качестве примеров приводятся соответствующие условия договора, которые в защиту поручителя квалифицируются как ничтожные, но круг предоставляемых гарантий значительно шире. В частности, названный Закон направлен на смягчение информационной асимметрии и обязывает займодавцев обеспечить заемщиков широким перечнем данных (ч. 4 ст. 5). При этом предоставление информации должно осуществляться кредитором в местах оказания услуг (местах приема заявлений о предоставлении потребительского кредита (займа), в том числе в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»). С учетом целей защиты поручителя такая же информация должна быть доступна и поручителю.

10. В связи с тем, что ручательство комиссионера за исполнение сделки третьим лицом (делькредере) не является разновидностью поручительства, к отношениям по делькредере не могут применяться положения параграфа 5 главы 23 ГК РФ («Поручительство»). Однако в случае если

права по сделке, заключенной комиссионером, были уступлены комитенту (пункт 2 статьи 993 ГК РФ), к отношениям между комитентом и комиссионером, принявшим на себя делькредере, применяются положения ГК РФ о поручительстве, которое считается возникшим с момента уступки комитенту прав по сделке.

(а) Данное разъяснение без каких-либо изменений заимствовано из прежнего разъяснения в арбитражной практике¹ и касается специфики отношений по договору комиссии. Согласно п. 1 ст. 993 ГК комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет комитента, кроме случаев, когда комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица либо принял на себя ручательство за исполнение сделки (делькредере). Само по себе делькредере (от итал. *del credere* — «на веру») не является широко распространенным условием договора комиссии на практике.

Считается, что обеспечение всегда предоставляется в пользу кредитора в основном обязательстве. Это предопределено самой обеспечительной целью, достижение которой находится в области интереса кредитора. Что касается ручательства комиссионера за исполнение сделки, которую он заключил в интересе комитента, то последний стороной в этой сделке не является. Хотя комиссионера можно представить в качестве лица, ведущего чужое дело (комитента), он это делает от собственного лица, т.е. сам является кредитором своего контрагента. Поручитель всегда выступает третьим лицом по отношению к сторонам сделки, из которой возникло основное обязательство. Поэтому ручательство комиссионера перед комитентом, хотя и служит обеспечительному интересу комитента, из догматической модели поручительства выпадает.

Нормы ГК о поручительстве рассчитаны на описанную выше модель поручительства, которая как бы создает треугольник правовых связей между тремя лицами (кредитором, должником и поручителем). К ручательству данные нормы не могут подойти, а потому судебная практика исходит из того, что они не применяются к делькредере.

Это не означает, что ручательство приводит к тому, что комиссионер, принявший на себя делькредере, не имеет юридических средств возмещения своих потерь. Если третье лицо не исполнило своего обязательства и комиссионер уплатил по делькредере причитающуюся по договору комиссии сумму комитенту, его интерес защищается

¹ См. п. 41 Постановления № 42.

по договору с третьим лицом. Комиссионер, являясь кредитором третьего лица по этому договору, вправе требовать с него причитающегося и привлечения третьего лица к ответственности. Тем самым он и возмещает свои издержки за счет третьего лица.

Хотя к ручательству нормы о поручительстве и не применяются, видимо, в некоторых случаях обращение к ним по аналогии понадобится (например, для определения объема обязательства по делькредере, если он не определен договором). Впрочем, все эти вопросы лежат в гипотетической области, поскольку само делькредере относится к экзотическим юридическим редкостям.

(б) Структура правовых связей комитента, комиссионера и третьего лица меняется в случае перемены лица в обязательстве комиссионера с третьим лицом. Согласно п. 2 ст. 993 ГК в случае неисполнения третьим лицом сделки, заключенной с ним комиссионером, комиссионер обязан немедленно сообщить об этом комитенту, собрать необходимые доказательства, а также по требованию комитента передать ему права по такой сделке с соблюдением правил об уступке требования (ст. 382–386, 388, 389). Соответственно, кредитором в обязательстве с третьим лицом оказывается комиссионер, а выдавший ручательство комиссионер оказывается третьим лицом по отношению к позиции не исполнившего обязательство контрагента (должника) и комиссионера, занявшего позицию кредитора. Структура отношений становится тождественной структуре правоотношений при поручительстве, что позволяет обнаружить своего рода преобразование особенной обеспечительной конструкции делькредере в ординарное поручительство. Следовательно, с момента перемены лица в обязательстве к отношениям сторон начинают применяться правила о поручительстве.

(в) Поскольку основанием применения норм о поручительстве в предусмотренном выше случае является перемена лица в обязательстве, это же последствие, как представляется, должно наступать и в другом случае, который с уступкой права не связан. Речь идет о специальном случае перехода прав и обязанностей по сделке комиссионера с третьим лицом. Согласно ч. 2 ст. 1002 ГК в случае объявления комиссионера несостоятельным (банкротом) его права и обязанности по сделкам, заключенным им для комитента во исполнение указаний последнего, переходят к комитенту¹.

¹ О практике применения этой нормы, с поручительством не связанной, см. информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30 июля 2002 г. № 68 «О практике применения части второй статьи 1002 Гражданского кодекса Российской Федерации».

(г) Пленум, как и прежнее разъяснение, обращается лишь к одной особенности отношений специфического обеспечения, но не касается другого, а именно вексельного поручительства (авалья). В отношении авалья имеются соответствующие разъяснения, которые данным комментарием не охватываются, но, естественно, должны приниматься во внимание¹.

(д) В силу невысокой степени актуальности разъяснение не касается еще одной специфической ситуации и не делает исключения из сформулированной правовой позиции, хотя это требуется по существу дела. Речь идет о таком случае, когда комиссионер исполнит свое обязательство по делькредере перед комитентом. В этой ситуации, видимо, надо сформулировать исключение из приведенных выше норм закона об обязанности поручителя уступить права к третьему лицу, а также о переходе прав при несостоятельности комиссионера. Обратное создавало бы экономический дисбаланс в отношениях сторон, поскольку комитент получал бы как платеж от комиссионера по делькредере, так и права к третьему лицу. При этом комиссионер лишался бы источника возмещения своих издержек. Следовательно, такая эволюция отношений исключает трансформацию делькредере в поручительство.

Виды поручительства

11. В соответствии с пунктом 1 статьи 363 ГК РФ при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником основного обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

Если поручитель и должник отвечают солидарно, то для предъявления требования к поручителю достаточно факта неисполнения либо ненадлежащего исполнения основного обязательства. При этом кредитор не обязан доказывать, что он предпринимал попытки получить исполнение от должника, в частности направил претензию должнику, предъявил иск и т.п. (статья 323 ГК РФ).

(а) Наличие поручительства приводит к такой структуре обязательственных отношений, при которой у кредитора имеется несколько обязанных лиц, что ставит перед правопорядком задачу установления

¹ См. п. 34 Постановления № 33/14.

порядка предъявления требований кредитора к этим лицам. Теоретически имеется выбор между тремя моделями: субсидиарной, совместной и солидарной. Относительно недавняя история развития поручительства в российском правопорядке показывает, что законодатель, испытывая колебания, останавливал сначала свой выбор на солидарной модели, затем на субсидиарной, а затем опять вернулся к солидарной модели, которая применяется по общему правилу.

Абзац первый данного пункта **Постановления** представляет собой незначительно измененную цитату п. 1 ст. 363 ГК (термин «обеспеченное поручительством обязательство» заменен термином «основное обязательство» в соответствии с принятым в п. 1 **Постановления** словопотреблением). Соответственно, абзац первый никакого толкования закона не содержит. Разъяснение абзаца второго является редакционно измененным положением прежнего разъяснения в арбитражной практике¹. При этом содержательных изменений не имеется.

По одному из оснований классификаций поручительства оно делится на солидарное и субсидиарное. Как указывалось выше, последние несколько десятилетий законодатель испытывал колебания по вопросу о том, какой из этих видов должен приниматься по умолчанию, остановившись в конце прошлого века на *солидарной модели*. Солидарная модель является прокредиторской по сравнению с моделью субсидиарной, которая чуть более благоволит поручителю. Тем не менее различие между ними незначительно.

Предъявить требование к солидарному поручителю можно вследствие одного лишь факта неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства. Но предъявление требования к субсидиарному поручителю не столь затруднено для кредитора. Согласно п. 1 ст. 399 ГК до предъявления требований к лицу, которое в соответствии с законом, иными правовыми актами или условиями обязательства несет ответственность дополнительно к ответственности другого лица, являющегося основным должником (субсидиарную ответственность), кредитор должен предъявить требование к основному должнику. При этом, если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование, данное требование может быть предъявлено лицу, несущему субсидиарную ответственность. Поэтому для кредитора открывается правовая возможность заявления требования к субсидиарному поручителю, так же как и к солидарному поручите-

¹ См. абзац второй п. 35 Постановления № 42.

лю, при наступлении одного из двух названных обстоятельств. Для предъявления требования к солидарному поручителю ничего этого не требуется: кредитор не обязан доказывать, что он предпринимал попытки получения исполнения от должника в основном обязательстве, направлял претензию, предъявлял иск.

(б) Если прежнее разъяснение не снабжалось дополнительным, помимо п. 1 ст. 363 ГК, нормативным основанием, то предложение второе комментируемого разъяснения завершается ссылкой на ст. 323 ГК. В этой статье не имеется никаких положений о том, что кредитор не обязан доказывать, что он предпринимал попытки получить исполнение от должника, в частности направил претензию должнику, предъявил иск и т.п. Поэтому теоретически верное суждение Пленума скорее основано на выведении данного положения из смысла законоположения о солидарной обязанности. Важно только принимать во внимание, что структура обязательственных связей, а также правовое регулирование при поручительстве и при солидарной множественности лиц на стороне должника различаются.

(в) Ранее в арбитражной практике применение ст. 323 ГК, на которую без особой необходимости ссылается Пленум, в части правила о том, что солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено, вызывало опасение в неосновательном обогащении кредитора в том случае, когда суд удовлетворил исковое требование кредитора к основному должнику, а затем он предъявил иск к поручителю. Однако эти опасения были отброшены, поскольку кредитор не получил исполнения от основного должника. Устанавливалось, что, поскольку основное обязательство не было исполнено, кредитор вправе на основании ст. 361 и п. 2 ст. 363 ГК обратиться к поручителю с требованием об исполнении обязательства. При наличии доказательств, свидетельствующих о полной или частичной уплате долга основным должником, поручитель вправе ссылаться на эти обстоятельства в споре с кредитором (ст. 364 ГК)¹. Пленум не касается данного аспекта, но для изменения подходов в судебной практике по указанному вопросу оснований не имеется.

(г) Суждение о том, что для предъявления требования к солидарному поручителю достаточно факта неисполнения либо ненадлежащего исполнения основного обязательства, требует некоторого уточнения. Дело заключается в том, что судебная практика небезосновательно выявляет особенности для случая своего рода очистки просрочки (*purgatio*

¹ См. п. 7 Информационного письма № 28.

morae), при котором нарушение основного обязательства имело место, а иска о взыскании с поручителя у кредитора нет.

По некоторым делам можно усмотреть правовую позицию, согласно которой, если после просрочки должника в основном обязательстве кредитор по соглашению с ним, в том числе в мировом соглашении, предоставляет ему отсрочку или рассрочку так, что его текущая просрочка отсутствует, такой кредитор не имеет права требовать исполнения с поручителя¹. Действительно, обеспечительный интерес кредитора и, соответственно, перфекция его требования к поручителю могут быть обоснованы, когда имеет место неисполнение или ненадлежащее исполнение основного обязательства. Когда же должник по воле самого кредитора выходит из данного состояния, прежнее его нарушение обязательства теряет правовое значение. Здесь наблюдается эффект *акцессорности перфекции* поручительства. Сложнее может обстоять дело с обоснованием этого эффекта, когда кредитор в деле о несостоятельности должника голосовал против мирового соглашения, предоставляющего должнику отсрочку. Однако и здесь, как представляется, перфекция поручительства прекращается, поскольку особенность мирового соглашения такова, что воля меньшинства подчиняется воле большинства. В некоторых случаях в зависимости от того, как сформулировано условие о сроке поручительства в договоре, кредитор может утратить обеспечение, если по условиям отсрочки новый срок исполнения наступает за пределами срока действия поручительства. Этот риск имманентно присущ всякому поручительству, ибо оно является срочным и каждый кредитор принимает его на себя, вступая в договор с поручителем. Поскольку до оказания кредита (в широком смысле) должнику под обеспечение поручительством кредитор имеет сильную переговорную позицию, ему следует позаботиться о согласовании достаточного срока поручительства.

Но здесь надо принять во внимание такую особенность, когда отсрочка или отдаление срока по соглашению сторон имеют место после впадения должника в просрочку. В соответствующих случаях кредитор вправе воспользоваться охранительным обязательством. Например, если после просрочки должника по обязательству, снабженному неустойкой, стороны договариваются о продлении срока исполнения, судебная практика исходит из того, что начисленная

¹ По мотивам Определения СКЭС ВС от 24 сентября 2014 г. № 305-ЭС14-1200 и Определения СКГД ВС от 2 октября 2018 г. № 58-КГ18-23.

с момента нарушения обязательства и до продления срока исполнения неустойка подлежит взысканию¹. В силу акцессорности поручитель может быть привлечен к исполнению, если должник не уплатит такую неустойку, если только обязательство поручителя неустойкой не охватывается, т.е. его ответственность по условиям договора поручительства является ограниченной. Что же касается суммы основного долга, то имевший место факт неисполнения до изменения срока его исполнения для целей перфекции обязательства поручителя во внимание не принимается.

Из п. 24 комментируемого [Постановления](#) следует, что при *увеличении срока* исполнения основного обязательства и в отсутствие основания для досрочного предъявления требования кредитор не вправе требовать от поручителя исполнения его обязанности до истечения указанного увеличенного срока. Правда, там не рассматривается такой нюанс, как увеличение срока уже после состоявшейся просрочки должника, но можно считать, что эта позиция универсально действует по общему правилу и для данного случая тоже.

(д) В обсуждаемом контексте уместно обратить внимание еще на одну оригинальную правовую позицию судебной практики, которая обнаруживает *неакцессорную досрочную перфекцию* поручительства. Особенность правового регулирования банкротных отношений состоит в том, что за утверждение мирового соглашения в деле о банкротстве должника должны проголосовать все залоговые кредиторы. Залоговый конкурсный кредитор основного должника вправе согласовать с поручителями, также находящимися в банкротстве, заключение в рамках дела о банкротстве основного должника мирового соглашения на условиях сохранения в последующем поручительства на прежних условиях: подобная договоренность не противоречит положениям ст. 421 ГК о свободе договора. В рассматриваемом случае недопустимо исключение требований кредитора из реестра требований кредиторов поручителя со ссылкой на то, что заемщик — основной должник более не находится в просрочке².

Этот подход дает основание поставить вопрос более широко (оставив проблематику банкротства и интересы других кредиторов несостоятельного поручителя в стороне). Должен ли правопорядок допускать такое соглашение кредитора с поручителем, когда должник

¹ Определение СКГД ВС от 27 сентября 2016 г. № 4-КГ16-37; Определение СКЭС ВС от 31 августа 2017 г. № 305-ЭС17-6839.

² Определение СКЭС ВС от 28 мая 2020 г. № 305-ЭС18-11645 (3).

в основном обязательстве, впад в просрочку, получает в дальнейшем отсрочку, но поручитель соглашается, несмотря на это, сохранить перфекцию поручительства? На первый взгляд ситуация может показаться аномальной, ведь обеспечительный интерес с очисткой просрочки должника в основном обязательстве теряет свою актуальность, переходя в режим ожидания возможной новой просрочки. Тем не менее принцип свободы договора, как представляется, может преодолеть эту аномалию, даже если она действительно имеет здесь место. Поручитель вполне может быть заинтересован в таком положении вещей, имея в виду его интересы в отношениях с должником. Если кредитор истребует исполнение от поручителя, в силу суброгации последний займет место кредитора и будет дожидаться наступления нового срока исполнения. Все дело сводится к тому, что сам поручитель просто отдаляет удовлетворение своего имущественного интереса в роли суброгационного кредитора. Если же кредитор не будет истребовать исполнения от поручителя до новой просрочки должника, о чем, пусть и неформально, стороны также могут договориться, то в случае наступления такой просрочки модель отношения вернется к обычной нормальности.

(е) Разъяснение Пленума о том, что для предъявления требования к поручителю *достаточно факта* неисполнения либо ненадлежащего исполнения основного обязательства, нужно применять с учетом того, что оно относится к ординарной модели поручительства. Оно не учитывает, да и не должно учитывать, те или иные своеобразные условия договоров поручительства. На практике встречаются случаи, когда договор поручительства предусматривает, что при неисполнении или ненадлежащем исполнении основного обязательства кредитор уведомляет поручителя, а последний обязуется в течение определенного периода произвести платеж¹. Соответственно, в таких случаях, разумеется, одного лишь указанного факта недостаточно, чтобы призвать поручителя в суде к исполнению обязательства. Требуется истечение названного периода, т.е. здесь наблюдается правовой феномен *отсроченной акцессорности поручительства*. Однако обычно обсуждаемый период бывает непродолжительным, так что это не оказывает существенного осложнения в реализации обеспечительных целей отсроченным поручительством целей. При этом сама по себе отсроченная акцессорность поручительства не оказывает влияния на объем обязательства поручителя, поскольку акцессорный эффект

¹ См., например, Определение СКЭС ВС от 28 марта 2017 г. № 305-ЭС16-17914.

трансляции продолжающейся просрочки должника в основном обязательстве сообразно увеличивает названный объем, из которого период отсрочки поручителя не вычитается.

(ж) Пленум высказывается в том смысле, что кредитор не обязан *доказывать*, что он предпринимал попытки получить исполнение от должника. Но надо пойти дальше, сказав, что кредитор не обязан предпринимать и сами такие попытки. Хотя разъяснение и трактует об обязанности доказывания, к *onus probandi* это отношения не имеет. Даже если указанные обстоятельства будут доказаны поручителем или должником, это равным счетом ничего не меняет. Такой кредиторской обязанности просто не существует по закону, а потому поручитель открыт для взыскания в установленном процессуальном порядке. Другое дело, что, не предприняв такие попытки, кредитор рискует тем, что его расходы на вчинение иска к поручителю могут оказаться напрасными, если должник произведет исполнение.

12. Субсидиарная ответственность поручителя может быть предусмотрена договором (пункт 1 статьи 363 и статья 399 ГК РФ) или законом (например, пункт 3 статьи 171 Федерального закона от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»).

Иск к субсидиарному поручителю может быть удовлетворен в случае отказа должника добровольно исполнить требование кредитора или неполучения в разумный срок ответа на предъявленное к должнику предложение об этом и невозможности удовлетворения требования зачетом встречного требования, принадлежащего основному должнику, или путем бесспорного взыскания средств с основного должника (статья 399 ГК РФ).

Для предъявления требования к субсидиарному поручителю не требуется обращение к солидарным поручителям, залогодателям и т.п.

Договором поручительства может быть предусмотрен иной порядок предъявления требования к субсидиарному поручителю.

(а) Как уже отмечалось, обычно кредитор до вступления в соглашение с должником имеет сильную переговорную позицию, поэтому предусмотренная законом правовая возможность установить договором субсидиарную модель поручительства, на которую указывает Пленум, на практике реализуется нечасто. Другое дело, когда указанный вид поручительства предписан законом, но и здесь экспансии субсидиарного поручительства совсем не наблюдается. Пленум в качестве примера приводит субсидиарное поручительство, предусмотренное

п. 3 ст. 171 Закона о банкротстве¹. Из данной нормы следует, что, если внешнее управление градообразующей организацией введено без волеизъявления собрания кредиторов об этом, поручитель в лице соответствующего публично-правового образования несет субсидиарную ответственность по обязательствам должника перед его кредиторами. Ясно, что субсидиарная модель предусматривается здесь ввиду скорее публично-правовых резонансов, нежели частного имущественного интереса конкретного лица. Однако, как указывалось в комментарии к предыдущему пункту, субсидиарная модель поручительства по сравнению с солидарной моделью не сильно ограничивает обеспечительный эффект поручительства.

(б) В абзаце втором комментируемого пункта, в отличие от предыдущего пункта, Пленум разъясняет, при каких условиях может быть *удовлетворен* иск к субсидиарному поручителю, а не когда к нему может быть предъявлено требование. Это не вполне точное разъяснение, поскольку основания удовлетворения иска к поручителю значительно шире, чем перечисленные Пленумом (взять хотя бы вопрос истечения пресекательного срока), так что соблюдение всех названных условий оснований для взыскания не даст. Если применить это разъяснение буквально, названных условий уже достаточно для удовлетворения иска, что с очевидностью не так. Поэтому данное разъяснение, видимо, следует воспринимать как сделанное в качестве сравнения с солидарным поручительством и содержащее дополнительные условия для субсидиарного поручительства. Кроме того, перечисленные Пленумом условия для удовлетворения иска не должны пониматься таким образом, что при их несоблюдении в иске должно быть отказано. Речь здесь нужно вести о возражениях поручителя по иску. Если он таких возражений не заявляет, суд не может по собственной инициативе обосновать отказ в иске на основании соответствующих обстоятельств, хотя бы они и были установлены по делу. Обратное вступило бы в противоречие как с принципом автономии воли в гражданском праве, так и с принципом диспозитивности в гражданском процессе.

Истцом для предъявления иска к субсидиарному поручителю, по мнению Пленума, должны быть соблюдены следующие условия:

1) наличие отказа должника добровольно исполнить требование кредитора; или

¹ Интересно отметить, что активные ссылки в п. 1 ст. 363 ГК на установленное законом субсидиарное поручительство в справочно-правовых системах («Гарант», «КонсультантПлюс») только к этой норме и приводят.

- 2) неполучение в разумный срок ответа на предъявленное к должнику предложение об исполнении обязательства;
- 3) невозможность удовлетворения требования зачетом встречного требования, принадлежащего основному должнику;
- 4) невозможность удовлетворения требования путем бесспорного взыскания средств с основного должника.

Ясно, что условие для предъявления требования к субсидиарному поручителю является соблюденным, если кредитор предъявил иск к должнику или этот иск удовлетворен судом, но обязательство так и остается неисполненным, в том числе тогда, когда возбуждено исполнительное производство.

Легко заметить, что третье и четвертое условия заимствованы из прежнего разъяснения в арбитражной практике¹. Нормативным обоснованием для всех названных условий послужила ст. 399 ГК, п. 2 которой предусматривает, что кредитор не вправе требовать удовлетворения своего требования к основному должнику от лица, несущего субсидиарную ответственность, если это требование может быть удовлетворено путем зачета встречного требования к основному должнику либо бесспорного взыскания средств с основного должника. На тот же пункт имелась ссылка и в прежнем разъяснении. Надо обратить внимание, что ссылка на всю статью 399 ГК не означает, что модель субсидиарного поручительства должна отождествляться с моделью субсидиарной ответственности: они отличаются. Общие положения о субсидиарной ответственности предусматривают регрессную модель удовлетворения интересов лица, которое произвело исполнение кредитору, тогда как модель поручительства, в том числе субсидиарного, предусматривает суброгационную модель.

Данное разъяснение требует верного усвоения в отношении приведенных выше третьего и четвертого условий. Ранее предусматривалось, что указанные обстоятельства (зачет, бесспорное взыскание), во-первых, могут быть основаниями для возражения поручителя против требования кредитора, а Пленум как бы открепил такое разъяснение от этого места и перенес его в п. 16 своего [Постановления](#). Соответственно, отказа от существования правовой позиции в данном аспекте мы здесь не наблюдаем, и это надо учитывать. Во-вторых, ранее предусматривалось, что зачетоспособность в отношениях по основному обязательству может служить основанием для возражения и солидарного поручителя. При этом использовалась ссылка на аналогию к п. 2 ст. 399

¹ См. абзац первый п. 25 Постановления № 42.

ГК. Указанный аргумент об аналогии теперь более не нужен, поскольку такое возражение имеется у поручителя на основании п. 2 ст. 364 ГК, причем при любом виде поручительства – как субсидиарном, так и солидарном. Об этом также упоминается, но не в комментируемом пункте, а в уже упомянутом пункте 16, причем с добавлением и такого обстоятельства, как возможность бесспорного взыскания. Соответственно, комментируемые условия (зачет и бесспорное взыскание), сформулированные для субсидиарного поручительства, не должны вводить в заблуждение как относящиеся только к этому виду поручительства. Возражения против требования кредитора по указанным основаниям доступны любому поручителю.

В отношении зачета также надо принять во внимание один нюанс. Согласно ст. 410 ГК при наличии всех необходимых условий обязательство прекращается зачетом требования. Выражение Пленума о зачете встречного *требования, принадлежащего основному должнику*, может сбить с толку. Оно способно восприниматься как наличие у должника права на зачет, т.е. когда требование должника является активоспособным (зачетная перфекция). Дело в том, что возражение поручителя в части зачета не может быть ему доступно при асимметричной зачетной перфекции, когда о зачете может заявить лишь должник, но не кредитор (например, при запрете для него зачета законом или договором). Точнее было бы говорить о прекращении обязательства кредитора зачетом встречного требования к должнику (ст. 410 ГК).

Возражение поручителя, связанное с зачетоспособностью, потому и поддерживается правопорядком, что действия кредитора в некоторой степени упречны: он может прибегнуть к суррогату исполнения, т.е. оказаться в том же положении, в котором он бы находился, если бы каждая сторона произвела реальное исполнение, заявив о зачете, но не делает это в ущерб интересам поручителя. При отсутствии у кредитора перфектного секундарного права на зачет такой упрек адресовать кредитору невозможно, а потому и оснований для указанного возражения у поручителя нет.

Сложнее обстоит дело еще с одним случаем асимметричной зачетной перфекции, когда требование кредитора к должнику является созревшим, но у должника встречное требование неперфектное, однако кредитор все равно может заявить о зачете, поскольку вправе исполнить свое обязательство перед должником досрочно. Формально-юридически у кредитора имеется в наличии перфектное секундарное право на зачет, однако его реализация может быть невыгодна кредитору, поскольку он вынужден будет фактически досрочно

исполнить свое обязательство. Эти соображения позволяют сделать исключение из общего правила для такого случая асимметричной зачетной перфекции, признав, что в данной ситуации поручитель не вправе возражать против предъявленного кредитором требования, ссылаясь на право зачета последнего. Указанного нюанса не видит ни законодатель, ни Пленум, поэтому его еще предстоит укоренить в нашей юриспруденции, а до того кредиторы будут пребывать в зоне правовой неопределенности.

В отношении зачета может возникать и еще одно специализированное затруднение. Дело в том, что право кредитора на зачет может иметь спорный характер, например, если встречное требование должника к нему является неустоечным и ожидается возражение о его соразмерности или по нему по внешней видимости истек срок исковой давности, но встает вопрос о том, не было ли перерыва. Кредитор и поручитель могут расходиться в вопросе оценки фактических обстоятельств или в вопросе права относительно наличия права на зачет или его размера. Скажем, поручитель может возражать, полагая, что зачет кредитора, заявленный не на полную сумму задолженной им неустойки, а только в ее части, основан на неверной оценке, поскольку неустойка не является явно несоразмерной, а кредитор может держаться иного мнения, желая сохранить за собой правовую возможность оспорить размер встречного неустоечного притязания должника. В деле по иску кредитора к поручителю суд, привлекая должника к участию в деле, вынужден будет по существу рассмотреть спор о явной несоразмерности неустойки между кредитором и должником. От результата этого рассмотрения зависит, в каком размере подлежит удовлетворению иск кредитора, а решение по такому спору окажется преюдициальным для спора о неустойке. Такое осложнение связано с тем, что закон вооружил поручителя чужими возражениями — должника в основном обязательстве. Это следует принимать во внимание сторонам и отыскивать возможности для устранения неопределенности. Например, кредитор прежде заявления иска к поручителю может заявить иск к должнику о снижении явно несоразмерной неустойки, добившись тем самым защиты своего права в отношениях с должником и устранив неопределенность в отношениях с поручителем.

Что касается бесспорного взыскания, то этот термин должен пониматься широко. К бесспорному взысканию, строго говоря, относятся предусмотренные законом и в соответствии с ним случаи (ст. 90 Основ законодательства о нотариате). Но к бесспорному взысканию относятся и такие действия, которые взысканием не являются, пред-

ставляя собой форму безналичных расчетов¹, где корректнее говорить о безакцептном списании денежных средств. Хотя надо сказать, что и законодательный термин «беспорное взыскание» не вполне точный, ибо внесудебное взыскание без иска, строго говоря, и не взыскание вовсе.

(в) Одно и то же обязательство может быть обеспечено несколькими способами обеспечения. В связи с этим правопорядок стоит перед необходимостью определить правовой режим множественности обеспечения, в том числе решить вопрос об обязанности кредитора приоритетного обращения сначала к одному виду обеспечения и лишь затем к другому. Российскому праву такая своеобразная обязанность неизвестна. Скажем, наличие у кредитора вещного обеспечения и личного обеспечения не обязывает его сперва реализовать свое ограниченное вещное право (например, залог или удержание) и лишь при неуспешности в этом обращаться к личному обеспечению. Также нашему закону неизвестна такого рода приоритетность среди нескольких личных обеспечений. Ничего не меняет и субсидиарный характер поручительства, поскольку оно субсидиарно только в отношении основного обязательства, но не в отношении другого обеспечения, будь то личного или вещного. Прежнее разъяснение не касалось вопроса предъявления требования к субсидиарному поручителю при наличии иного обеспечения у кредитора.

Из этого исходит и Пленум, устанавливая, что обеспечительный интерес кредитора может быть реализован в отношении субсидиарного поручителя по общим правилам, а наличие другого обеспечения, например солидарного поручительства или залога, ничего не меняет. При этом из разъяснения Пленума с однозначностью следует, что перед нами общее правило, которое распространяется на все виды обеспечения. Наличие у кредитора, помимо субсидиарного поручительства, другого обеспечения — удержания, одного или нескольких видов титульного обеспечения, независимой гарантии или обеспечительного платежа также не препятствует реализации обеспечительного интереса кредитора по общим правилам субсидиарного поручительства.

Насколько этот подход в нашем праве обоснован с политико-правовой точки зрения, можно обсуждать, но позитивное право точно не дает формального основания для иного вывода. Политико-правовые резоны, в том числе соображения справедливости, могут послужить основанием для начала научной дискуссии. Например,

¹ См. п. 8 Информационного письма № 28.

насколько справедливым выглядит взыскание с поручителя, особенно когда оно выдано из альтруистических соображений, если кредитору доступно обеспечение, предоставленное профессиональным участником рынка, скажем, банковской гарантии, за выдачу которой уплачивается вознаграждение. Поскольку реализация обеспечительной функции гарантийного удержания не относится судебной практикой к зачету¹, также может вставать вопрос о справедливости заявления иска к поручителю, если в части заявленного требования обеспечительный интерес кредитора может быть удовлетворен за счет гарантийного удержания. Кажется, есть все основания для этого случая расширительно истолковать п. 2 ст. 364 ГК, предоставив поручителю соответствующую эксцепцию, причем здесь нужно выйти за пределы субсидиарного поручительства, обсуждая поручительство вообще.

(г) Пленум указывает, что договором может быть предусмотрен *иной порядок* предъявления требования к субсидиарному поручителю. Это, безусловно, так, поскольку нет никаких политико-правовых или юридико-технических оснований для ограничения свободы договора. Более того, надо сказать, что какие-то особенности предъявления требования, направления информации и пр. можно согласовать и для солидарного поручительства. В этом смысле разъяснение оказывается зауженным. Прежнее разъяснение не содержало указаний на допустимость иного порядка предъявления требований к субсидиарному поручителю, — видимо, потому, что для этого не имелось повода в судебной практике.

13. Основное обязательство может быть обеспечено поручительством одного или нескольких лиц.

Независимо от того, совместно или раздельно дано поручительство несколькими лицами, кредитор вправе требовать исполнения как от всех поручителей вместе, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга, если иной порядок предъявления требования кредитором не установлен договорами поручительства (статья 323, пункт 1 статьи 363 ГК РФ).

Если из соглашения между сопоручителями и кредитором не следует иное, поручители, давшие поручительство совместно и ограничившие свою ответственность перед кредитором, считаются обеспечившими основное обязательство каждый в своей части (пункт 3 статьи 363 ГК РФ).

¹ Определение СКЭС ВС от 12 марта 2018 г. № 305-ЭС17-17564.

(а) Поручитель, как и любой должник, отвечает по своему обязательству всем своим имуществом. Соответственно, чем больше поручителей обязалось по основному обязательству должника, тем большая имущественная масса служит порукой кредитору. Стремление кредитора к большей надежности в получении причитающегося по обязательству влечет феномен *множества поручителей*. Эмпирика демонстрирует, что кризис доверия к ограниченной ответственности корпораций влечет тенденцию «распаковки» юридического лица, когда по его обязательствам поручаются его бенефициары — участники хозяйственных обществ, их руководители, топовые менеджеры. Тем самым одна из целей появления феномена юридического лица — ограничение личной ответственности его участников по обязательствам корпорации — отторгается рынком. В этом же ряду стоит распространенная практика привлечения к поручительству материнских, дочерних и других корпоративных «родственников». Среди поручителей физических лиц наблюдается семейное поручительство, когда множество поручителей образуют родственники, свойственники и другие близкие друг другу люди.

Несмотря на то что в комментируемом пункте говорится о допустимости множества поручителей для обеспечения исполнения *основного* обязательства, таковая множественность может иметь место и в отношении самого обязательства поручителя (поручительство второго уровня). Точное выражение должно быть иным: всякое обязательство может быть обеспечено поручительством одного или нескольких лиц. Для поручителей второго уровня основным обязательством будет являться дополнительное обязательство поручителя первого уровня. О поручителях второго уровня *см. п. «г» комментария к п. 1 Постановления*.

(б) В данном пункте впервые появляется деление поручительства на *совместное и раздельное*, основания для разграничения которых раскрываются в последующих пунктах.

Закону такая терминологическая пара неизвестна, и в официальной юриспруденции она впервые аналитически выводится Пленумом, закрепляя складывающийся тезаурус судебной практики¹. В п. 13 установлены правила для лиц, совместно давших поручительство (сопоручителей). Отсюда логически выводится совместное поручительство, и с неизбежностью, *a contrario*, образуется категория лиц, выдавших поручительство не совместно, т.е. раздельное поручительство.

¹ См., например: Определение СКЭС ВС от 23 мая 2018 г. № 303-ЭС17-23451 (2); Определение СКГД ВС от 3 апреля 2018 г. № 14-КГ18-4.

В отличие от ранее действовавшего разъяснения¹, Пленум дает более систематизированное разъяснение о значении для кредитора дифференциации множества поручителей на такие виды, как совместное и раздельное. Данное видовое деление имеет юридическое значение для отношений между поручителями. Для обеспечительных интересов кредитора это разграничение само по себе последствий не имеет: *поручители отвечают солидарно*. По неясным причинам Пленум избегает использования этого термина, предпочитая раскрыть его содержание с нормативной опорой на ст. 323 ГК, излагая с некоторой переработкой почему-то только содержание ее п. 1, но ссылаясь при этом на всю указанную статью полностью. В связи с такой рассинхронизацией слов и чисел уместно заметить следующее. Несмотря на то что названная статья посвящена солидарности в основном обязательстве, а не солидарным акцессорным по отношению к основному обязательствам, все установленные данной статьей правомочия кредитора подходят и для отношений солидарного поручительства. Поэтому если уж и надо было раскрывать права кредитора при солидарной множественности поручителей, то следовало перечислять все правомочия кредитора, а не их часть. Иначе может сложиться ложное впечатление, что п. 2 ст. 323 ГК непригоден для отношений с солидарными поручителями.

(в) Описав права кредитора при солидарном поручительстве, Пленум указывает на то, что иной порядок предъявления требования кредитором может быть установлен договорами поручительства, но что это за порядок, не уточняется. Прежняя правовая позиция в отношении совместного поручительства в качестве возможной договорной альтернативы солидарности называла ответственность в долях².

Можно выдвинуть предположение, что *отказ от использования термина «долевая ответственность»* имеет под собой теоретические основания. Дело в том, что если для множественности лиц в обязательстве деление на солидарную и долевую ответственность вполне подходит, поскольку там, по доминирующему воззрению, речь идет об одном обязательстве, то поручительству долевая ответственность не совсем отвечает, поскольку у основного должника и поручителя обязательства разные и отдельные. Поэтому «долевая ответственность» нескольких поручителей на самом деле означает, что объем ответственности поручителя по его отдельному от других обязательству ограничен определенной долей, взятой от целой ответственности

¹ См. п. 27 Постановления № 42.

² См. там же.

должника в основном обязательстве. При этом солидарный характер ответственности с должником у такого поручителя отчасти сохраняется в том смысле, что кредитор вправе требовать исполнения в размере указанной доли как от основного должника, так и от поручителя, причем как совместно, так и по отдельности, как полностью, так и в части этой доли. Но кредитор не может потребовать от такого поручителя оставшихся долей. Отсюда можно заключить, что правильнее говорить не о долевом поручительстве или долевой ответственности поручителя, а о *солидаритете с ограниченной ответственностью поручителя*. Насколько точно называть модель солидаритета с ограниченной ответственностью порядком предъявления требования, можно обсуждать с терминологической точки зрения, но то, что такая модель имеет место в действительности, подтверждается эмпирически.

Теоретически иной порядок мог бы представлять собой введение договором известного еще со времен римского права и применяющегося в некоторых европейских правовых системах правила *beneficium divisionis*, согласно которому при множестве поручителей каждый из них обладает льготой в виде возражения, которое влечет распределение притязания кредитора между всеми поручителями. Ни позитивное право, ни судебная практика, ни договорная практика этого правила не знают, и лишь его сильно измененный аналог усматривается в отношениях поручителей между собой при совместном поручительстве, о чем будет сказано ниже.

Трактуя об ином порядке предъявления требования кредитора, Пленум указывает, что он может быть установлен *договорами* поручительства. Это не следует воспринимать как количественную рестрикцию источника иного правила. Совместное поручительство может оформляться единым договором, который также может предусматривать иной порядок предъявления требований кредитором. Множественность поручителей не означает непременно множественность договоров поручительства, по крайней мере в понимании договора как документа. Что интересно, в следующем абзаце Пленум уже говорит о *соглашении* между сопоручителями и кредитором в единственном числе, что ясно свидетельствует о нерелевантности числа договоров.

(г) Последний (третий) абзац комментируемого пункта представляет собой незначительно редакционно измененную цитату предложения второго п. 3 ст. 363 ГК, и никакого разъяснения в нем не усматривается. Здесь же впервые употребляется законодательный термин «сопоручители», хотя его значение раскрывается далее, в п. 15 **Постановления**. *Сопоручителями* именуются такие поручители, которые

поручились совместно, что следует из нормы закона. При раздельном поручительстве лица, предоставившие обеспечение, сопоручителями не называются.

Процитированная Пленумом норма п. 3 ст. 363 ГК является новеллой закона, которую законодатель воспринял из арбитражной практики. Там предусматривалось, что, пока не доказано иное, судам следует исходить из того, что сопоручители, ограничившие свою ответственность перед кредитором только частью долга, обеспечили различные части обязательства должника¹.

(д) Ограничение ответственности поручителя договором поручительства может устанавливаться различными способами. Это можно сделать посредством указания на предел ответственности поручителя конкретной суммой, например, предусмотрев, что поручитель отвечает в размере не более 1 млн руб. (*паушальное* ограничение). Ограничение ответственности может проводиться по виду обязанности из совокупного обязательства должника, под которым следует понимать все обязанности должника (регулятивные и охранительные), возникшие из одного основания, например из одного договора (*видовое* ограничение). Скажем, договор поручительства может предусматривать, что ответственность поручителя ограничивается суммой основного долга и регулятивными процентами. Наконец, ответственность поручителя может определяться в виде идеальной доли совокупного обязательства должника (*долевое* ограничение). Тогда поручительство должно, к примеру, предусматривать, что поручитель отвечает в размере 50% от причитающегося с должника по такому-то договору. Конечно, аналогичный метод применим не только к совокупному обязательству должника, но и к обязательству в узком смысле (например, 50% основного долга).

Для определенных вариантов видового ограничения разъяснение Пленума не может найти места для своего применения. Так, например, если двое поручителей ограничили свою ответственность неустойкой, т.е. выдали поручительство в обеспечении исполнения должником в основном обязательстве неустойкой, нельзя сказать, что каждый из них обеспечил обязательство в своей части. Каждый из таких поручителей отвечает за всю сумму неустойки, а не только в какой-то ее части. Данное обеспечение к распределенному поручительству (*см. следующий пункт комментария*) не относится. Однако если эти поручители ограничили свою ответственность по неустойке, скажем, в размере 50%, то разъяс-

¹ См. п. 29 Постановления № 42.

нение применяется корректно, поскольку поручительство является распределенным.

Видовое ограничение может быть и более экзотическим, например, когда один поручитель отвечает за убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением, а другой — только за убытки, причиненные по неосторожности. В последнем случае ответственность поручителя ограничивается, поскольку он не отвечает за убытки, причиненные должником умышленно. Норма п. 4 ст. 401 ГК, не допускающая ограничение ответственности за умышленное нарушение обязательства, здесь неприменима. Строго говоря, когда ведется речь об ограничении ответственности поручителя, на самом деле речь идет об определении объема обязательства поручителя меньшего размера, чем объем причитающегося кредитору с должника в основном обязательстве. Ни о каком ограничении ответственности поручителя за умышленное нарушение обязательства говорить не приходится. При таком видовом ограничении один из поручителей отвечает по охранительному обязательству возместить соответствующие убытки в полном объеме, а другой лишь в части.

(е) Выражение об обеспечении основного обязательства каждым поручителем в своей части (*распределенное поручительство*) уместно снабдить иллюстрацией. Например, если основное совокупное обязательство равно 100, а четверо поручителей ограничили свою ответственность 25% от совокупного обязательства должника, это означает, что для кредитора все обязательство обеспечено полностью. Иными словами, ни один из поручителей не может считать, что исполнение обязательства другим поручителем произведено в счет обеспеченной им части. Если должник частично исполнит обязательство, все четверо поручителей солидарно отвечают в тех же пропорциях в отношении оставшегося долга. Таким образом, когда, например, должник в основном обязательстве исполнит свое совокупное обязательство в размере 25%, ни один из поручителей не вправе считать, что исполнение произведено в счет обеспеченной только им части обязательства. Если по такому же основному совокупному обязательству трое поручителей ограничили свою ответственность не идеальной долей, а номиналом, скажем, 25 единицами, это означает, что требование кредитора обеспечено только в размере 75 единиц, а в размере 25 единиц его требование к должнику ничем не обеспечено.

Выражение закона и Пленума о том, что поручители считаются обеспечившими основное обязательство *каждый* в своей части, не вполне подходит для такого неохваченного случая, когда один поручитель

ограничил свою ответственность, другой — нет. Здесь нет почвы для неопределенности, ибо один поручитель отвечает наряду с другим, но один из них — в ограниченном объеме. Также это разъяснение не годится, когда сопоручители ограничили свою ответственность частью основного обязательства, например половиной совокупного обязательства должника. В этом случае никакой своей части ни у одного из поручителя просто нет, хотя ограничение ответственности есть.

(ж) Как видно, процитированная норма закона является диспозитивной. Следовательно, договоры поручительства могут предусматривать иное правило, что учитывает и Пленум. Хотя широкой практики установления иного правила не наблюдается, соответствующие договоры поручительства могут предусматривать, что все или некоторые поручители обеспечивают одну и ту же часть основного обязательства. Кроме того, может быть предусмотрено, что совместные поручители отвечают не полностью, а в части, например за половину основного долга. Использование Пленумом термина «соглашение сопоручителей» в единственном числе не означает, что иного правила нельзя согласовать несколькими договорами. Другое дело, что совместный характер поручительства означает единство воли всех поручителей в отношении его условий, поэтому иное правило также может быть установлено только совместной волей. А отдельный поручитель может свободно договориться с кредитором, что он поручается по основному обязательству в той части, в которой за ее исполнение поручился другой поручитель.

(з) И прежняя судебная практика, и последовавшая за законодателем действующая правовая позиция распространяют правило распределенного поручительства только на совместное поручительство. Это вызывает сомнения. Если кредитор отдельно договорился, скажем, с четырьмя поручителями, согласившись на ограничение их ответственности 25% совокупного обязательства должника, то какое правило правопорядку следует принять по умолчанию? Неужели разумно считать, что каждый из отдельных поручителей отвечает за ту же часть обязательства, по которой поручились остальные? Это представляется нелепым; как раз наоборот, рационально будет исходить из того, что разумный кредитор потому и согласился на ограничение ответственности поручителей, что в совокупности их поручительства обеспечивают обязательства должника целиком. Тем более было бы странным умалять право кредитора, когда соответствующие отдельные поручители, даже не зная о существовании друг друга, вдруг обнаружили бы, что платеж одного из них освободил всех других от исполнения

договора. Исходя из этого, следует считать, что законодатель допустил пробел закона в отношении ограничения ответственности *раздельных поручителей* и данный пробел по аналогии восполняется нормой для сопоручителей (предложение второе п. 3 ст. 363 ГК).

14. По общему правилу поручительство, данное несколькими лицами, является раздельным.

Если основное обязательство исполнено одним из лиц, раздельно давших поручительство, то к нему в порядке суброгации переходят права кредитора, в том числе основанные на других поручительствах (пункт 1 статьи 365, пункт 2 статьи 367, статья 384 ГК РФ).

Кроме того, согласно пункту 1 статьи 365 ГК РФ к поручителю переходят права кредитора как залогодержателя, если залог предоставлен должником либо если залог предоставлен третьим лицом раздельно с исполнившим поручителем. В этих случаях поручитель вправе возместить исполненное кредитору за счет предмета залога в полном объеме. Если поручитель произвел исполнение обязательства лишь в части, права кредитора как залогодержателя переходят к нему соответственно в этой части (пункт 1 статьи 365 ГК РФ), а кредитор и поручитель становятся созалогодержателями, имеющими права на удовлетворение своих требований из стоимости заложенного имущества (статья 335.1 ГК РФ) с учетом разъяснений, содержащихся в пункте 19 настоящего постановления.

Переход прав кредитора к исполнившему поручителю не влияет на течение срока исковой давности по соответствующим требованиям к другим раздельным поручителям или залогодателям (статья 201 ГК РФ).

(а) Разъяснения всего пункта посвящены раздельному поручительству, а в следующем пункте рассматривается совместное поручительство. Поэтому некоторые суждения, сформулированные в данном пункте для раздельного поручительства (например, указание на переход прав кредитора к раздельному поручителю), не следует воспринимать как отсутствие таких же последствий при совместном поручительстве в отношении прав требования к должнику в основном обязательстве.

Если для совместных поручителей законодателем предусмотрен термин «сопоручители», то для множества из нескольких раздельных поручителей наш юридический тезаурус односложного понятия не имеет, поэтому до его появления их следует так и именовать — «раздельные поручители».

В абзаце первом данного пункта Пленум по существу вводит *презумпцию раздельного поручительства* при наличии нескольких лиц, дав-

ших поручительство. Ни закону, ни прежней судебной практике такая презумпция неизвестна. Не имея статистики, сложно с достоверностью судить, какая разновидность поручительства более распространена на практике. Умозрительно можно предположить, что доминирующим, быть может, является совместное поручительство. Дело заключается в том, что образование множества поручителей по требованию потенциального кредитора обычно иницируется должником. Заинтересованный в сделке должник приискивает поручителей и договаривается с ними, чтобы они выступили в таком качестве. Рациональное лицо, которому предложено стать поручителем, обычно вникает в существо дела и, узнав, что поручителей будет несколько, стремится снизить свои риски, рассчитывая поделить ответственность с другими поручителями. Последнее может объясняться естественным стремлением человека к выгоде и, наоборот, избеганию невыгод или их минимизации. Разложение ответственности между несколькими лицами, преследующими одинаковую цель (предоставить обеспечение другому лицу), как представляется, более соответствует как принципу равенства, так и принципу справедливости. Но, как видно, Пленуму, надо полагать, такие соображения не близки, поэтому общее правило для множества поручителей — раздельное поручительство. Соответственно, лицам, желающим совместного характера поручительства, следует озаботиться опровержением презумпции, обозначив его характер в договоре.

В силу указанной презумпции может возникать несколько неожиданное последствие в случае реорганизации поручителя, поскольку ранее в арбитражной практике множественность поручителей, которая могла возникать в этом случае, квалифицировалась в качестве совместного поручительства. Но признание данного разъяснения не подлежащим применению открывает дорогу для действия обсуждаемой презумпции и для такой ситуации (подробнее *см. п. «е» комментария к п. 33 Постановления*).

Эта презумпция на практике приводит к тому, что отвечающий по иску исполнившего обязательство поручителя другой поручитель должен будет, преследуя свой интерес, выполнить бремя доказывания по ее опровержению, иначе истец не будет обязан принять на себя долю ответственности. Все надлежаще уплаченное первым поручителем может быть возложено на оставшихся обязанных лиц, в том числе и по отдельности.

Раздельное поручительство имеет место тогда, когда волеизъявление каждого кредитора демонстрирует *намерение нести ответственность по обязательству должника самостоятельно*, а не сообща с другими по-

ручителями. Наиболее иллюстративно это видно в тех случаях, когда поручитель даже не знает о других поручителях. Однако сам по себе факт знания или незнания о других поручителях определяющего значения для доказательства раздельного характера поручительства не имеет — принципиальным является только волеизъявление. С учетом правовой позиции Пленума получается, что указанное волеизъявление презюмируется при наличии нескольких поручителей.

Раздельное поручительство чаще всего оформляется в виде отдельных (сепаратных) договоров с каждым из поручителей. Прежнее разъяснение прямо указывало на выдачу поручительства «по различным договорам поручительства»¹, что представляется не вполне точным (хотя и распространенным явлением), а действующее разъяснение обоснованно не использует такой оборот. Конечно, не будет противоречить закону и один договор со всеми поручителями, если из него следует намерение соответствующего поручителя, некоторых из них или всех отвечать перед кредитором самостоятельно. Отсюда, правда, скорее теоретически, ибо соответствующей эмпирики не имеется, следует, что может существовать *смешанное поручительство*, когда некоторые поручители отвечают как совместные, а некоторые — как раздельные. Гипотетически смешанное поручительство можно образовать даже в одном лице, когда по одной из обязанностей поручитель является раздельным, а по другой — совместным. Например, по основному долгу поручитель выступает самостоятельно и независимо от других, а по регулятивным процентам — совместно с другими поручителями. Конечно, дело можно представить и так, что аналитически выдано два поручительства: одно — раздельное, а другое — совместное, но все равно в одном лице соединится два правовых режима поручительства.

Раздельное поручительство само по себе не означает, что каждый из поручителей непременно отвечает по всему совокупному обязательству должника. Иными словами, при раздельном поручительстве, как, впрочем, и при совместном, ответственность поручителей может быть ограничена определенным образом договором (см. п. «д» *комментария к п. 13 Постановления*). При этом надо принимать во внимание, что такое ограничение ответственности поручителей, когда они отвечают за отдельные части основного обязательства, само по себе раздельного поручительства не образует, поскольку в данном случае такое поручительство относится к распределенному поручительству (см. п. «е» *комментария к п. 13 Постановления*).

¹ См. п. 28 Постановления № 42.

Если это предусмотрено договором или законом, раздельное поручительство может быть субсидиарным по отношению к обязательству должника, а по умолчанию является солидарным (п. 1 ст. 363 ГК), соответственно, одно раздельное поручительство может оказаться субсидиарным, а другое – солидарным. Впрочем, на практике ничего такого не наблюдается.

Раздельное поручительство может быть глобальным (см. п. «е» *Комментария к п. 3 Постановления*).

Поскольку ни кредитор, ни должник могут не иметь (и, как правило, не имеют) собственного интереса в определении характера поручительства, об этом следует позаботиться самим поручителям. Для поручителя предпочтительным скорее является не раздельное, а совместное поручительство, поскольку это позволяет разделить бремя ответственности с другими лицами. Но в каких-то случаях для отдельного поручителя, возможно, раздельное поручительство может оказаться более привлекательным. Если поручитель рассчитывает суметь исполнить свое обязательство перед кредитором первым и переложить все бремя ответственности на другого состоятельного поручителя, теоретически раздельное поручительство выгоднее. Но здесь требуется тщательно оценить все риски. В частности, надо принять во внимание, что закон не может обеспечить приоритетного обращения кредитора к конкретному поручителю. Следовательно, об этом надо договориться с кредитором (*приоритетное поручительство*), но если он не исполнит такую обязанность, понудить к ее исполнению едва ли удастся, особенно когда он получит исполнение от другого поручителя. Этот последний договоренностью с приоритетным поручителем не связан. Естественно, что расчет на состоятельность другого или других поручителей может оказаться тщетным, что может обернуться невыгодой для такого раздельного поручителя.

Если поручитель рассчитывает на совместный характер поручительства, ему желательно озаботиться указанием на это в договоре, а еще лучше, чтобы договор заключался в виде единого для всех совместных поручителей документа.

(б) Как известно, поручительство является односторонним договором: долг имеется только у поручителя. Последний не получает от кредитора встречного предоставления ни за выдачу поручительства, ни за его исполнение. Исполнив свое обязательство в пользу кредитора, поручитель несет издержки. Теоретически возмещение понесенных издержек поручителем можно подчинить различным моделям правоотношения. Во-первых, можно исходить из того, что поручитель выдает

поручительство в интересе должника, а потому поручителю самому следует озаботиться заключением с должником какого-нибудь договора, сообразующегося с его интересом. Соответственно, если поручитель не договорился ни о чем с должником, он принимает на себя указанные издержки. Однако такой подход зачастую приводил бы к несправедливому результату, а должник получал бы выгоду за счет поручителя, ничего не предоставляя взамен. Во-вторых, можно было бы усмотреть в исполнении поручителем своего обязательства неосновательное обогащение должника или обнаружить возникновение регрессного обязательства. Однако этот подход давал бы поручителю не самую лучшую защиту, поскольку обычно такие требования уступают по своей эффективности договорному требованию. Но что тут можно сделать, если договора у поручителя с должником может и не быть и чаще всего не бывает? Тут и обнаруживается третий подход, избранный нашим правопорядком. Даже если у поручителя нет договора с должником, последний состоит в договорном отношении с кредитором, поскольку чаще всего обеспечивается именно договорное притязание. Здесь обнаруживается суброгационная модель правовых последствий исполнения обязательства поручителем. Закон предусматривает, что в этом случае права кредитора переходят к поручителю в силу закона. Суброгационная модель лучше обеспечивает интересы поручителя, поскольку зачастую осмотрительный кредитор, вступая в обязательство, договаривается о выгодных для себя условиях, которые вследствие правопреемства идут на пользу поручителю. В частности, к раздельному поручителю переходят права требования к другим поручителям. Суброгационная модель укоренилась в правопорядке нормативно, причем как в нормах о самом поручительстве (п. 1 ст. 365 ГК), так и в нормах о перемене лиц в обязательстве (п. 1 ст. 384, подп. 3 п. 1 ст. 387 ГК). Несмотря на прочное восприятие суброгационной концепции, «фантомные боли» отторгнутой регрессной концепции постоянно проявляются в судебной практике, а исправлять их приходится на весьма высоком инстанционном уровне судебной системы¹.

Возвращаясь к анализу текста, следует заметить, что Пленум ошибочно приводит ссылку на п. 2 ст. 367 ГК, в котором речь идет о последствиях изменения основного обязательства для поручительства, а не о переходе прав. Кроме того, разъяснение содержит отсылку ко всей ст. 384 ГК, тогда как о переходе прав, обеспечивающих исполнение обязательства, сказано только в п. 1 названной статьи. Помимо этого,

¹ См. Определение СКГД ВС от 3 апреля 2018 г. № 14-КГ18-4.

почему-то не дается ссылка на подп. 3 п. 1 ст. 387 ГК, в котором как раз и говорится о переходе в силу закона прав кредитора по обязательству вследствие исполнения обязательства поручителем должника.

Также неточным является указание на исполнение отдельным поручителем основного обязательства. Поручитель исполняет свое обязательство, возникшее из договора поручительства, а не обязательство должника. Обязательство последнего как раз остается неисполненным, и поэтому права по нему переходят к поручителю. Пленум и сам так считает и обоснованно буквально указывает в п. 1 **Постановления**, что поручитель не является должником в основном обязательстве, а исполняет свою *собственную* обязанность.

(в) Интересно отметить, что в отношении перехода прав Пленум оперирует термином «суброгация». В ГК этот термин используется только в отношении перехода прав к страховщику (подп. 4 п. 1 ст. 387, название ст. 965 ГК). Тем не менее в доктрине этот термин весьма широко применяется ко всяким случаям перехода права *ex lege*, в том числе и к переходу на основании закона прав к поручителю, исполнившему свое обязательство. Таким образом, доктринальная терминологическая традиция признана официально. Прежнему разъяснению данный термин известен не был.

(г) Сформулировав разъяснение о переходе прав, которое существенно не выходит за пределы закона, Пленум не коснулся вопроса об *исключениях из правила о суброгации*. Между тем закон предполагает такие исключения, поскольку в п. 3 ст. 365 ГК предусматривается, что правила, установленные настоящей статьей, применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними.

В целом аналогичное прежнее разъяснение допускало, что иное регулирование может быть предусмотрено соглашением между поручителями. Это суждение не вполне точное, так как поручители, хотя бы и отдельные, могут, конечно, в силу принципа свободы договора договориться о своих правах и обязанностях на случай исполнения обязательства одним из поручителей, но в силу принципов автономии воли и относительности обязательства они не вправе договориться между собой о правах и обязанностях кредитора.

Что касается процитированной выше нормы п. 3 ст. 365 ГК, то она множественности поручителей не касается, но допускает, помимо прочего, воздействие на переход прав кредитора к поручителю. Поскольку суброгация предусмотрена законом в предполагаемом интересе поручителя, а поручитель, как и любой другой субъект гражданского

права, действует в своем интересе, его подлинное намерение может расходиться с законодательным предположением. Поэтому из договора поручителя с должником может вытекать, что суброгация не будет иметь место или она будет частичной или измененной иным образом. Данный договор, не затрагивая прав и законных интересов кредитора, может содержать и другие условия, связанные как с исполнением обязательства поручителем, так и с другими отношениями до такого исполнения. Практика не свидетельствует о широком распространении подобных договоров.

Кроме того, закон говорит о том, что иные правила по сравнению с п. 1 и 2 ст. 365 ГК могут вытекать из отношений между поручителем и должником. Видимо, под такую ситуацию можно подвести случай предоставления поручительства в качестве дара, хотя он подпадает и под случай договорного изменения отношений, поскольку закон не ограничивает вид договора, из которого может вытекать иное. В результате исполнения поручителем своего обязательства должник (одаряемый) может считаться освобожденным поручителем (дарителем) от обязанности перед третьим лицом (кредитором), только если суброгация не будет иметь место. Иными словами, переход права к дарителю (поручителю) противоречил бы дарственной каузе.

(д) Прежнее разъяснение предусматривало, что исполнение одним из отдельных поручителей обязательства влечет за собой переход к нему *всех прав*, принадлежавших кредитору. При этом, видимо, исходили из того, что поручитель удовлетворил притязание кредитора во всей полноте того объема, который причитался кредитору по основному обязательству. Пленум обоснованно избегает указания на переход именно всех прав кредитора. Объем и состав переходящих прав могут зависеть от того, в какой части произведено исполнение отдельным поручителем, что затрагивается в некоторых последующих разъяснениях.

(е) Из прежнего разъяснения также следовало, что переход прав кредитора к должнику и другим поручителям имеет место, если поручители являлись солидарными. Такое представление, хотя и отражает наиболее распространенную ситуацию, все же неверно. Солидарный или субсидиарный характер ответственности поручителя не имеет значения для суброгации прав к другим поручителям. Определяющим фактором является отдельный характер обязательства того поручителя, который произвел исполнение. Это же разъяснение допускало суброгацию, если «несколько поручительств были даны по различным договорам поручительства отдельно друг от друга»; приведенная фраза

могла пониматься двояко, в том числе и в том смысле, что все поручительства являются раздельными. Однако это не так, и в этом смысле редакция абзаца второго комментируемого пункта более удачна, ибо такого восприятия создавать не может. Дело в том, что к раздельному поручителю могут переходить права по суброгации, если остальные поручители между собой совместные. Правопорядок потому и предусматривает суброгацию к другим поручителям, что раздельный поручитель принял на себя самостоятельную ответственность, а не выступил в кооперации с другими поручителями. Иными словами, определяющим фактором является характер ответственности исполнившего обязательство поручителя, который и предопределяет суброгацию к другим поручителям, характер собственной ответственности которых значения не имеет, поскольку она юридически релевантна в отношениях между ними, а не между раздельным поручителем и этими другими поручителями.

(ж) Важно обратить внимание также и на инвертированную ситуацию, когда один из совместных с другими поручителями исполняет свое обязательство, но имеется еще и раздельный поручитель. Исполнивший поручитель суброгирует к раздельному поручителю, но не к своим совместным поручителям. Поэтому упор прежнего разъяснения на переход прав *к каждому* из других поручителей не учитывает данную ситуацию. Действующее разъяснение избегает такой неточности.

(з) Одним из эффективных методов структуризации обеспечения является сочетание вещного и личного обеспечения по одному и тому же обязательству. Это позволяет, например, гарантировать интересы кредитора в случае, когда нарушение основного обязательства незначительно и вследствие этого невозможно требовать обращения взыскания на заложенное имущество ввиду несоразмерности требования и стоимости заложенного имущества (п. 2 ст. 348 ГК). Для истребования соответствующего исполнения от поручителя в данной ситуации препятствий не имеется.

В связи с такой практикой перед правовым порядком стоит задача урегулировать отношения сторон в ситуации, когда поручитель исполняет свое обязательство в условиях обеспечения основного обязательства другим лицом с помощью залога. Согласно п. 1 ст. 365 ГК к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Как видно, данная норма сформулирована

достаточно широко и не уточняет, о каком поручительстве и о каком залоге идет речь.

Ранее в практике арбитражных судов устанавливалось, что по смыслу п. 1 ст. 365 ГК к поручителю переходят принадлежащие кредитору права залогодержателя как при залоге, установленном третьим лицом в обеспечение исполнения обязательств должника, так и при залоге, установленном должником по собственным обязательствам. При этом судам следует иметь в виду, что иные последствия исполнения поручителем обязательств перед кредитором могут быть предусмотрены соглашением кредитора и поручителя (в частности, переход требования без одновременного перехода прав по обеспечительным сделкам)¹. Второе предложение оказалось не воспринятым действующим разъяснением, хотя оно соответствует закону, и принцип свободы договора такой договоренности не исключает, даже если она и выглядит не вполне практичной. Что же касается перехода права в отношении залога, предоставленного третьим лицом, то дальнейшая отсылка в разъяснении в отношении применения подходов, касающихся совместного и раздельного поручительства, которые должны также применяться к ситуации с залогом третьего лица², оказывалась несколько неопределенной, поскольку в отношении совместного поручительства, а стало быть, и залога применяется не суброгационная, а регрессная концепция. Это требует учета некоторых особенностей, которые рассмотрены ниже (см. п. «ж» комментария к п. 15 *Постановления*).

Прежняя правовая позиция в судебной практике уточняла эту норму еще по одному аспекту, предусматривая, что права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, переходят к поручителю, в том числе если поручитель произвел исполнение обязательства за должника *лишь в части*. Пленум в комментируемом разъяснении подходит к делу более обстоятельно.

(и) Переход прав залогодержателя к поручителю имеет место, если соблюдается одно из двух условий: 1) залог предоставлен должником либо 2) залог предоставлен третьим лицом раздельно с исполнившим поручителем. Если первое условие вполне укладывается в буквальный смысл п. 1 ст. 365 ГК, то второе с очевидностью есть следствие его ограничительного толкования. С нормативным обоснованием второго условия можно усмотреть некоторые затруднения. Применение к отдельным залоговым отношениям норм о поручительстве находит свое основание

¹ См. абзац первый п. 14 *Постановления* № 42.

² См. там же, абзац второй.

в п. 1 ст. 355 ГК, согласно которому в случае, когда залогодателем является третье лицо, к отношениям между залогодателем, должником и залогодержателем применяются правила *ст. 364–367* настоящего Кодекса, если законом или соглашением между соответствующими лицами не предусмотрено иное. Нормативным же обоснованием дифференциации раздельного и совместного поручительства выступает п. 3 *ст. 363* ГК. Как видно, формально-юридически положения о совместном и раздельном поручительстве не могут применяться к случаю предоставления залога третьим лицом. Пленум преодолевает это затруднение без какого-либо обоснования, видимо, положив во главу угла скорее доктринальные представления и метод юриспруденции интересов, нежели позитивистский подход.

Действительно, с позиции интересов участников отношения совместный или раздельный характер обеспечительного отношения обнаруживается независимо от того, какой вид обеспечения используется – личный или вещный, в намерении третьих лиц предоставить обеспечение сообща или раздельно. Термин «вещное поручительство» для традиций российского понятийного аппарат нехарактерен, но может послужить когнитивным целям. Поручитель несет личную ответственность всем своим имуществом, а вещный поручитель несет ответственность в размере стоимости вещи. В самом общем виде личная ответственность поручителя не ограничена какой-то частью его имущества, а ответственность вещного поручителя (залогодателя) всегда ограничена стоимостью вещи.

Но главное тут, конечно, именно воля лиц, предоставляющих обеспечение. Соответственно, третье лицо, предоставившее залог, готовое самостоятельно обеспечить обязательство должника, имеет те же намерения и интересы, что и раздельный поручитель, а потому их правовое положение должно быть тождественным, иначе будет нарушен принцип формального равенства.

Из комментируемого разъяснения следует, что юридический феномен *раздельного или совместного обеспечения* характерен не только для поручительства, но и для залога, а может быть, и не только. Таким образом, получается, что мы имеем дело с раздельным или совместным обеспечением, в котором соответственно проявляется индивидуализм или кооперация. Такое обеспечение может выступать в различных комбинациях: 1) только личное; 2) только вещное; 3) вещно-личное. В свою очередь, эти группы по принципу трихотомии могут подчиняться режиму либо 1) совместного, либо 2) раздельного, либо 3) смешанного обеспечения. Если несколько лиц выступили сообща,

предоставив залог и поручительство, — это совместное вещно-личное обеспечение. Если одно лицо выступило поручителем, а другое лицо самостоятельно, а не вместе с ним выступило залогодателем, мы имеем дело с раздельным вещно-личным обеспечением. Если несколько лиц сообща предоставили поручительство, а другое лицо самостоятельно, а не вместе с ними предоставило залог, мы имеем смешанную модель, в которой представлено как совместное обеспечение (поручители), так и раздельное (залог). Соответственно, ситуация со смешанным обеспечением может быть зеркально перевернутой: несколько лиц сообща предоставили залог, а другое лицо самостоятельно, а не вместе с ними дало поручительство.

Пленум, последовательно проводя принцип разграничения совместного и вещного обеспечения, иллюстрирует эту концепцию, наверное, наиболее характерным примером с раздельным залогом. Но, как теоретически обосновано выше, могут складываться более сложные комбинации, которые тем не менее не так уж трудно верно квалифицировать, овладев методологией Пленума.

Получается, что права залогодержателя переходят исполнившему обязательство поручителю в отношении третьего лица — залогодателя, если залог раздельный. При этом сам поручитель может быть как раздельным, так и совместным; для перехода к нему залоговых прав юридическое значение имеет произведенное им исполнение по договору поручительства, а характер этого поручительства иррелевантен.

Переход прав к исполнившему поручителю представляет собой правопреемство как в обязательственных отношениях с залогодателем, так и в ограниченном вещном праве, принадлежавшем правопреемнику (кредитору в основном обязательстве — залогодержателю).

(к) Вследствие исполнения своего обязательства поручителем права кредитора по суброгации переходят к поручителю; в этом смысле и следует воспринимать разъяснение о *праве поручителя возместить исполненное кредитору* за счет предмета залога. Никакого нового права у суброгационного кредитора не возникает. Указание на возмещение исполненного иллюстрирует, скорее, экономический интерес поручителя, поскольку он производит исполнение по своему обязательству за свой счет, вследствие чего имущество поручителя уменьшается на соответствующую сумму. Переход права кредитора по суброгации хотя и приращивает имущество поручителя, но не ставит его в то имущественное положение, в котором он находился. В этом аспекте возмещение исполненного за счет заложенного имущества и должно привести к тождественному восстановлению имущественной сферы.

(л) Выражение Пленума о возмещении поручителю за счет предмета залога требует уточнения. Его не следует понимать в том смысле, что предмет залога переходит в собственность исполнившего обязательство поручителя. В этом аспекте прежнее разъяснение, толкующее об удовлетворении требований из стоимости заложенного имущества, более точное, впрочем, и действующее разъяснение далее оперирует точным выражением об удовлетворении требований «из стоимости заложенного имущества». В то же время переход права собственности на заложенную вещь (или присвоение другого актива) к поручителю может иметь место в случае реализации *lex commissoria* в соответствующих ситуациях (п. 2 ст. 350.1 ГК).

(м) Указание Пленума на *полный объем* возмещения исполненного кредитором за счет предмета залога требует верного усвоения с учетом понимания как структуры обязательства, так и его динамики. Поскольку разъяснение посвящено раздельному поручительству, использование этого количественного оборота, как представляется, призвано отразить ограничение этого вида поручительства от совместного поручительства, при котором исполнивший обязательство поручитель принимает на себя часть долга. При раздельном поручительстве исполнивший свое обязательство поручитель никакой доли на себя не принимает.

Поскольку указание на полный объем относится к возмещению исполненного, следует сделать еще одно уточнение. Едва ли на практике найдется случай, когда исполнивший свое обязательство поручитель в ту же секунду получит возмещение за счет стоимости предмета залога. Такая ситуация мыслится лишь чисто гипотетически. Следовательно, оказавшись на месте кредитора, поручитель продолжает состоять в отношении с должником по основному обязательству с текущей просрочкой. Если залог обеспечивает и правоохранные требования кредитора в основном обязательстве (ст. 337 ГК), притязания суброгационного кредитора обычно не будут ограничиваться размером исполненного. Следовательно, исполнивший обязательство поручитель как залоговый кредитор в таких случаях имеет право на большее возмещение за счет стоимости предмета залога, чем размер исполненного им в пользу кредитора, вследствие действия динамической акцессорности (см. п. «а» *комментария к п. 1 Постановления*).

(н) Пленум, как и прежнее разъяснение, обращается к случаю, осложненному частичным исполнением поручителем обязательства при наличии также и залогового обеспечения по обязательству.

Прежде всего необходимо определить, что скрывается за гипотезой разъяснения («Если поручитель произвел исполнение обязательства лишь в части...»). Прежнее разъяснение имело несколько иную гипотезу – «...если поручитель произвел исполнение обязательства за должника лишь в части».

Как видно, Пленум отказывается от квалификации отношения в качестве исполнения поручителем обязательства за должника, и это правильно. Как уже неоднократно отмечалось, в том числе и самим Пленумом, поручитель исполняет свое собственное обязательство. Следовательно, гипотезой охватывается случай исполнения поручителем своего обязательства по договору поручительства, но не полностью, а в части, что и влечет необходимость особой квалификации отношений вследствие образования множественности в основном обязательстве. Однако эта гипотеза оказывается, с одной стороны, избыточно широкой, а с другой стороны, избыточно узкой. Диспозиция разъяснения явно относится к случаю образования постобеспечительной множественности лиц в основном обязательстве, а также образования такой множественности в залоговом правоотношении и возникновения фигуры созалогодержателей. Но дело заключается в том, что такой множественности может и не образоваться, хотя бы поручитель исполнил свое обязательство лишь в части. Это имеет место, когда обязательство частично исполнено самим должником или прекратилось в части по иным основаниям. В таких случаях частичное исполнение поручителем своего обязательства вполне может быть достаточным, чтобы покрыть все оставшиеся притязания кредитора, и множественности образовываться не будет.

Зауженность гипотезы обнаруживается в том случае, когда постобеспечительная множественность образуется несмотря на то, что поручитель исполнил свое обязательство полностью, а не в части. Это имеет место, например, тогда, когда ответственность поручителя была ограничена.

Итак, получается, что прежнее разъяснение ошибочно, поскольку толкует об исполнении поручителем обязательства за должника, а действующее разъяснение в изложенной интерпретации неточно, поскольку гипотеза оказывается то слишком широкой, то слишком узкой. Стало быть, нужно поменять его интерпретацию таким образом, чтобы она избежала недостатков первого и второго рода. Этого можно достигнуть, если под обсуждаемым частичным исполнением понимать такое исполнение собственного обязательства поручителем, которое приводит лишь к частичному удовлетворению всех притяза-

ний кредитора к должнику в основном обязательстве. Иными словами, это частичное исполнение иного рода, ибо не имеет значения, полностью или в части исполнено собственное обязательство поручителя. Определяющими являются требования кредитора в основном обязательстве: если они полностью удовлетворены за счет исполнения поручителем своего обязательства, суброгация распространяется на весь объем требований, и множественности лиц не образуется; если они удовлетворены не полностью и какие-то притязания к основному должнику у кредитора остаются, происходит образование множественности.

(о) В частичном удовлетворении требований кредитора в основном обязательстве и прежде, и действующее разъяснение, как уже упоминалось, видит такое последствие, как образование фигуры созалогодержателей, в каковых превращаются первоначальный и суброгационный кредитор (исполнивший обязательство поручитель). Здесь также потребуются уточнение для одного особого случая. Вследствие диспозитивности ст. 337 ГК залог может обеспечивать обязательство не в полном объеме; также и поручительство может ограничивать объем ответственности поручителя (п. 2 ст. 363 ГК), причем как в том, так и в другом случае, в том числе в отношении определенных видов обязательств, а не по сумме. Следовательно, нельзя исключать ситуацию, когда к поручителю по суброгации перейдут те права кредитора, обязательства по которым залогом не обеспечены. Поэтому здесь, несмотря на соблюдение гипотезы разъяснения, его диспозиция (образование множественности в залоговом правоотношении) выполнена не будет. Ясно, что такие случаи едва ли слишком распространены на практике, поэтому их зачастую игнорируют в том или ином описании обсуждаемой проблематики.

(п) Если прежде разъяснение содержало указание на равенство прав созалогодержателей¹, то действующее разъяснение этого упоминания не содержит. Надо думать, что такое положение дел объясняется не тем, что Пленум полагает неравенство прав созалогодержателей, а тем, что в условиях изменившегося законодательства это просто не нужно повторять. Потому Пленум ограничивается отсылкой к ст. 335.1 ГК, которая и говорит о правах созалогодержателей. До появления данной нормы можно было говорить о наличии в залоговом праве соответствующего пробела, который и приходилось заполнять толкованием в судебной практике.

¹ См. абзац первый п. 30 Постановления № 42.

Сложность здесь можно было усмотреть ранее в том, что в залоговом отношении кто-то мог бы увидеть старшинство первоначального кредитора и возникновение последующего залога у суброгационного кредитора. Это воззрение, с одной стороны, могло бы помочь в справедливом упорядочении прав залогодержателей, которые при недостаточности стоимости заложенного имущества начинают конкурировать друг с другом и могут конфликтовать по иным вопросам осуществления своих прав. Но, с другой стороны, переход к исполнившему поручителю части прав кредитора как залогодержателя никак не может образовать старшинства: правило *prior tempore potior iure* здесь неприменимо. Дело заключается в том, что в рассматриваемом случае мы имеем правопреемство в отношении залогового права, следовательно, правопреемство происходит во всей полноте правоотношения, в том числе в части такого его реквизита, как момент возникновения залога. У залогового права один момент возникновения, который определяется первоначальными условиями возникновения залога в лице кредитора (ст. 341 ГК), а не моментом перехода части этого права к исполнившему обязательство поручителю. Невозможность применения правил залогового старшинства самой конкуренции между несколькими залогодержателями не устраняет, а потому она требует решения, что Пленум разъясняет в п. 19 [Постановления](#), на который имеется ссылка в комментируемом пункте. Поэтому на самом деле о равенстве прав (п. 1 ст. 335.1 ГК) можно говорить лишь с известной долей условности, поскольку в силу специального предписания (п. 4 ст. 364 ГК) оригинальный кредитор имеет преимущество перед суброгационным кредитором (поручителем), а, скажем, в части предъявления требования об обращении взыскания на заложенное имущество они действительно равны, ибо это может сделать каждый из них по своему усмотрению.

В разъяснении Пленум выхватывает и упоминает центральное правомочие залогодержателей — удовлетворение требований из стоимости заложенного имущества. Разумеется, это не означает, что созалогодержатели не имеют всех других прав, определенных как законом, так и договором, если залог возник по договорному основанию.

(p) Как отмечалось выше, разъяснение Пленума о частичном исполнении охватывает и тот случай, когда поручитель исполнил свое обязательство лишь в части. При этом данное обстоятельство обсуждается в контексте перехода к поручителю прав залогодержателя в части. Но очевидно, что права залогодержателя не могут переходить ни полностью, ни в части, если не переходит право по основному обязательству. Это следует из п. 2 ст. 354 ГК, который хотя и посвя-

шен передаче прав по сделке, но опирается на общую концепцию акцессорности залога. Ясно также, что к такому поручителю частично переходят права к другим раздельным поручителям. Соответственно, Пленум подтверждает, что при частичном исполнении поручителем своего обязательства имеет место частичная суброгация, в том числе к другим раздельным поручителям. Это является особенно важным, поскольку в судебной практике имели место труднообъяснимые девиации от указанного абсолютно верного подхода. Так, например, по ряду дел судьи исходили из того, что должник в обеспечительном обязательстве, частично исполнивший обязательство перед кредитором, не имеет права на удовлетворение своего суброгационного требования к другому солидарному должнику *до полного* удовлетворения требований кредитора по основному обязательству¹. Эта позиция не имеет нормативного основания и не может более применяться, поскольку противоречит разъяснению Пленума.

(с) Прежнее разъяснение не содержало суждения о том, что переход прав кредитора к исполнившему поручителю не влияет на течение срока исковой давности по соответствующим требованиям к другим раздельным поручителям или залогодателям. Пленум же указывает на это и обосновывает свой вывод ст. 201 ГК, согласно которой перемена лиц в обязательстве не влечет изменения срока исковой давности и порядка его исчисления. Можно предположить, что такое разъяснение понадобилось, поскольку исковая давность в отношении к раздельным и к совместным поручителям и залогодателям исчисляется по-разному, ведь в последнем случае требование к этим субъектам характеризуется в качестве регрессного, а для него установлено иное правило. Согласно п. 3 ст. 200 ГК по регрессным обязательствам течение срока исковой давности начинается со дня исполнения основного обязательства. К этому надо добавить, что особенности исчисления исковой давности применительно к лицам, предоставившим обеспечения, определяется также специальным правилом п. 1 ст. 207 ГК, предусматривающим, в частности, что с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям, в том числе в отношении залога и поручительства.

Уместно отметить один нюанс, который связан с влиянием на состояние срока исковой давности по основному обязательству взаимо-

¹ Определения СКЭС ВС от 25 мая 2017 г. № 306-ЭС16-17647 (8), от 4 октября 2018 г. № 305-ЭС18-9321.

действия поручителя и должника. Согласно п. 1 ст. 366 ГК должник, извещенный поручителем о предъявленном к нему кредитором требовании, обязан сообщить поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против этого требования и предоставить имеющиеся у него в подтверждение этих требований¹ доказательства. В рамках такого взаимодействия должник нередко тем или иным образом, в той или иной части совершает действия, свидетельствующие о признании долга. Распространенным мнением является представление о том, что действия, свидетельствующие о признании долга, влекут последствия перерыва исковой давности, если они совершены в адрес управомоченного лица, т.е. кредитора. Это усугубляется еще и тем, что, согласно небесспорной, как представляется, точке зрения Пленума, признание долга является сделкой², следовательно, другой стороной по такой сделке является кредитор, а не поручитель. Кажется совершенно противестественным, если должник, его отдельные поручители и залогодатели не претерпят воздействия признания долга в адрес поручителя, когда он займет место кредитора на основании суброгации. Здесь необходимо либо отказаться от не знающего исключений суждения о совершении действий, свидетельствующих о признании долга, только и всегда в адрес кредитора, либо усмотреть в действиях должника, ссылающегося на давность без учета собственного признания долга, злоупотребление правом и прийти к суждению о наличии перерыва исковой давности.

Еще один нюанс связан с исковой давностью по требованию к залогодателю. Если исходить из того, что требование об обращении взыскания на заложенное имущество представляет собой реализацию ограниченного вещного права залога, которое перешло к поручителю, то ст. 201 ГК, согласно которой перемена лиц в обязательстве не влечет изменения срока исковой давности и порядка его исчисления, к залого не подходит, ибо никакого обязательства здесь нет, речь идет об изменении управомоченного по ограниченному вещному праву, а не по обязательству. Это формально-юридическое затруднение давно преодолено в судебной практике, хотя и без приведения каких-либо мотивов расширительного истолкования указанной нормы. Так, например, в разъяснении, посвященном исковой давности, обнаруживается следующее суждение: по смыслу ст. 201 ГК переход прав в порядке

¹ Здесь законодателем допущена ошибка: имеется в виду не подтверждение требований, ибо это требования кредитора, а опровержение данных требований, т.е. речь нужно вести о доказательствах в подтверждение возражений.

² См. п. 50 Постановления № 25.

универсального или сингулярного правопреемства (наследование, реорганизация юридического лица, *переход права собственности на вещь*, уступка права требования и пр.), а также передача полномочий одного органа публично-правового образования другому органу не влияют на начало течения срока исковой давности и порядок его исчисления¹. Такое истолкование представляется теоретически обоснованным, поскольку неизменность течения исковой давности необходима не только при перемене лица в обязательстве, но и при всяком преемстве по нарушенному праву. Иное просто привело бы к разрушению самого института исковой давности, ибо давность легко было бы прервать помимо воли нарушителя права специальной сменой субъекта для этих целей, т.е. срок исковой давности стал бы легко управляемым тем, против кого он течет.

Следовательно, возникновение у залогодержателя права на иск об обращении взыскания на заложенное имущество определяет начало течения исковой давности по этому притязанию, а последующий переход права залога к другому лицу, в том числе к исполнившему свое обязательство поручителю, на течение давности не влияет.

(т) Как прежде разъяснение, так и действующее не касается такой особенности, как последствия перехода прав залогодержателя к исполнившему свое обязательство поручителю в отношении поссessorного залога. В данном случае кредитор становится незаконным (беститульным) владельцем и обязан передать владение суброгационному кредитору (поручителю), т.е. своему правопреемнику. Если эта обязанность не будет исполнена согласно п. 1 ст. 347 ГК, суброгационный кредитор (залогодержатель), у которого должно находиться заложенное имущество, вправе истребовать его из чужого незаконного владения первоначального кредитора.

15. Согласно пункту 3 статьи 363 ГК РФ поручительство является совместным, если установлена воля поручителей распределить в отношениях между собой последствия неисполнения основного обязательства должником (далее — сопоручители). Пока не доказано иное, о совместном поручительстве свидетельствуют, в частности, указание в договоре (договорах) поручительства на его совместный характер, содержащиеся в договорах поручительства условия о распределении ответственности по обязательству должника между поручителями, а также заключение договоров поручительства с аффилированными лицами.

¹ См. п. 6 Постановления № 43.

Если иное не вытекает из отношений сопоручителей, сопоручитель, исполнивший обязательство, имеет право регрессного требования к остальным сопоручителям в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого (подпункт 1 пункта 2 статьи 325, пункт 3 статьи 363 ГК РФ).

Исполнивший сопоручитель вправе требовать уплаты доли сопоручителя, признанного банкротом, с остальных сопоручителей в равных частях за вычетом части этой доли, падающей на него самого. Кроме того, исполнивший сопоручитель вправе обратиться за включением своего регрессного требования в реестр требований кредиторов сопоручителя, признанного банкротом, поскольку данное требование в соответствующих частях не прекращается до момента уплаты другими сопоручителями выпавшей на них доли сопоручителя, признанного банкротом (подпункт 2 пункта 2 статьи 325 ГК РФ).

Равным образом поручитель и залогодатель, не являющийся должником по основному обязательству, могут выдать обеспечение совместно. В этом случае распределение бремени исполнения между поручителем и залогодателем осуществляется по правилам статьи 325 ГК РФ как для совместных поручителей, т.е. исполнивший обязательство поручитель вправе получить удовлетворение за счет предмета залога лишь в определенной доле.

Исковая давность по требованиям сопоручителя к другим сопоручителям или совместному залогодателю начинает течь с момента исполнения им обязательства перед кредитором, но не ранее наступления срока исполнения основного обязательства (статья 200 ГК РФ).

К сопоручителю или совместному залогодателю, выплатившим свои доли исполнившему сопоручителю, переходит требование исполнившего сопоручителя к должнику в соответствующих долях (пункт 1 статьи 365 ГК РФ).

Уплата должником всей суммы долга сопоручителю, полностью исполнившему договор поручительства, прекращает регрессные требования этого сопоручителя к другим сопоручителям или залогодателям (пункт 1 статьи 325 ГК РФ).

(а) Если предыдущий пункт [Постановления](#) посвящен разделному поручительству, то комментируемый пункт обращается к совместному поручительству.

Законодатель ограничивается установлением правил о солидарной ответственности лиц, совместно давших поручительство (сопоручителей), и последствиях исполнения обязательства одним из них, а также о распределенном поручительстве. Само понятие совместного поручительства и его признаки законодателем не раскрываются.

Принцип автономии воли служит опорой для формально-юридического метода определения основания возникновения совместного поручительства. Соответственно, совместный характер поручительства предопределен *намерением (волей)* поручителей. Интерес таких лиц в использовании именно этого вида поручительства уже был обоснован выше (см. п. «а» комментария к п. 14 *Постановления*).

Итак, поручительство является совместным, если на это направлена воля поручителей. Пленум говорит об установлении воли поручителей *распределить в отношениях между собой* последствия неисполнения основного обязательства должником. Данное разъяснение точно определяет сферу феномена совместности: это постобеспечительные отношения между поручителями. Между собой они договариваются разделить (распределить) финансовое бремя, и здесь проявляется их кооперация. Совместное поручительство, таким образом, представляет собой антипод раздельного поручительства, где поручитель принимает на себя готовность полностью отвечать за должника, не рассчитывая переложить часть своего бремени в кооперации с кем-то еще. При этом совместный характер поручительства проявляется только после того, когда хотя бы один из поручителей исполнит свое обязательство (постобеспечительная стадия взаимодействия поручителей). Для самого кредитора совместный характер поручительства не имеет юридического значения для предъявления требований к поручителям — он этими отношениями затрагиваться не должен.

Совместный характер поручительства не следует отождествлять с договором поручительства или правоотношением по договору поручительства. Такой феномен не означает, что условия договоров поручительства являются в силу указанной совместности тождественными или должны быть одинаковыми.

Совместный характер поручительства может быть изменен на раздельный, если на то будет выражена воля поручителей. Правда, на практике таких случаев не наблюдается. Совместность поручительства не означает какого-то лимитирования по времени его возникновения, оно может и чаще всего бывает одномоментным по возникновению, но нет никаких препятствий к последовательному образованию совместного поручительства. Определяющим является воля поручителей, а не время возникновения обязательств поручителей. Совместный характер поручительства не может быть навязан поручителю помимо его воли. Если один поручитель изъявил волю выступить раздельным поручителем, то другой поручитель не может одной своей волей превратить свое поручительство и, следовательно, поручительство другого

в совместное. Точно так же совместное поручительство не может лишиться своего характера по воле только одного поручителя (о частном случае такой попытки *см. п. «л» комментария ниже*).

Прежнее разъяснение исходило из того, что суд должен квалифицировать поручительство нескольких лиц как совместное, если будет установлено наличие соответствующего *волеизъявления* указанных лиц, направленного *именно на совместное обеспечение* обязательства. При этом, в отличие от комментируемой правовой позиции, сущностное содержание данного волеизъявления не раскрывалось¹. Такая эволюция судебной практики лучше объясняет феномен совместности в поручительстве.

Указание Пленума о распределении поручителями между собой *последствий неисполнения* основного обязательства должником, как представляется, следует воспринимать в качестве суждения, призванного проиллюстрировать концепцию и отразить обеспечительную функцию поручительства, а не точной характеристики механики распределения финансового бремени. Дело заключается в том, что распределению подлежат не столько последствия неисполнения обязательства должника, сколько произведенные поручителями выплаты кредитору, которые хотя и производны от последствий неисполнения обязательства, но юридически не тождественны последствиям неисполнения обязательства должника. Кроме того, предмет распределения может быть не тождественен и по объему, например, когда ответственность совместных поручителей ограничена. Помимо этого, в силу суброгации по основному обязательству последствия неисполнения должником его обязательства падают как раз на поручителей, а они вследствие этого становятся участниками соответствующих охранительных обязательств. Реализация отношений по разверстке стремится к тому, чтобы все совместные поручители в падающей на каждого из них доле оказались суброгационными кредиторами, образовав вместо обеспечительной множественности суброгационную множественность в основном обязательстве на стороне кредитора. Таким образом, на основании регрессных требований сопоручители распределяют между собой уплаченное кредитору, да и то лишь в части, в которой каждый из поручителей заплатил кредитору сверх падающей на него доли.

Пленум оперирует понятием «*неисполнение* основного обязательства должником», видимо, исходя из экономии, редуцируя основания ответственности поручителей, которые отвечают не только за не-

¹ См. абзац второй п. 27 Постановления № 42.

исполнение обязательства, но и за его ненадлежащее исполнение (п. 1 ст. 363 ГК). Поэтому из данного выражения не следует делать вывод, что при совместном поручительстве воля поручителей всегда направлена на ответственность, ограниченную только случаем полного неисполнения обязательства. Для такого представления нет ни нормативных, ни теоретических оснований, и Пленум, думается, явно не имел это в виду.

Вслед за законодателем (п. 3 ст. 363 ГК) в данном месте в отношении лиц, предоставивших поручительство совместно, вводится термин «*сопоручители*», хотя он уже использовался в разъяснениях ранее, в п. 13 [Постановления](#). Таким образом, именовать раздельного поручителя и другого или других поручителей сопоручителями некорректно, и для исключения путаницы этого следует избегать.

(б) В предложении втором абзаца первого комментируемого пункта Пленум по существу вводит *презумпцию совместного характера поручительства* («Пока не доказано иное, о совместном поручительстве свидетельствуют...»). Стало быть, при наличии хотя бы одного из перечисленных далее обстоятельств совместный характер поручительства считается доказанным, пока не доказано обратное. Ни закону, ни прежнему разъяснению такая презумпция неизвестна, равно как неизвестны и признаки совместности, указанные далее. Дело несколько осложняется тем, что предыдущим пунктом введена презумпция раздельного поручительства при множественности поручителей, что требует установления соотношения этих презумпций.

Сравнение содержательных элементов данных презумпций позволяет выдвинуть предположение о том, что они соотносятся как *общая и специальная презумпции*. И тот, и другой вид поручительства характеризуется наличием двух и более поручителей, т.е. их множеством. Таким признаком обладают и раздельное, и совместное поручительство, причем для презумпции раздельного поручительства это единственный признак. Соответственно, если поручительство обладает хотя бы одним специальным признаком, то общая презумпция считается опровергнутой, она отпадает. Специальная презумпция имеет преимущество перед общей презумпцией, так же как и *lex specialis derogat generali*. Следовательно, чтобы доказать раздельное поручительство, нужно опровергнуть специальную презумпцию, доказав, что, несмотря на наличие названных Пленумом обстоятельств, действительная воля поручителей направлена на то, чтобы один или несколько поручителей выступили раздельными поручителями. Некоторое осложнение в вопросе выявления действительной воли возникает вследствие того, что

обычно поручители не заключают между собой договор, определяющий характер выдаваемого ими поручительства. Договор заключается ими с кредитором, для которого данный характер поручительства юридического значения не имеет.

Пленум определяет незакрытый перечень из трех специальных признаков:

- 1) указание в договоре (договорах) поручительства на его совместный характер;
- 2) содержащиеся в договорах поручительства условия о распределении ответственности по обязательству должника между поручителями;
- 3) заключение договоров поручительства с аффилированными лицами.

Первый признак хотя и содержится в перечне в качестве образующего презумпцию, на самом деле едва ли может быть опровергнут. Если волеизъявление поручителей в договоре (договорах) буквально *указывает на совместный характер поручительства*, то такое волеизъявление не может игнорироваться. В этом аспекте вопрос может возникать лишь при неясности соответствующих указаний (положений договора), которые при их толковании судом приведут к исключению самого признака. Использование термина «договор» одновременно и во множественном, и в единственном числе с очевидностью объясняется тем обстоятельством, что совместное поручительство может быть оформлено в виде одного документа или в виде нескольких документов. Оформление единого договора для упрочения совместного характера поручительства предпочтительнее, поскольку снижает известные риски, связанные с оформлением нескольких документов. Если поручители, желающие предоставить обеспечение совместно, оформляют поручительство в виде нескольких договоров, им следует озаботиться тем, чтобы каждый из договоров содержал указание на совместный характер поручительства. Лучше всего гарантирует достижение интереса в совместном поручительстве в ряду других именно данный признак, поскольку он прямо свидетельствует о намерениях поручителей. Это намерение желательно выразить в едином договоре буквально, с использованием лексикона закона, т.е., например, предусмотреть, что поручительство по такому договору является совместным или совместно данным либо выданным. Если же поручительство оформляется разными документами, то желательно, чтобы в каждом договоре было указано, что поручительство является совместным, и, кроме того, перечислены все другие сопоручители. Таким образом, определяется, с кем именно совместно выдается поручительство.

Конечно, ситуация с условием (указанием) о совместном характере поручительства является атипичной, поскольку получается, что в договоре согласовывается условие, не имеющее правового значения для одной из сторон договора (кредитора), но имеющее значение для другого лица (иного поручителя), не являющегося стороной договора. В этом аспекте логичнее воспользоваться еще одним методом, который Пленум не называет, но и не исключает, — заключение соглашения между поручителями, предметом которого является постобеспечительная стадия отношений поручителей между собой (*межпоручительский договор*, или просто *соглашение поручителей*). Его предмет может сводиться только к одному условию — определению вида поручительства (совместное, раздельное, смешанное); может определять иные правила разверстки долей, отступающие от общего правила равенства долей; может предусматривать обеспечение, в том числе взаимное, по будущим регрессным требованиям; может устанавливать меры ответственности за просрочку исполнения регрессного обязательства; может вводить пророгационную или третейскую оговорку и т.п. Таким образом, можно обнаружить некоторую естественную симметрию: коль скоро праву известно межкредиторское соглашение (ст. 309.1 ГК), то, может, имеется необходимость и в междолжниковском соглашении.

Второй признак также представляет собой волеизъявление поручителей. Поскольку *распределение ответственности* при раздельном поручительстве не может иметь места, отсюда логически следует, что, коль скоро поручители договорились о таком распределении, они имели в виду совместное поручительство. Лучшей договорной техникой является сочетание этого метода обозначения намерения поручителей с предыдущим способом. Указание Пленума на распределение *ответственности по обязательству должника* требует правильной интерпретации. Дело в том, что последствием исполнения обязательства одним из совместных поручителей, помимо прочего, является перфекция *разверстки ответственности на доли* между поручителями. Такое последствие наступает, если исполнивший обязательство поручитель уплатил кредитору больше, чем падающая на него доля. Строго говоря, распределяется здесь не ответственность по обязательству должника, а производная от нее ответственность поручителей, а еще точнее, их обязательства между собой. Условия о таком распределении регулируют, в каких долях в отношениях между собой поручители принимают ответственность, которая определяет объем возможного регрессного требования. Приведем простейший пример: допустим, имеется четверо

совместных поручителей, и договор (или договоры) предусматривает, что ответственность поручителей распределяется в равных долях. Такое условие не имеет большого смысла, поскольку подобная разверстка следует из закона (подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК). Равенство долей является общим диспозитивным правилом. Потребность в определении пропорций в действительности возникает как раз при неравенстве долей. Эти четверо поручителей могут, например, определить, что один из них принимает на себя, скажем 70%-ую долю, а трое остальных — по 10%. Возможно определение долей и в номинальном выражении, однако подобная договорная техника влечет больше неопределенности. Тем не менее свидетельствовать о совместном характере поручительства будет и такой модус обозначения разверстки. Ясно, что условия о распределении долей могут быть более сложно структурированы и более подробно детализированы.

Бросается в глаза, что в отношении указанного признака Пленум использует термин «договор» только во множественном числе. Тем не менее едва ли это было сделано с намерением не допустить для данного признака заключение единого договора поручительства, поскольку в этом нет никакого смысла. Определение совместного характера поручительства происходит не по числу документов, оформляющих совместное поручительство, а по намерению самих поручителей. Если же последние договариваются о распределении своих долей при разверстке, ничего другого, кроме совместного поручительства, они не могли иметь в виду, где бы и как бы это ни было оформлено. Тем не менее договориться между собой лучше именно в едином договоре поручительства или межпоручительском договоре, поскольку договоренность о разверстке, которая содержится в каждом из сепаратных договоров поручительства, вообще может быть поставлена под сомнение, ибо по внешней видимости не охватывает совместной воли всех поручителей. Здесь придется доказывать, что указание на доли в каждом отдельном договоре поручительства означает, что поручители имели на то совместную волю. Последнее далеко не очевидно, поскольку демонстрирует лишь совокупное совпадение долей в целые 100%. Последнее, скорее всего, не является случайным, но можно ли сказать, что этого достаточно для констатации наличия именно совместной воли, если последняя буквально никак иначе не проявляется, — большой вопрос. Именно потому лицам, желающим выдать совместное поручительство, настоятельно не рекомендуется определять доли, особенно если они являются неравными, в отдельных договорах поручительства.

Третий признак демонстрирует для поручителей не самый лучший метод достижения их интереса на установление совместного поручительства. Поэтому он, скорее, пригоден для последующего спора о характере поручительства. Действительно, *аффилированность поручителей* может выступать презумпцией совместного характера поручительства, поскольку наличие той или иной связанности нескольких лиц, предоставивших обеспечение по обязательству одного и того же должника, предполагает согласованность их действий. Естественное стремление рационального участника оборота к снижению риска при наличии связанности дает основания считать, что поручители рассчитывали разделить ответственность между собой. При этом имеется в виду аффилированность поручителей между собой, а не только и даже не столько с должником по основному обязательству, поскольку связанность поручителя с должником характерна как общее правило для любого поручительства. Эмпирические данные судебной практики показывают, что названная аффилированность чаще всего проявляется в связанности поручителей корпоративными отношениями, а также семейными и иными близкими личными отношениями. Третий признак в ряду других наиболее подвержен опровержению в качестве презумпции, поскольку не демонстрирует литерального волеизъявления. Соответственно, поручителям, стремящимся установить совместный характер своего поручительства, не стоит полагаться на него — предпочтительнее использовать первый или второй признаки либо их сочетание.

Как уже отмечалось, перечень признаков совместного характера поручительства не является исчерпывающим, что недвусмысленно обозначено Пленумом. Если ни аффилированность, ни условия договоров поручительства не свидетельствуют о совместном характере обеспечения, таковой может обнаружиться, например, в переписке поручителей между собой и с должником. Поскольку Пленум допускает в качестве презумпции совместного характера поручительства не только письменные доказательства (аффилированность), надо полагать допустимость свидетельских и любых других доказательств, подтверждающих указанное обстоятельство. Таким образом, получается, что, если несоблюдение письменной формы договора поручительства влечет его ничтожность, совместный характер поручительства необязательно доказывать только письменными доказательствами. Впрочем, во избежание юридических рисков, конечно, настоятельно рекомендуется использовать письменную форму для определения характера поручительства.

Выше уже обращалось внимание на то, что выражение «пока не доказано иное» свидетельствует об установлении презумпции совместного характера поручительства. Следовательно, опровержение этой презумпции ложится бременем на того, кто намерен доказать раздельный характер поручительства. При заявлении иска исполнившим свое обязательство поручителем к другому поручителю в объеме, включающем его долю, *onus probandi* ложится на истца, поскольку ему требуется доказать, что ответчик выступил в качестве раздельного поручителя, и поэтому к истцу перешло право требования к нему по суброгации. Если истец не сможет выполнить бремя опровержения специальной презумпции, другой поручитель отвечает лишь в части падающей на него доли, а истец принимает свою долю на себя. В этом случае, несмотря на то что истец квалифицировал свое требование как суброгационное, суд не вправе отказать во взыскании причитающегося истцу по регрессному требованию в соответствующем размере. Иными словами, в силу известного принципа *jura novit curia* суд дает верную правовую квалификацию правового основания искового притязания — регресс и удовлетворяет иск в части, а если истец заплатил кредитору сумму, не превышающую его долю, — отказывает полностью.

(в) В абзаце втором комментируемого пункта обозначается главное отличие совместного поручительства от раздельного поручительства. Если последнее предполагает суброгацию прав кредитора по договору с раздельными поручителями к исполнившему свое обязательство поручителю, то при совместном поручительстве такая суброгация не имеет места, а исполнивший обязательство поручитель имеет *регрессное требование* к другим сопоручителям. Такой подход, хотя и в иной редакции, был обоснован и прежним разъяснением¹. Регрессная модель с догматической точки зрения используется в нашем правопорядке, чтобы обосновать разверстку, т.е. принятие каждым поручителем в отношениях между собой соответствующей доли ответственности. Институт суброгации такого правового эффекта не знает. При суброгации имеет место переход права по существующему обязательству, а при регрессе — возникновение нового обязательства.

Нельзя не заметить, что если, по доминирующему воззрению, при солидарной обязанности речь идет об одном обязательстве со множественностью лиц на стороне должника, то обязательства сопоручителей обычно рассматриваются как отдельные обязательства каждого из поручителей, которые отнюдь не сливаются с основным обязательством

¹ См. абзацы третий и четвертый п. 27 Постановления № 42.

должника. Вместе с тем нет фундаментальных препятствий и для квалификации их в качестве единого обязательства всех поручителей. Возможное различие тех или иных условий в договорах с разными сопоручителями, быть может, и не представляет собой той причины, по которой указанное воззрение о едином обязательстве опровергается. Так или иначе, регрессный характер отношений сопоручителей между собой пока не выявил особенных затруднений, связанных с тем, что обязательство этих лиц имеет обеспечительный характер. Но, конечно, структура отношений при ординарном солидарном обязательстве и при совместном поручительстве отличается. Соответствующее исполнение солидарной обязанности одним из должников в ординарном обязательстве влечет возникновение у него регрессного требования к остальным должникам, и только. При совместном поручительстве исполнение своего обязательства одним из сопоручителей влечет не только возникновение регрессного требования к другим сопоручителям, но и суброгацию прав кредитора к должнику в основном обязательстве. Далее исполнение регрессных обязательств другими сопоручителями повлечет соответствующую суброгацию прав по основному обязательству к ним (подробнее об этом *см. п. «и» комментария ниже*).

При совместном поручительстве в силу регрессной модели каждый из сопоручителей должен быть готовым ответить не по своему договору поручительства перед кредитором, а перед другим сопоручителем по регрессному обязательству либо и по договору с кредитором, и по регрессному требованию одновременно (подробнее об этой ситуации *см. п. «и» комментария ниже*). Регрессное требование возникает только в момент исполнения своего обязательства одним из сопоручителей. До этого момента у поручителя требования к другим сопоручителям не имеется. Поскольку регрессное требование является новым требованием и не тождественно требованиям, переходящим по суброгации, на него не распространяются никакие обеспечения, предоставленные кредитором по основному обязательству (но одно своеобразное исключение можно усмотреть (*см. п. «ж» комментария ниже*)). Конечно, теоретически нет препятствий установить обеспечение и по регрессному требованию. Если обеспечение устанавливается заранее, то такое обеспечение предоставляет гарантию по будущему обязательству. Гипотетически обеспечение может быть предоставлено самим регрессным должником (например, залог имущества одного из сопоручителей в пользу другого поручителя на случай возникновения регрессного требования) либо другим лицом, включая другого поручителя (например, поручительство по регрессному требованию). Широкого распростра-

нения предоставления обеспечения по регрессным требованиям поручителей в судебной практике не зафиксировано. Помимо прочего, это, возможно, связано с высокой степенью неопределенности, поскольку при множестве поручителей заранее неизвестно, кто из них станет регрессным кредитором. Поэтому, если следовать принципу паритета, пришлось бы прибегнуть к взаимному предоставлению обеспечения так, чтобы каждый из поручителей предоставил обеспечение каждому другому поручителю на случай возникновения регрессного требования. Кроме того, поскольку поручители являются аффилированными лицами, они порой опрометчиво считают, что в случае привлечения одного из поручителей к исполнению обязательства в большем объеме, чем его доля, другие поручители добровольно исполняют регрессные обязательства. Помимо прочего, известная систематическая иррациональность порождает сверхоптимизм, и поручители считают, что их вовсе обойдет необходимость платежа, поскольку основное обязательство будет успешно исполнено самим должником.

Разъяснение Пленума следует воспринимать с учетом той арифметической операции, на которую он указывает («за вычетом доли»). Последнее в некоторых случаях, по имеющейся судебной практике, будет приводить к обратному суждению: поручитель не имеет права регрессного требования. Дело в том, что каждый совместный поручитель принимает на себя падающую на него долю. Соответственно, как следует из судебной практики, если исполненное одним из сопоручителей в пользу кредитора не превышает падающей на него доли, оснований для регрессного требования не имеется¹. Например, если один из четырех поручителей уплатил кредитору 25% от причитающегося с должника по основному обязательству, регрессного требования не возникает. Однако такой подход может вызывать сомнения в тех случаях, когда другие поручители так и не будут привлечены к ответу по договорам поручительства. Дело в том, что доля должна определяться по размеру уплаченного исполнившим поручителем. Справедливость этого суждения достаточно иллюстративно проявляется в следующем казусе. Например, если в последнем случае далее должник в основном обязательстве уплатит кредитору оставшиеся 75%, исполнивший свое обязательство поручитель, помимо права требования к должнику, полученного по суброгации от кредитора, должен иметь регрессные требования к остальным трем поручителям

¹ Определения СКЭС ВС от 30 марта 2017 г. № 306-ЭС16-17647 (2), от 4 октября 2018 г. № 305-ЭС18-9321.

в соответствующих долях (по 6,25%). В противном случае не достигалась бы цель совместного поручительства, и вместо распределения ответственности она целиком ложилась бы на исполнившего поручителя. Отсюда последующее банкротство должника означало бы, что риск этого обстоятельства полностью лег на одного из поручителей в силу того, что он был выбран среди других поручителей кредитором, тогда как риск должен быть разделен поручителями равным образом или согласно их договоренности в соответствующих долях.

По общему правилу падающие на поручителей *доли признаются равными*. Поэтому размер регрессного требования исполнившего обязательство поручителя к остальным поручителям определяется в виде равных долей, приходящихся на каждого из поручителей. Например, если один из четырех поручителей уплатил кредитору причитающееся сполна, то на остальных поручителей падает по 25% от уплаченного исполнившим обязательство поручителя. Соответственно, такой поручитель, уплативший 100% кредитору, имеет право возместить с других поручителей 75%, а 25% он принимает на себя. Если, к примеру, исполнивший обязательство поручитель заплатил кредитору 40% причитающегося, то, приняв на себя 10%, он вправе потребовать с каждого из других поручителей также по 10%.

Равенство долей является общим диспозитивным правилом (п. 2 ст. 325 ГК) и может быть изменено по соглашению между поручителями или вытекать из отношений между ними. Интересно отметить, что прежде разьяснение допускало изменение правила о равенстве долей не только соглашением сопоручителей, но и договором поручительства. Последнее, однако, можно признать справедливым, если такое изменение не влечет коллизии между волеизъявлениями поручителей, в том числе тогда, когда оно согласовано в едином договоре поручительства. Если же, скажем, в одном из договоров поручительства предусматривается, что поручитель в отношениях с другими поручителями отвечает в меньшей доле, это условие вряд ли может связать других поручителей (п. 3 ст. 308 ГК), а кредитора оно не касается вовсе. Действующее разьяснение данного вопроса не касается и ограничивается цитатой из абзаца первого п. 2 ст. 325 ГК, где сказано, что установленные им правила применяются, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками.

Как видно, нормативное обоснование разьяснения обнаруживается в подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК, согласно которому должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей

на него самого, и в п. 3 ст. 363 ГК, согласно релевантному положению которого сопоручитель, исполнивший обязательство, имеет право потребовать от других лиц, предоставивших обеспечение основного обязательства совместно с ним, *возмещения уплаченного* пропорционально их участию в обеспечении основного обязательства. Несмотря на текстуальное несовпадение приведенных норм, установленные в них правила тождественны. Следует тем не менее акцентировать внимание на выражении законодателя в последней из приведенных норм — «возмещение уплаченного», поскольку оно показывает, что натуральное выражение доли поручителей в отношениях между ними, а следовательно, и регрессные требования определяются по уплаченному поручителем, а не по задолженному по основному обязательству.

Регрессная модель разверстки может приводить к конкуренции прав оригинального кредитора и регрессного кредитора. Приведем иллюстрацию. Предположим, что обязательство обеспечено солидарным и совместным поручительством четырех лиц. Один из поручителей, заплатив кредитору 50% от причитающегося с должника в основном обязательстве и приняв на себя свою долю в 25% (12,5% от всей суммы), предъявляет требование к другому сопоручителю в размере 25% (12,5%), а кредитор предъявляет к нему же требование на оставшиеся 50% от причитающегося с должника в основном обязательстве. Требование каждого обосновано и должно быть удовлетворено. Но должен ли кредитор в основном обязательстве иметь преимущество перед регрессным кредитором (поручителем, исполнившим свое обязательство) в случае недостаточности имущества второго поручителя? Формально-юридически данный случай может показаться не подпадающим под гипотезу нормы п. 4 ст. 364 ГК. Там предусмотрено, в частности, что поручитель, который *приобрел* права по иному обеспечению основного обязательства, не вправе осуществлять их во вред кредитору. В рассматриваемом случае поручитель опирается на свое вновь возникшее регрессное требование, которое он не приобретал от кого бы то ни было, по крайней мере так, как приобретает требование к другому поручителю по суброгации раздельный поручитель, исполнивший свое обязательство. И, кроме того, данное регрессное требование не тождественно требованию кредитора по договору поручительства, это другое требование. Тем не менее есть основание распространить указанную норму и на приведенный случай, предоставив преимущество оригинальному кредитору. Выражение закона о приобретении поручителем прав по иному обеспечению следует распространить не только на суброгацию этих прав, но и на возникшее право регресса.

В противном случае поручительство продемонстрирует дисфункцию обеспечительного эффекта, ибо исполнение первым поручителем своего обязательства обратит обеспечение, выговоренное кредитором для себя, против самого кредитора. Между тем обеспечение по своему целевому назначению должно приносить выгоды для кредитора, а не влечь для него невыгоды. Таким образом, предложенное выше решение обосновывается телеологическим методом толкования. Практически это будет означать по существу образование очередности, т.е. сначала необходимо удовлетворить все требования оригинального кредитора (50% от причитающегося с должника в основном обязательстве) из имущества второго поручителя и лишь затем регрессное требование первого поручителя (12,5% от уплаченного им оригинальному кредитору) за счет оставшегося имущества второго поручителя.

(г) В отношениях между собой всякий сопоручитель несет риск увеличения своей доли разверстки в случае банкротства каждого из остальных поручителей. Прежнее разъяснение со ссылкой на ст. 325 ГК предусматривало, что доля поручителя, признанного банкротом, распределяется на остальных сопоручителей¹. Пленум концептуально подтверждает этот подход, но формулирует разъяснение более детально и с более точным нормативным обоснованием. Перераспределение доли несостоятельного поручителя обосновывается не всей статьей 325 ГК, а подп. 2 п. 2 данного законоположения, который предусматривает, что неуплаченное одним из солидарных должников должнику, исполнившему солидарную обязанность, падает в равной доле на этого должника и на остальных должников. Видно, что как прежнее разъяснение, так и действующее содержат ограничительное толкование приведенного правила, поскольку речь ведется не просто о не уплаченном одним из сопоручителей, а о не уплаченном в связи с банкротством. Насколько это ограничение обоснованно, если имеются в виду возможные случаи ликвидации одного из сопоручителей без удовлетворения им регрессного требования, — большой вопрос. Что касается содержательной части самого разъяснения, то по сравнению с прежним оно более конкретно и ближе к содержанию приведенного законоположения, поскольку говорится не только о распределении доли банкрота, но и о том, что такое распределение производится *в равных частях и за вычетом части этой доли*, падающей на исполнившего свое обязательство поручителя. Приведем простейшую иллюстрацию. Предположим, что обязательство обеспечили четыре совместных по-

¹ См. абзац третий п. 27 Постановления № 42.

ручителя в равных долях между собой. Один из поручителей уплатил кредитуру 90% от причитающегося по основному обязательству. Другой поручитель впал в банкротство и не уплатил ничего. Соответственно, исполнивший обязательство поручитель вправе требовать в порядке регресса с двух других поручителей по 30% с каждого. Таким образом, доля каждого из оставшихся трех сопоручителей увеличилась на $\frac{1}{3}$ от доли впавшего в банкротство поручителя.

(д) Признание поручителя банкротом не влечет прекращение регрессного требования исполнившего свое обязательство поручителя. Последний вправе рассчитывать на перераспределение доли несостоятельного поручителя, но и не теряет регрессного требования к нему. Коль скоро регрессное требование не прекратилось, регрессный кредитор вправе потребовать включения его в реестр требований кредиторов несостоятельного поручителя (*реестровый поручитель*). Пленум обосновывает это тем, что данное требование в соответствующих частях не прекращается *до момента* уплаты другими сопоручителями выпавшей на них доли сопоручителя, признанного банкротом. Это обоснование требует правильного уяснения в отношении упомянутых в нем *соответствующих частей*, поскольку принятая редакция может сбить с толку. О каких частях идет речь? Соответствующими частями в приведенном контексте должны признаваться распределенные на других поручителей части доли несостоятельного поручителя. Таким образом, в части доли несостоятельного поручителя, падающей на самого исполнившего свое обязательство поручителя, это регрессное требование не прекращается и в том случае, если поручитель получит от остальных причитающее с них по регрессным требованиям. Сложность в усвоении разъяснения начинает проявляться тогда, когда придется обратиться к ситуации, при которой наступит названный Пленумом момент. Из контекста получается, что регрессное требование исполнившего обязательство поручителя, включенное в реестр требований кредиторов, прекратится в соответствующих частях, если оставшиеся поручители уплатят распределенные на них части долей несостоятельного поручителя. Соответственно, согласно разъяснению, получается, что регрессное требование останется в реестре только в той части доли несостоятельного, которая распределена на исполнившего обязательство поручителя. Но правильно ли такое понимание разъяснения? Проиллюстрируем. Предположим, что обязательство обеспечили четыре совместных поручителя в равных долях между собой. Один из поручителей уплатил кредитуру 100% от причитающегося по основному обязательству. Другой поручитель впал в банкротство

и не уплатил ничего. Исполнивший обязательство поручитель имеет право предъявить регрессное требование к несостоятельному поручителю в размере падающей на него доли, т.е. 25%. Допустим, что наступил указанный Пленумом момент, и оставшиеся состоятельными два поручителя уплатили реестровому поручителю свои доли и свои части доли несостоятельного лица. Арифметически это выглядит так, что каждый из двоих состоятельных поручителей уплачивает по регрессному требованию реестрового поручителя 25% своей доли и 8,3 в периоде % как часть доли несостоятельного. В сумме это будет 50% (25% + 25%) + 16,67% (8,3 в периоде % + 8,3 в периоде %), а всего 66,67%. Добавим теперь к этому результату долю, падающую на реестрового поручителя, т.е. его 25%, и получим округленно 96,7%. Таким образом, требование к несостоятельному поручителю (100% – 96,7%) неведомым образом сократилось с 25% падающей на него доли до 8,33%, а в остальной части прекратилось. Это неприемлемый результат. Стало быть, приведенная выше интерпретация разъяснения неверна, поскольку нет никаких оснований уменьшать долю несостоятельного поручителя.

И без приведенной арифметики понятно, что ошибка закралась из-за того, что право на заявление требования исполнившего обязательство поручителя в реестр требований кредиторов несостоятельного поручителя обосновывается указанием на то, что его требование к состоятельным поручителям в части падающих на них частей доли несостоятельного *не прекращается до момента уплаты этих частей*, а стало быть, *a contrario* прекращается при наступлении указанного момента. Но все дело в том, что оно не должно прекращаться и в такой момент, ибо это приведет к безосновательному прекращению обязательства несостоятельного лица в части падающей на него доли разделенной между поручителями ответственности совместных поручителей. Для того чтобы сбалансировать экономические отношения, необходимо признать, что, если состоятельные поручители возместили исполнившему обязательство поручителю падающие на них части доли несостоятельного поручителя, в этих частях заявленное в реестре кредиторов регрессное требование исполнившего обязательство поручителя переходит к таким поручителям. Тогда получается, что все сопоручители приняли на себя сообща долю несостоятельного поручителя и каждый из них оказывается (после процессуальной замены) с требованием в реестре кредиторов в размере падающей на него части доли несостоятельного поручителя. Иными словами, регрессное требование, корреспондирующее доле ответственности несостоятельного поручителя, делится между тремя другими поручителями, включая

уплатившего по своему обязательству поручителя, в равных долях. В результате все состоятельные поручители оказываются в равном положении, и все встает на свои места.

Прекращение требований исполнившего обязательство поручителя в отношении падающих на других поручителей частей доли несостоятельного лица их уплатой в действительности будет иметь место тогда, когда несостоятельный поручитель ликвидирован. В этой ситуации право регрессного требования к нему исполнившего обязательства поручителя прекращается, а в отношении требований к оставшимся состоятельным поручителям требования прекратятся, если они заплатят. До ликвидации несостоятельного поручителя перераспределение частей доли падающей на него ответственности между другими поручителями должно приводить лишь к перераспределению их требований к этому несостоятельному поручителю, а не к прекращению требований.

(е) В следующем абзаце Пленум обращается к сочетанию совместного личного и вещного обеспечения, а именно поручительства и залога. Как уже отмечалось выше, эта договорная техника является эффективным способом структурирования обеспечения для кредитора. Совместный же характер предоставления обеспечения служит интересам лиц, предоставивших обеспечение, поскольку они рассчитывают разделить финансовое бремя в отношениях между собой. Особенностью сочетания личного и вещного обеспечения является то обстоятельство, что у залогодателя, строго говоря, не имеется долга перед кредитором, а у поручителя такой долг есть. Обычным порядком удовлетворения требований кредитора за счет предмета залога является получение им стоимости или ее части, вырученной от реализации предмета залога. Обеспечительный интерес кредитора в конечном счете технически реализуется так же, как и при поручительстве, — в виде получения денежных средств (исключением является получение залога в собственность на основании комиссионной оговорки). Отличие здесь проявляется лишь в том, что поручитель отвечает всем своим имуществом, а залогодатель — только в пределах стоимости предмета залога. Поэтому последствия совместного характера обеспечения могут быть урегулированы таким же образом, как и при совместном характере поручительства. Именно такую методологию и применяет Пленум, *приравнивая правовой режим отношений совместного поручительства и залога к правовому режиму совместных поручителей*, что отвечает целям поручителя и залогодателя, чья воля была направлена на придание обеспечению совместного характера. К данным

отношениям также подлежит применению ст. 325 ГК. Пленум делает из этого лишь один вывод о том, что исполнивший обязательство поручитель вправе получить удовлетворение за счет предмета залога лишь в определенной доле. Однако модель совместного поручительства и залога требует более детального рассмотрения, в том числе для целей иллюстрации структуры и динамики отношений между поручителем и залогодателем. Особенность здесь проистекает из того, что правовой режим ординарной множественности лиц в обязательстве, в том числе положений ст. 325 ГК, не может полностью подходить для обеспечительной множественности и требует адаптации, которая вынуждает право обнаружить такие юридические феномены, которые позитивным правом не предусмотрены, а порой и доктринально не разработаны.

(ж) Возьмем модельный пример, когда по основному обязательству одним лицом дано поручительство, а другим лицом, не являющимся должником в основном обязательстве, предоставлен залог. Далее обратимся к тому варианту, который затронут в разъяснении. Исполнивший обязательство поручитель принимает свою долю в ответственности на себя, а долю, падающую на другое лицо, предоставившее обеспечение, — залогодателя — он вправе получить, как указывает Пленум «за счет предмета залога». Как было рассмотрено выше, при отдельном поручительстве действует суброгационная модель перехода к исполнившему обязательство поручителю обеспечительных прав, а при совместном поручительстве переход прав не предполагается, действует регрессная концепция. Но Пленум говорит о праве исполнившего обязательство поручителя получить удовлетворение за счет предмета залога. Получение удовлетворения за счет стоимости предмета залога предполагает его реализацию и, стало быть, наличие права залога. Что же получается? Корректно обосновать такое право исполнившего обязательства поручителя возможно, только признав, что право залога перешло к этому поручителю. Но что же обеспечивает данный залог? Если придерживаться регрессной концепции, получается, что залог обеспечивает регрессное требование исполнившего свое обязательство поручителя. Но тогда придется признать, что у залогодателя возник долг перед поручителем, который он может потребовать уплатить. Однако это не соответствует точному выражению Пленума о получении удовлетворения именно за счет предмета залога. Возможно, Пленум имел в виду некую конструкцию *sui generis*, когда в силу вещного характера обеспечения мы имеем дело с особым регрессным требованием (*ограниченный вещный регресс*), реализация которого возможна только путем обращения взыскания и продажи предмета залога

(его присвоением при *lex commissoria*), а не требования платежа. При несостоятельности залогодателя также будет стоять вопрос о наличии залоговой привилегии, а также при неполном удовлетворении требований кредитора о конкуренции исполнившего обязательство поручителя и кредитора в отношении залога с применением здесь правила *neto subrogat contra se* (п. 4 ст. 364 ГК). Обозначенные особенности требуют более глубокого осмысления, но предварительно просматриваются основания для предоставления исполнившему обязательство поручителю залоговой привилегии, а кредитору — преимущества по п. 4 ст. 364 ГК.

Удовлетворение требования поручителя за счет стоимости предмета залога, как указывает Пленум, ограничивается лишь соответствующей долей («*определенной долей*»). Обратимся к модельному примеру и предположим, что поручитель уплатил кредитору 100% от причитающегося ему по основному обязательству. Поручитель вправе потребовать удовлетворения своего требования к залогодателю за счет залога лишь в размере падающей на него доли, т.е. по общему правилу 50% от исполненного им в пользу кредитора. Предположим далее, что от реализации предмета залога получена сумма меньшая, чем номинальное выражение указанной 50%-ой доли. Вправе ли поручитель потребовать от залогодателя уплаты недостающей суммы. Если применять обычные правила разверстки для множества обязанных лиц (ст. 325 ГК), такое требование допустимо. Если же увидеть здесь ограниченный вещный регресс, то залогодатель к платежу в этой ситуации не обязан, поскольку его ответственность как перед оригинальным кредитором, так и перед регрессным кредитором ограничена стоимостью заложенной вещи. Этот вопрос также подлежит более глубокому изучению, но предварительно концепция ограниченного вещного регресса выглядит более оправданно, поскольку учитывает законный интерес залогодателя и не нарушает ожиданий поручителя, поскольку тот должен был понимать возможность таких итоговых последствий разверстки. Кроме того, нельзя не обнаружить здесь возможного законного интереса залогодателя в платеже своей доли исполнившему обязательство поручителю, с тем чтобы освободить предмет залога от ограниченного вещного регресса. Поручитель не имеет интереса в неперменной реализации предмета залога, поскольку его право ограничивается долей ответственности совместного залогодателя, выраженной в деньгах.

Теперь обратимся к обратному порядку реализации кредитором обеспечительных прав, которого Пленум не коснулся. Вернемся к модельному примеру обеспечительной структуры отношения. Предположим, что кредитор обращает взыскание на заложенное имуще-

ство и за счет его стоимости получает удовлетворение в размере 100% от причитающегося ему по основному обязательству. Здесь ситуация оказывается значительно более простой. Залогодатель принимает на себя 50%-ую долю собственной ответственности, а оставшиеся 50% на основании возникшего у него регрессного требования он может требовать с поручителя.

Однако этот вариант развития обеспечительной стадии отношений может дать почву для обнаружения коллизии права залогодателя и сопоручителя. Как известно, залогодатель в некоторых случаях может быть заинтересован в сохранении предмета залога и освобождении его от реализации. Этот интерес уважается правом порядком, в связи с чем закон предоставляет ему соответствующее право для его охраны. В соответствии с п. 4 ст. 348 ГК являющийся третьим лицом залогодатель вправе прекратить в любое время до реализации предмета залога обращение на него взыскания и его реализацию, *исполнив обеспеченное залогом обязательство* или ту его часть, исполнение которой просрочено. При этом соглашение, ограничивающее данное право, ничтожно. Как видно, речь здесь идет об исполнении обязательства третьим лицом. Согласно п. 5 ст. 313 ГК к третьему лицу, исполнившему обязательство должника, переходят права кредитора по обязательству. В соответствии с п. 1 ст. 384 ГК к новому кредитору переходят права, обеспечивающие исполнение обязательства. Стало быть, здесь обнаруживается суброгационная концепция перехода обеспечительных прав требования к сопоручителям, и, следовательно, такое третье лицо не обязано принимать на себя свою долю ответственности по регрессной концепции. Получается, что интерес сопоручителя разделить ответственность с совместным залогодателем не оправдался.

Эту гипотетическую коллизию интересов залогодателя и поручителя следует разрешить в пользу последнего. Вступив в обеспечительные отношения сообщая, залогодатель не вправе своими односторонними действиями изменить характер ответственности, поскольку это нарушило бы обоснованные ожидания и права другого лица без согласия последнего. Залогодатель был вправе предоставить обеспечение отдельно от поручителя, но предпочел разделить ответственность с другим лицом к своей выгоде. При инверсированной очередности реализации обеспечительных прав кредитора залогодатель был бы вправе рассчитывать, что поручитель, исполнивший свое обязательство, примет на себя свою долю ответственности. Следовательно, стороны должны находиться в равном положении и соблюдать выбранную для себя программу постобеспечительных отношений.

Нормативным основанием для данного вывода является п. 1 ст. 384 ГК, который, в частности, устанавливает, что предусмотренные им правила об объеме прав, переходящих к новому кредитору, применяются, если иное не предусмотрено законом. К рассматриваемому случаю как раз применяются иные правила, а именно ст. 325, п. 3 ст. 363 ГК в их истолковании Пленумом.

Совместный залог может приводить и к возникновению других вопросов, например в отношении размера долей лиц, предоставивших совместное обеспечение. Представим, что несколько лиц сообща дали поручительство, а один из них также сообща предоставил в обеспечение еще и залог, причем речь здесь идет не об обеспечении второго уровня, ибо залог предоставляется не в обеспечение обязательства этого поручителя, а в обеспечение обязательства должника в основном обязательстве. В связи с этим может возникнуть вопрос о сохранении общего правила разверстки о равенстве долей (подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК). Правило о равенстве долей действует постольку, поскольку иное не вытекает из отношений между солидарными должниками. Приведем пример: допустим, основное обязательство совместно обеспечено тремя поручителями, а также залогом, предоставленным одним из них. Если определять доли по числу лиц, то на каждого причитается по $\frac{1}{3}$ доли; если доли определять по числу обеспечений, то на двух поручителей падает по $\frac{1}{4}$ доли, а на поручителя, являющегося также и залогодателем, — $\frac{2}{4}$ доли. Правила о солидаритете являются общими, рассчитанными на множественность лиц в одном обязательстве, а потому они не могут учитывать, что в обеспечительной множественности число лиц может не совпадать с числом обеспечений. Можно ли из этого вывести исключение из общего правила, установив, что в указанных обстоятельствах правила о равенстве долей не применяются, поскольку иное вытекает из отношений между лицами, предоставившими совместное обеспечение? Этот вопрос является не исследованным в нашей доктрине, а устоявшаяся судебная практика также не обнаруживается. Поскольку никакого специального правила в позитивном праве не имеется, видимо, необходимо исходить из того, что отмена общего правила равенства долей требует волеизъявления участников множества. Один лишь факт предоставления кем-то из поручителей также и залога по основному обязательству равенства долей не опровергает. Представляется логически оправданным исходить из того, что разверстка долей поручителей корреспондирует их выгоде, будь то материальной или нематериальной, которую они получают от кредитования должника. Предположим, что трое родственников из альтру-

истических побуждений предоставили поручительство, а один из них еще и залог по обязательству должника. Удовлетворив требование кредитора, было бы справедливым разделить между ними доли поровну, а не предпринимать неуместной попытки измерить степень эмпатии каждого по отношению к должнику. Также и при материальном интересе, например, справедливо исходить по общему правилу из равенства долей троих участников хозяйственного общества, давших поручительство, в том числе и тогда, когда один из них предоставил еще и залог. Даже если кредитор удовлетворит свое притязание за счет поручительства и залога этого последнего, он примет на себя только $\frac{1}{3}$ доли, а остальные $\frac{2}{3}$ вправе возместить по регрессу за счет двух других участников. Однако в некоторых случаях из отношений между лицами, предоставившими обеспечение, может вытекать иная разверстка долей. Например, есть основания задуматься над изменением общего правила о равенстве долей в том случае, когда, например, доли корпоративного участия в приведенном выше примере неравные: тот участник, который предоставил поручительство и залог, имеет 50% в уставном капитале хозяйственного общества (должника в основном обязательстве), а двое поручителей — по 25%. Если к этому добавить, что сумма всех поручительств по их условиям и стоимость предмета залога в совокупности составляют сумму причитающегося с должника в основном обязательстве, то экономическая логика структуры обеспечения просматривается более или менее ясно. Здесь кажется справедливым прийти к заключению о распределении долей в постобеспечительных отношениях исходя из того, что доля миноритарных участников составляет по 25%, а доля мажоритарного, соответственно, 50%. Ведь в таком случае мажоритарный участник предполагал получить большую выгоду от кредитования должника в основном обязательстве, и предоставление им большего обеспечения свидетельствует о его воле принять на себя и двойную долю при разверстке. У кого больше выгоды — у того больше и издержек. Впрочем, эти вопросы требуют более глубокого осмысления. Однако сама их постановка уже достаточно свидетельствует о том, что совместное обеспечение, в том числе лично-вещное, настоятельно требует от лиц, его предоставляющих, озаботиться соглашением по предмету разверстки долей.

Структура правовых отношений и их динамика в рассматриваемой области на самом деле могут являться более сложными, чем описано выше, поскольку надо учитывать, что эти отношения сопровождаются наличием еще и основного обязательства, в котором описанные факты производят правопреемство, а также учитывать возможное

увеличение числа лиц, предоставивших личное и вещное обеспечение, одновременное сочетание раздельного и совместного обеспечения, изменение равного соотношения долей ответственности, частичное исполнение и несостоятельность всех или некоторых из перечисленных лиц, а также ряд других пертурбаций в отношениях всех сторон. Перед комментарием не стоит задача разбора всех возможных логических комбинаций этих факторов, но освоение некоторых приведенных общих принципов может помочь в их анализе.

(3) Различие раздельного и совместного поручительства проявляется в суброгационной и регрессной концепции постобеспечительных отношений лиц, предоставивших обеспечение между собой. Это обстоятельство приводит к различным правилам об исковой давности. Если при суброгации право переходит к новому кредитору во всей полноте его правовой характеристики, т.е. с частично истекшей исковой давностью, то при регрессе такого не наблюдается, поскольку регрессное требование является новым. Согласно п. 3 ст. 200 ГК по регрессным обязательствам течение срока исковой давности начинается со дня исполнения основного обязательства. Эта норма требует адаптации для постобеспечительного регрессного обязательства, поскольку поручитель исполняет свое обязательство, а не обязательство другого поручителя и не обязательство должника, которые и могли бы считаться основными. Соответственно, исковая давность начинает исчисляться по регрессному требованию *со дня исполнения поручителем своего, а не какого-то иного основного обязательства*. При безналичном платеже поручителя в пользу кредитора обязательство считается исполненным со дня поступления денежных средств в банк кредитора, а в случае платежа наличных денег — в момент их получения кредитором (п. 1 ст. 316 ГК). Эти дни и определяют начало течения исковой давности по регрессному требованию. В данном аспекте становится важной квалификация природы требования исполнившего обязательства поручителя к совместному залогодателю (см. п. «ж» комментария выше).

Пленум адаптирует правило об исковой давности для регрессных обязательств и указывает, что исковая давность начинает течь с момента исполнения поручителем обязательства перед кредитором, и добавляет, что исковая давность по данному требованию начинает течь *не ранее наступления срока исполнения основного обязательства*. При этом завершает все разъяснение рассматриваемого абзаца ссылка на всю статью 200 ГК. Не совсем ясно, почему для нормативного обоснования не использована ссылка на цитированный выше пункт 3

данной статьи. Возможно, это как-то связано с добавлением, но с уверенностью утверждать это затруднительно, поскольку само такое добавление не вполне понятно. Из предыдущих разъяснений ясно, что Пленум считает требование исполнившего обязательство поручителя регрессным, а оно не возникает до того момента, пока поручитель не исполнит своего обязательства по договору поручительства. Поручительство устанавливается в обеспечение исполнения основного обязательства. Отсюда вроде бы следует, что срок исковой давности никак не может возникнуть ранее наступления срока исполнения основного обязательства, ибо его нарушение и запускает обеспечительный механизм, который и приводит позднее к возникновению регрессного требования. Исковая давность в принципе не может начать течь по обязательству, которое еще не возникло, ибо срок исковой давности устанавливается для защиты нарушенного права, но нельзя же нарушить не возникшее еще право, это ведь *nonsense*.

Быть может, имелся в виду такой теоретически возможный, хотя и не распространенный на практике случай, когда сопоручитель платит кредитору до наступления срока исполнения основного обязательства и кредитор не отказывается от принятия досрочного исполнения (о досрочном исполнении обязательства поручителем подробнее см. комментарий к п. 21 *Постановления*). В подобной ситуации у исполнившего обязательство поручителя возникает соответствующее регрессное требование, но оно не может быть предъявлено другим поручителям или совместному залогодателю, поскольку они вправе рассчитывать, что до нарушения основного обязательства требование к ним предъявить нельзя. Коль скоро у поручителя нет еще перфекции по регрессному требованию, то исковая давность еще не начинает течь. Пленум избегает назвать момент начала течения исковой давности прямо, ограничиваясь лишь указанием, что исковая давность не может начать течь ранее наступления срока исполнения основного обязательства. В какой именно момент позднее наступления названного срока она может начать течь, не указывается. Начало течения исковой давности по регрессному требованию в этом случае, видимо, определит тот день, когда поручитель мог бы предъявить такое требование к сопоручителям или совместному залогодателю, если бы обязательство не было исполнено им досрочно.

Сопоручитель и совместный залогодатель должны быть готовы ожидать иска по регрессному требованию в течение весьма продолжительного периода. Для требования кредитора к поручителю специального срока исковой давности законодательством не установлено,

следовательно, он является общим, т.е. трехлетним. Для регрессного требования поручителя, исполнившего свое обязательство, также не установлено специального срока давности, значит, и он трехлетний. Если кредитор предъявит иск к сопоручителю в последний день срока исковой давности (естественно, что к этому времени не должен истечь пресекательный срок поручительства), а потом сколько-то лет уйдет на исполнительное производство, когда будет получен платеж от поручителя, то исковая давность по регрессному требованию с этого момента составляет еще три года. Поэтому в отношении задавненного регрессного требования определенность наступит лишь при истечении объективного срока исковой давности. Срок исполнения регрессного обязательства законодателем не определен, стороны данного обязательства также обычно его договором не определяют. Стало быть, к такому обязательству применяется правило п. 2 ст. 200 ГК, согласно которому срок исковой давности во всяком случае не может превышать 10 лет со дня возникновения обязательства.

(и) Прежнее разъяснение, посвященное совместному поручительству, прямо предусматривало, что, если обязательство перед кредитором будет исполнено одним из лиц, совместно давших поручительство, к нему переходит требование к должнику. При этом сопоручитель, исполнивший обязательство по договору поручительства, может предъявить к должнику требование об исполнении обязательства, права по которому перешли к сопоручителю¹. Действующее разъяснение такого развернутого суждения не имеет. Тем не менее едва ли имеются основания увидеть какую-то иную структуру правоотношений сторон, а кроме того, такой же подход буквально следует из абзаца шестого комментируемого пункта («...требование исполнившего сопоручителя к должнику...»). Поэтому, когда говорится о регрессной концепции совместного поручительства, имеется в виду только та часть постобеспечительных отношений, которая касается самих лиц, предоставивших совместное обеспечение. Что касается должника в основном обязательстве, то *права к нему переходят к исполнившему обязательство поручителю по суброгации как при раздельном поручительстве, так и при совместном поручительстве*. Но на этом эффекты суброгации, представленные в отношениях по совместному поручительству, не заканчиваются.

Пленум обращает на них внимание, отмечая ту стадию постобеспечительных отношений, на которой лица, предоставившие совместное

¹ См. абзац третий п. 27 Постановления № 42.

обеспечение, рассчитываются с поручителем, исполнившим свое обязательство перед кредитором. Исполнивший обязательство поручитель, как указано выше, получает права кредитора в основном обязательстве (*первичная суброгация*), а когда другие сопоручители и совместный залогодатель возмещают ему свои доли ответственности, к ним от него поступают соответствующие требования к основному должнику (*вторичная или пострегрессная суброгация*). Иными словами, здесь также наблюдается суброгация. Получается, что удовлетворение регрессного требования исполнившего обязательства поручителя влечет *переход требований к должнику в основном обязательстве в пользу регрессных должников*, исполнивших свой долг по разверстке. Следует принять во внимание юридическую неопределенность в вопросе пострегрессной суброгации в отношении феномена юридической разнородности совокупного притязания по основному обязательству, часть которого должна переходить к исполнившему обязательство регрессному должнику.

Обосновывается сделанный вывод о переходе требований к основному должнику к лицам, предоставившим совместное поручительство, при выплате ими своих долей в пользу исполнившего обязательство поручителя, т.е. при погашении регрессного требования, ссылкой на п. 1 ст. 365 ГК, в котором эта ситуация, конечно, не описана. Там идет речь об исполнении обеспечительного обязательства поручителя, которое за пределами законного поручительства возникает из договора поручительства. Рассматриваемый же Пленумом случай касается исполнения регрессного обязательства («выплата своих долей»), возникшего из закона. Это другое обязательство. Потому для вывода Пленума более пригодным, как представляется, является такое нормативное основание, как заполнение пробела в законе по аналогии, ибо закон буквальным образом ни в приведенной, ни в какой бы то ни было иной норме рассматриваемый случай не регулирует вовсе. Впрочем, верности самого разъяснения по существу наши рассуждения не колеблют совершенно. Важно лишь не смешивать обеспечительное обязательство поручителя и регрессное обязательство другого поручителя перед исполнившим свое обязательство поручителем.

Динамика отношений может быть в связи с этим несколько запутанной, но разъяснения Пленума и теоретические представления о структурных изменениях в отношениях могут помочь в отыскании правильной квалификации. Приведем иллюстрацию динамики структурных связей на простейшем примере, уже использовавшемся ранее, развив его далее.

Предположим, что обязательство в размере 100 обеспечено солидарным и совместным поручительством четырех лиц. Один из поручителей, заплатив кредитору 50%, т.е. 50 от причитающегося с должника в основном обязательстве, и приняв на себя свою долю в 12,5, предъявляет требование к другому сопоручителю в размере 12,5, а кредитор предъявляет к нему же требование на оставшиеся 50% от причитающегося с должника в основном обязательстве, т.е. в размере 50. Требование каждого обосновано и должно быть удовлетворено. Второй поручитель, удовлетворивший регрессное требование первого поручителя на 12,5 и требования кредитора на 50, а всего 62,5 от причитающегося с должника, принимает 25% (12,5) на себя, а остальные 50 распределяет между своими регрессными требованиями к оставшимся двум поручителям. Кроме того, он получает требование к основному должнику на 50 по суброгации от кредитора, а 12,5 из размера требований к основному должнику к нему переходит по суброгации от первого поручителя (всего 62,5). На этом этапе оригинальный кредитор выбывает из основного обязательства, а его место занимают первый поручитель (25%) и второй поручитель (62,5). Если два оставшихся поручителя удовлетворят регрессные требования второго поручителя, его доля в основном обязательстве уменьшится за счет перехода по 25% к двум регрессным должникам. В результате оригинальный кредитор окажется удовлетворенным полностью, а четверо бывших поручителей (трое из которых побывали регрессными должниками), оказавшихся на стороне кредитора, по суброгации будут иметь по 25% требований к должнику.

(к) В последнем абзаце комментируемого пункта Пленум обращается к ситуации, при которой полностью исполнивший договор поручительства сопоручитель занимает по суброгации позицию кредитора в основном обязательстве, после чего должник в этом обязательстве производит ему уплату всей суммы долга. С опорой на п. 1 ст. 325 ГК в данном случае разъясняется, что регрессные требования такого поручителя к другим сопоручителям и залогодателям прекращаются. Согласно приведенной норме исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитору. Прежнее разъяснение, совпадающее с нынешним содержательно, отличалось от него нормативным обоснованием. Там указанный вывод обосновывался смыслом ст. 329 ГК¹. *Интерес сопоручителя по разделению ответственности* с другими сопоручителями

¹ См. абзац четвертый п. 27 Постановления № 42.

и совместными залогодателями здесь *отпадает, поскольку исполнивший договор поручитель получает удовлетворение за счет должника*. И здесь, по крайней мере отчасти, можно усмотреть своего рода аксессуарность регрессных требований поручителя и обоснованность апелляции к названной статье. Еще больше ее применение обоснованно как раз не в тех случаях, когда должник исполняет свое обязательство, а когда обязательство прекращается по иным основаниям. Но описанный как в прежнем, так и в действующем разъяснении случай буквально подпадает под п. 1 ст. 325 ГК, и в этом аспекте технически данное обоснование более пригодно. Несмотря на усматривающуюся здесь конкуренцию нормативного обоснования, содержательных различий, для самого вывода она значения имеет.

К рассматриваемому разъяснению надо добавить, что прекращение регрессных требований сопоручителя может иметь место и в других ситуациях, смотря по динамике отношений сторон и сложившейся вследствие этого структуре правовых связей сторон. Для иллюстрации обратимся опять к приводившемуся уже примеру. Предположим, что обязательство обеспечено солидарным и совместным поручительством четырех лиц. Один из поручителей, заплатив кредиторю 50% от причитающегося с должника в основном обязательстве, занимает его место в основном обязательстве в этой части, после чего должник полностью исполняет свое обязательство, уплатив причитающееся суброгационному и оригинальному кредиторю. Ясно, что в данном случае регрессные требования поручителя также прекращаются, несмотря на то что полного исполнения по договору поручительства он не учинял. Эта иллюстрация показывает, что Пленум не имел в виду объять разъяснением последнего абзаца все случаи прекращения регрессных требований. Он лишь продемонстрировал пример, в котором проявляется общий принцип — *отпадение интереса исполнившего свое обязательство поручителя в регрессе*.

Также следует учитывать и другие случаи, когда имущественный интерес исполнившего обязательство поручителя не удовлетворяется платежом должника, но регрессные требования к другим сопоручителям и совместному залогодателю тем не менее прекращаются. Подобные ситуации могут возникать в том числе вследствие аффилированности поручителя и должника. Так, например, если исполнивший свое обязательство поручитель простит долг по основному обязательству или откажется от иска к должнику, его регрессные требования тоже надо считать прекращенными или по крайней мере за другими сопоручителями и совместными залогодателями следует признать право

на возражение против регрессного требования такого поручителя. Целесообразность выбора правопорядком первой (ремиссионной) или второй (эксцепционной) модели из названных требует более глубокого осмысления. В похожей, но не тождественной ситуации Пленум выбирает эксцепционную концепцию для поручителя. Речь идет о следующем разъяснении. Согласно ст. 324 ГК солидарный должник не может ссылаться в качестве возражения на требование кредитора на то обстоятельство, что кредитор отказался от иска к другому солидарному должнику или простил ему долг. Вне зависимости от этих действий кредитора должник, исполнивший солидарную обязанность, получает регрессное требование, в том числе и к должнику, в отношении которого кредитор отказался от иска или которому он простил долг. Вместе с тем по общему правилу *поручитель вправе ссылаться на то, что кредитор простил долг должнику или отказался от иска к должнику* (п. 1 ст. 364 ГК)¹.

(л) Совместное поручительство не может лишиться своего характера по воле только одного сопоручителя. Выступив сообща поручителями, каждый из них рассчитывает на разделение своей ответственности с другими. В частности, совместный поручитель не может по своему единоличному желанию превратиться в отдельного поручителя, чтобы после исполнения обязательства кредитору предъявить требование другому поручителю без учета правил разверстки, в том числе обходным путем. Последнее можно наблюдать, например, в такой ситуации, когда один из сопоручителей (или действующие в его интересе аффилированные с ним лица) приобретает право требования кредитора в основном обязательстве. Формально-юридически на основании п. 1 ст. 384 ГК к новому кредитору переходят права по основному обязательству, а также права, обеспечивающие исполнение этого обязательства. Следовательно, поручитель, выкупивший требование кредитора, получает требование в полном объеме к другому сопоручителю, тогда как его собственное обязательство по договору поручительства прекращается совпадением кредитора и должника в одном лице (ст. 413 ГК). Однако судебная практика не позволяет достичь такого результата, полагая, что в отношениях между поручителями должен сохраняться правовой режим разверстки долей. Иными словами, бывший поручитель (новый кредитор) вправе предъявить другому поручителю требование за вычетом своей доли, а не в полном размере перешедшего к нему по уступке права. Более того, размер этого требования, судя по всему,

¹ См. п. 52 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

определяется не его номиналом, а с учетом фактически понесенных им расходов на приобретение права¹.

Если политико-правовое обоснование приведенного подхода просматривается, то его нормативное обоснование в правовой позиции не приводится. Если сопоручитель приобрел право требования у кредитора, в том числе по договору с другим поручителем, то права должны переходить к нему в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права (п. 1 ст. 384 ГК): право не может уменьшиться в объеме в процессе его перехода. Следовательно, если, согласно приведенной правовой позиции, новый кредитор (бывший поручитель) имеет меньшее требование к другому поручителю, значит, это требование получено не по уступке, а имеет иное правовое основание. Но что же с самой уступкой? Она недействительна? Видимо, да, в части уступки прав можно усмотреть, что она совершена с целью обхода поручителем закона, а именно правил о разверстке долей между поручителями. Сделка, совершенная в обход закона, может квалифицироваться как ничтожная. Тогда уплаченное новым кредитором прежнему кредитору может быть квалифицировано как исполнение обязательства поручителем. Далее отношения рассматриваются обычным образом: право к должнику в основном обязательстве переходит к поручителю по суброгации, а требование к другому поручителю основывается на регрессе с учетом правил о разверстке. Если же поручитель и кредитор имели умысел на замену регресса и суброгации сингулярным преемством, то сделка может также рассматриваться как ничтожная, но по основанию ее притворности (п. 2 ст. 170 ГК), т.е. она прикрывает сделку по исполнению обязательства поручителя, и, соответственно, к отношениям сторон применяются правила о прикрываемой сделке, а это дает такой же результат, что и при обходе закона.

Возражения поручителя

16. Поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы заявить против требования кредитора должник, в том числе после вынесения судом решения по спору между кредитором и должником, если поручитель не был привлечен к участию в таком деле (статья 364 ГК РФ). Например, поручитель вправе ссылаться на ничтожность сделки, из которой возникло основное обязательство, либо на не-

¹ См. Определение СКЭС ВС от 21 декабря 2020 г. № 306-ЭС20-12066 (1, 2).

действительность этой оспоримой сделки, признанной таковой судом, на неисполнение либо ненадлежащее исполнение кредитором по основному обязательству обязанностей, установленных законом или договором, на истечение срока исковой давности, на возможность удовлетворения требований путем зачета либо бесспорного взыскания средств с основного должника (пункт 2 статьи 364, пункт 2 статьи 399 ГК РФ), на прекращение обязательства (статья 407 ГК РФ), на снижение суммы неустойки, подлежащей уплате должником на основании статьи 333 ГК РФ.

Ограничение права поручителя на выдвижение возражений, которые мог бы представить должник, не допускается. Соглашение об ином ничтожно (пункт 5 статьи 364 ГК РФ).

(а) Как прежнее разъяснение¹, так и действующее обращается к вопросу о возражениях поручителя против требования кредитора. Юридический феномен возражений (*exceptio*) в обязательственном праве вообще недостаточно изучен наукой гражданского права. В задачу данного комментария не входит восполнение этого изъяна, так что следует ограничиться лишь самым общим указанием на то, что возражение в материальном праве представляет собой особое субъективное гражданское право, не являющееся притязанием, реализация которого отклоняет притязание кредитора. Образно выражаясь, если притязание (*actio*) выступает мечом, то возражение является щитом. Эксцепции делятся на перемпторные (постоянные) и дилаторные (временные). Поручителю доступны эксцепции как первого, так и второго рода. Обычно в силу принципа относительности в обязательственном праве (п. 3 ст. 308 ГК) одна сторона обязательства может иметь возражения против другой стороны, основанные на обязательстве, в котором участвуют данные стороны. Поэтому Пленум разъясняет в [Постановлении](#), посвященном исполнению обязательств, что третьи лица не могут выдвигать возражения, вытекающие из обязательства, в котором они не участвуют². Пленум не делает в этом разъяснении исключений из данного суждения, но их придется сделать. Принцип относительности обязательства знает множество исключений, и одним из иллюстративных примеров такого исключения выступают как раз возражения поручителя.

Поручителю принадлежат не только собственные возражения, основанные на отношениях по договору поручительства (им посвящен

¹ См. п. 24 Постановления № 42.

² См. п. 2 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

следующий пункт [Постановления](#)), но и чужие возражения — *возражения должника* в основном обязательстве, основанные на его отношениях с кредитором. Образно выражаясь, если должник бросает свой «эксцепционный щит», поручитель в исключение из принципа относительности может подобрать его и защищаться им против требований кредитора.

Проводя дифференциацию возражений на возражения должника и возражения поручителя, которые доступны поручителю, Пленум никак не обозначает, каковы практические последствия такой дихотомии. Это и неудивительно, ибо их практически нет (*см. п. «а» комментария к п. 17 Постановления*). Единственной особенностью возражений первого вида является как раз не названное ни в прежнем разъяснении, ни в действующем правиле закона. Согласно п. 1 ст. 364 ГК поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

(б) В предложении первом комментируемого пункта Пленум, повторяя прежнюю правовую позицию, начинает разъяснение с искаженного цитирования фрагмента п. 1 ст. 364 ГК, согласно которому поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник. Замена выражения закона «представить возражения» выражением «*заявить возражения*» с повтором выражения «против требования кредитора» содержательно ничего не меняет, и непонятно, зачем эти девиации вообще были нужны. Далее следует добавление собственно разъяснения, которое прежнему подходу известно не было. Указанные возражения могут быть заявлены в том числе после вынесения судом решения по спору между кредитором и должником, если поручитель не был привлечен к участию в таком деле. Нормативным обоснованием этого суждения обозначена вся статья 364 ГК, в которой, конечно, ничто не указывает на приведенное суждение.

Ясно, что данное разъяснение направлено на защиту интересов поручителя, который не имел возможности защищать свои права в судебном процессе между кредитором и должником. С процессуальной точки зрения здесь можно говорить об относительности судебного решения, которое не должно ограничивать права третьих лиц, хотя бы оно и касалось этих лиц, а также об отсутствии здесь преюдиции для поручителя. Но Пленум процессуальных аспектов, равно как норм процессуальных кодексов, в тексте не затрагивает — и, быть может, намеренно. Дело в том, что процессуальная эксцепция не тождественна материальной эксцепции, хотя последняя и может

реализовываться в форме первой. Поскольку возражение является пусть и особым, но все же материальным правом, важно понимать, что состоявшийся судебный процесс между кредитором и должником не уничтожает материальных прав поручителя на возражение в указанном случае.

Право на возражение, по гипотезе разъяснения, имеется у поручителя, если он *не был привлечен к участию* в деле. Небольшая неточность разъяснения не должна приводить в заблуждение относительно прав поручителя, в чем помогают сам его контекст и понимание целей, которые преследовал Пленум. Речь идет о том, что поручитель, конечно же, не теряет соответствующих возражений и в том случае, если он участвовал в деле. Например, если поручитель возражал против требований кредитора к должнику по мотиву неполного предоставления в пользу должника, и это возражение было принято судом, поручитель вправе будет выдвигать такое возражение по иску кредитора к нему, если истец опять заявит притязание в полном объеме. Тот факт, что указанное обстоятельство является преюдициально установленным, имеет значение для доказывания по спору между кредитором и поручителем, но не означает утраты поручителем права на возражение. В том же контексте следует воспринимать выражение *«после вынесения судом решения»* на случай, если впоследствии указанное решение будет отменено и дело не закончится вынесением нового решения. В этом случае поручитель также возражений не теряет, причем независимо от того, был он привлечен к делу или нет, а также заявлялись до отмены решения суда эти возражения или нет.

Чуть более сложный вопрос касается случая, когда по делу о споре между кредитором и должником возражения поручителем заявлялись, но были отклонены судом. Вправе ли суд по делу о споре между кредитором и поручителем принять вновь те же самые заявленные возражения? Ответ на этот вопрос, как представляется, следует дифференцировать в зависимости от оснований отклонения возражений поручителя судом. Если они не были приняты судом по той причине, что фактические обстоятельства, на которых основывались возражения, не были доказаны поручителем, то суд по иску к поручителю связан преюдициально установленным фактом, который поручитель опровергнуть более не может, ибо он уже потерпел *fiasco* в предыдущем споре. Если же возражения не были приняты, поскольку суд посчитал, что поручитель не имеет на них права, а не вследствие недоказанности фактов, то в деле по спору между кредитором и поручителем суд правовым суждением другого суда не связан. В этом случае суд должен

постановить свое решение с указанием тех правовых мотивов, по которым возражения поручителя отвергнуть нельзя.

(в) Предложение второе абзаца первого комментируемого пункта представляет собой перечисление семи примеров возражений поручителя. Пленум недвусмысленно указывает, что данный перечень является примерным, т.е. неисчерпывающим. По сравнению с прежним, также примерным перечнем комментируемый увеличен на одно возражение (см. ниже подп. (5)), а в остальном отличается лишь незначительным изменением редакции. Исходя из систематического толкования разъяснений Пленума, данный перечень должен состоять из возражений должника, которыми может воспользоваться поручитель, но на самом деле оказывается смешанным, ибо включает и собственные возражения поручителя, на что будет указано ниже. Впрочем, к каким-то ошибкам это вряд ли может привести ввиду отсутствия принципиальных различий в правовом режиме названных возражений.

(1) *Ничтожность сделки.* Поручитель вправе возражать против требования кредитора ссылкой на ничтожность сделки, из которой возникло основное обязательство. По общему правилу поручительство акцессорно к основному обязательству. Из ничтожной сделки обязательство, на возникновение которого была направлена эта сделка, не возникает. Следовательно, отсутствует предмет для обеспечения, а потому поручительство также является ничтожным, причем как и сделка кредитора с должником с самого начала. Но здесь надо принять во внимание ослабление акцессорности обеспечения, принятое в связи с реформой ГК. Согласно п. 3 ст. 329 ГК при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности *по возврату имущества*, полученного по основному обязательству. Соответственно, в той части, в которой должник по реституционному обязательству обязан вернуть кредитору полученное от него, возражение поручителя о ничтожности неэффективно. На самом деле эту новеллу можно рассматривать даже не как исключение из акцессорности или ее ослабление, а как *расширение поручительства* или юридическую фикцию обеспечения реституционного обязательства, о котором стороны не договаривались. Поручительство как бы переходит на обеспечение другого обязательства (*мигрирующая динамическая акцессорность*). Обеспечение этого обязательства возникает в силу закона (п. 2 ст. 361 ГК) при наступлении названного в нем обстоятельства — заключении договора поручительства в обеспечение обязательства по недействительной сделке. При недействительности

оно начинает обеспечивать другое обязательство должника – реституционное, расширяя тем самым свой обеспечительный эффект.

По сравнению с прежним разъяснением в действующей правовой позиции обнаруживается замена выражения «обеспеченное поручительством обязательство» на выражение «основное обязательство». Какого-то содержательного значения эта замена, видимо, не имеет и предпринята, скорее всего, для единообразного использования терминологии, о чем было заявлено в п. 1 **Постановления**.

(2) *Оспоримость сделки*. Если имеются основания для оспаривания сделки, из которой возникло основное обязательство, но она не признана судом недействительной, такая сделка имеет юридическую силу, т.е. является действительной. Соответственно, поручитель не вправе возражать против требования кредитора по мотиву наличия у сделки признаков оспоримости. Если же оспоримая сделка признана судом недействительной, поручитель вправе выдвигать возражения. При этом для данного случая релевантен комментарий предыдущего подпункта об ослаблении акцессорности или о расширении поручительства.

В рассматриваемой части разъяснение транслировано из прежнего без редакционных изменений.

(3) *Неисполнение обязанностей кредитором*. Как и прежде разъяснение, действующая правовая позиция обозначает возражение поручителя о неисполнении или ненадлежащем исполнении обязанностей кредитором по основному обязательству, уточняя, что речь идет об обязанностях, установленных законом или договором. Это уточнение, конечно, излишне, ибо, с одной стороны, оно очевидно, а с другой – неточно, ибо обязанности, например, могут быть установлены и обычаем. Но такой недостаток едва ли повлечет негативные последствия и на уяснение главного смысла правовой позиции не влияет. Не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей кредитора может повлечь эффективное возражение поручителя. Общий принцип здесь должен быть таков: если нарушение кредитором обязательства влечет прекращение или уменьшение притязания кредитора по основному обязательству, то возможно и возражение. Так, например, согласно другому разъяснению Пленума, в случае спора о размере встречного исполнения истца, если суд установит, что неисполнение с его стороны носило незначительный характер, суд вправе удовлетворить иск об исполнении ответчиком обязательства в натуре, определив объем подлежащего истцом исполнения¹. Несмотря

¹ См. абзац второй п. 58 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

на некоторую неясность с этим определением объема подлежащего истцом исполнения, речь, видимо, идет о такой ситуации, когда в sinalлагматическом обязательстве одна из сторон требует присуждения ей в натуре полного предоставления, хотя ее встречное исполнение было неполным, но незначительно. Здесь эксцепция ответчика (п. 2 ст. 328 ГК) обессиливается указанной незначительностью. Стало быть, и поручитель имеет такую же обессиленную эксцепцию и не может защититься с ее помощью.

Если нарушение кредитором обязанностей повлекло возникновение зачетной перфекции, то возражение поручителя базируется не на этом основании, а на том, которое указано ниже в подп. (5).

Замена прежнего выражения «обеспеченное обязательство» на выражение «основное обязательство» имеет то же значение и те же причины, которые указаны в подп. (1) комментария выше.

(4) *Истечение исковой давности.* Отнесение возражений по давности к возражению должника и, соответственно, включение этого примера в рассматриваемый перечень не вполне оправданно. Дело в том, что в соответствии с п. 1 ст. 207 ГК с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям, в том числе по поручительству. Таким образом, возражение по пропуску исковой давности является собственной эксцепцией поручителя, а не средством защиты должника. Истечение исковой давности по основному (главному) обязательству входит в предмет доказывания, но не является содержанием эксцепции поручителя. Основанием отказа в иске должно быть именно истечение исковой давности по требованию кредитора к поручителю.

Редакционные изменения разъяснения в отношении данного примера сводятся к исключению уточнения о том, что речь идет об исковой давности «по требованию кредитора». Действительно, данное уточнение в прежнем разъяснении было избыточным, ибо это и так понятно. Кроме того, действующее разъяснение добавляет к прежнему выражению об истечении исковой давности уточнение, что речь идет об «истечении *срока* исковой давности». Видимо, это сделано для того, чтобы приблизить пример к тексту закона, что показалось Пленуму важнее, хотя в доктрине не раз было указано на тавтологичность данного выражения, ибо исковая давность и есть срок (ст. 195 ГК). Впрочем, такое словоупотребление прочно вошло в цивилистический лексикон.

(5) *Зачет и бесспорное взыскание.* В перечне прежнего разъяснения такой пример не приводился, но о данном возражении было сфор-

мулировано отдельное разъяснение¹. Это можно объяснить тем обстоятельством, что до реформы ГК возражение со ссылкой на права зачета и бесспорного взыскания было сформулировано только в п. 2 ст. 399 ГК и формально-юридически могло быть распространено только на субсидиарное поручительство. Но различие в правовом положении субсидиарного и солидарного поручителя было совершенно неоправданно, поскольку и в том, и в другом случае кредитор, не заявляя о зачете или не производя бесспорного взыскания, с очевидностью действует в ущерб поручителю, хотя может достичь такого же экономического последствия иными юридическими средствами. Поэтому прежнее разъяснение и генерализировало защиту интересов поручителя независимо от того, к какому виду его обеспечение относится — субсидиарному или солидарному. Затем законодатель отчасти последовал за судебной практикой и сформулировал соответствующую норму в п. 2 ст. 364 ГК, согласно которому поручитель вправе не исполнять свое обязательство, пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение своего требования путем его зачета против требования должника. Однако бесспорного взыскания почему-то в этой норме не оказалось. В этом аспекте Пленум вынужден в качестве нормативного обоснования возражения поручителя сослаться не только на процитированную норму, но и на п. 2 ст. 399 ГК. Исторический контекст позволяет утверждать, что рассматриваемое возражение в части бесспорного взыскания доступно не только для субсидиарного, но и для солидарного поручителя.

В некоторых случаях, несмотря на наличие у кредитора права на зачет, возражение поручителю не следует предоставлять (*см. п. «б» комментария к п. 12 Постановления; там же см. другие особенности возражения о наличии зачета*).

(б) *Прекращение обязательства.* Это возражение также необоснованно отнесено к возражениям должника. Согласно п. 1 ст. 367 ГК поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства. Таким образом, данная эксцепция является собственным возражением поручителя.

Редуцируя прежнее разъяснение, Пленум, с одной стороны, отсекает лишнее, а именно указание на то, что речь идет о прекращении обязательства по основаниям, установленным законом или договором. С другой стороны, исключив указание о прекращении именно обеспеченного обязательства, а не заменив это выражение по обыкновению

¹ См. абзац второй п. 25 Постановления № 42.

выражением «основное обязательство», Пленум усугубляет методологическое смешение собственных возражений и эксцепций должника. В такой редакции получается, что, раз речь идет о прекращении любого обязательства, это охватывает и прекращение обязательства самого поручителя, а не только обязательства должника. Обязательство поручителя может быть прекращено по собственным основаниям без прекращения основного обязательства. Конечно, такое смешение не должно приводить к ошибкам, поскольку и в том, и в другом случае поручитель имеет возражение, однако с учетом обоснованного выше в обоих случаях мы имеем дело с собственным возражением поручителя.

При оценке такого основания, как прекращение обязательства поручителя, следует учитывать не только ссылку Пленума на общие основания прекращения обязательства (ст. 407 ГК), но и на соблюдение специальных условий отдельных оснований прекращения обязательств. Так, например, согласно п. 2 ст. 414 ГК новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным обязательством, *если иное не предусмотрено соглашением сторон*. Следовательно, если поручитель дает свое согласие отвечать по новому обязательству, поручительство сохраняется, и поручитель теряет свое возражение, либо, если оно получено до новации, это возражение у него не возникает, несмотря на прекращение первоначального обязательства.

(7) *Снижение суммы неустойки*. Данное возражение должника, которым может воспользоваться поручитель, актуально для тех случаев, когда поручительство обеспечивает обязательство по уплате неустойки. Речь идет о явно несоразмерной неустойке, подлежащей уплате именно должником, на что обоснованно указывает Пленум. Если явно несоразмерной оказывается неустойка, установленная договором поручительства за несвоевременное исполнение обязательства поручителя, то такое возражение будет его собственным. Поскольку судебная практика допускает уменьшение явно несоразмерной неустойки по иску самого должника¹ (что делает данную эксцепцию неподлинной, раз она может реализовываться не как защита по иску, а иском порядком), это может ставить вопрос о наличии такого иска у поручителя. Но ясности по данному вопросу в судебной

¹ Определение СКГД ВС от 21 марта 2017 г. № 51-КГ17-2; Определение СКЭС ВС от 20 мая 2020 г. № 305-ЭС19-25950; п. 20 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 25 ноября 2020 г.).

практике именно в отношении поручителя пока нет. Использование в разъяснении термина «*снижение* неустойки» вместо законодательного термина «*уменьшение* неустойки» не имеет правового значения и не подразумевает какого-то особого случая явной несоразмерности неустойки, поскольку, согласно сложившейся терминологической традиции, выражения «уменьшение неустойки» и «снижение неустойки» используются как равнозначные¹.

Это второй пример, который обошелся без редакционных изменений прежней правовой позиции.

(г) Второй и последний абзац комментируемого пункта представляет собой точную цитату п. 5 ст. 364 ГК, и никакого разъяснения здесь не содержится. Прежнее разъяснение по этому вопросу заключалось в суждении о том, что ограничение договором поручительства возражений поручителя, связанных с отношениями кредитора и поручителя, не допускается (п. 2 ст. 9 ГК РФ; ч. 3 ст. 4 АПК РФ)².

Такое положение дел объясняется тем обстоятельством, что ранее ст. 364 ГК п. 5 не имела, поэтому прежнее разъяснение было вынуждено воспользоваться ссылкой на не самую удачную норму п. 2 ст. 9 ГК, равно как и на аналогичное положение процессуального закона. А это нужно было сделать, чтобы парализовать действие диспозитивности п. 1 ст. 364 ГК, который гласит, что поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, *если иное не вытекает из договора поручительства*. Ограничение возражений поручителя повлекло бы дисфункцию поручительства, поскольку при суброгации прав к поручителю он мог бы натолкнуться на возражения должника и оказался бы юридически неспособным получить возмещение своих издержек. Кроме того, невозможность выдвигать возражения, которые мог бы представить должник, превращала бы поручительство в независимое обеспечение, функцию которого в силу особенности выбора российского законодателя выполняет независимая гарантия.

Законодатель посчитал необходимым исправить ситуацию, защитив поручителя от нападков по лишению его прав на возражения, следствием чего явилось включение в ст. 364 ГК процитированного выше нового пункта – п. 5. При этом диспозитивный характер п. 1 указанной статьи остался неизменным, что является дефектом законодательной техники. Коллизия этих пунктов легко устранима методом *lex posterior*

¹ См., например, абзацы первый и второй п. 71 Постановления № 7.

² См. абзац третий п. 24 Постановления № 42.

derogat priori, поскольку названный пункт 5 является более поздним законоположением по сравнению с п. 1. К сожалению, Пленум не указал на упомянутое противоречие прямо, но с учетом описанных выше аспектов даже простая цитата из п. 5 ст. 364 ГК говорит сама за себя, и, как говорится, *sapienti sat*. Кроме того, при рассмотрении [проекта](#) Постановления на заседании Пленума было прямо сказано об устранении указанного противоречия комментируемым абзацем на основании названного выше метода толкования.

17. Поручитель наряду с возражениями, которые возникают в отношениях кредитора и должника, вправе заявлять возражения, которые возникают из отношений кредитора и поручителя. Например, поручитель вправе сослаться на прекращение поручительства как по основаниям, предусмотренным статьей 367 ГК РФ, так и по иным основаниям, а также на ничтожность договора поручительства или на его недействительность как оспоримой сделки, признанной таковой судом. Поручитель вправе предъявить встречный иск о недействительности договора поручительства как оспоримой сделки.

Условия договора поручительства, ограничивающие возражения поручителя, связанные с отношениями кредитора и поручителя, ничтожны (пункт 1 статьи 361 и пункт 2 статьи 168 ГК РФ).

(а) Пленум продолжает этим пунктом разграничение между возражениями должника, которыми может воспользоваться поручитель (предыдущий пункт), и его собственными возражениями. Такое разграничение предпринималось и в прежней правовой позиции¹, но указанная дифференциация не проводилась столь артикулированным образом. В комментируемом пункте предложение первое недвусмысленным образом проводит разделение между возражениями, возникающими в отношениях кредитора и должника в основном обязательстве, и возражениями, возникающими в отношениях между кредитором и поручителем. Надо заметить, что это разграничение имеет, скорее, методологическое значение, поскольку и один вид возражений, и другой одинаково доступны для поручителя (см. также п. «а» комментария к [предыдущему пункту Постановления](#)). Заявляя возражение на досудебной стадии или в процессе, поручитель не обязан давать ему правовую квалификацию, обозначая отнесение возражения к одному или другому виду; ни один, ни другой вид возражений не имеет какой-

¹ См. абзац второй п. 24 Постановления № 42.

то большей юридической силы. Все, что поручитель должен сделать в состязательном процессе, — это выполнить бремя доказывания того фактического обстоятельства, которое дает ему право на возражение. При этом *onus probandi* довлечет над поручителем независимо от того, к какому виду относится соответствующее возражение.

(б) Вслед за прежней правовой позицией Пленум формулирует примерный перечень принадлежащих поручителю возражений, незначительно редакционно изменяя его и переставляя местами такие возражения. По сравнению с ранее данным разъяснением число примерных возражений не изменилось: их по-прежнему три.

(1) *Прекращение поручительства*. Договор поручительства подвержен специальным основаниям прекращения обязательств поручителя (ст. 367 ГК), не характерным для общих оснований (гл. 26 ГК). Соответственно, поручителю доступны возражения против требования кредитора, основанные как на общих, так и на специальных основаниях прекращения обязательства.

(2) *Ничтожность договора*. Как и любому участнику сделки, поручителю принадлежит возражение, основанное на ничтожности договора поручительства. В отличие от ничтожности сделки, из которой возникло основное обязательство, ничтожность самого договора поручительства не предполагает наличие исключений, влекущих сохранение поручительства в отношении обязанности вернуть полученное по сделке (см. п. «в» комментария к предыдущему пункту *Постановления*).

(3) *Оспоримость договора*. Естественно, возражение об оспоримости договора поручительства против требования кредитора доступно, только если эта сделка уже признана недействительной судом. В таком случае правовое состояние приравнивается к случаю с ничтожностью сделки.

Выражение Пленума о праве поручителя на предъявление встречного иска о недействительности договора поручительства *как оспоримой сделки* никак не помогает с ответом на вопрос о доступности заявления поручителем иска о признании договора поручительства ничтожной сделкой. Конечно, такой иск поручителю уже не нужен, когда к нему предъявлен иск о взыскании, ибо он может воспользоваться эксцепцией о ничтожности. Но вправе ли поручитель заявить иск на более раннем этапе отношений? На первый взгляд кажется, что поручителю не нужно предоставлять такой способ защиты, как признание сделки ничтожной, поскольку у него имеется эксцепция о ничтожности, реализация которой — значительно более экономное юридическое средство защиты интереса поручителя. Но, по нашему

мнению, такое ограничение способов защиты поручителя представляется достаточно спорным. Дело в том, что между кредитором и поручителем могут иметься разногласия в отношении квалификации действительности договора поручительства. Следовательно, вплоть до перфекции требования кредитора к поручителю последнему придется пребывать в правовой неопределенности, держать наготове необходимые финансовые средства на случай, если суд отвергнет его возражение. Право должно по возможности служить средством устранения неопределенности в отношениях сторон, поскольку стремление к определенности в имущественных отношениях является вполне законным интересом участников гражданского оборота, который подлежит защите, если это не влечет фундаментального нарушения прав других лиц или всего общества. Трудно подыскать убедительные аргументы, чтобы лишить поручителя такого способа защиты, как вчинение иска о признании поручительства ничтожной сделкой. Никакой пользы от того, что вопрос о действительности договора отдалится по времени до предъявления требования кредитором к поручителю, не имеется.

Как отмечено выше, Пленум обоснованно не делает приведенный им перечень возражений поручителя закрытым. Другие возражения также доступны поручителю исходя из закона и условий обязательства. Например, поручитель может возражать против избыточного притязания кредитора, ссылаясь на ограничение своей ответственности договором поручительства; возражать, ссылаясь на то, что отлагательное условие по договору поручительства не наступило, или возражать, ссылаясь на истечение исковой давности по требованию кредитора к нему, и т.п.

Пленум выводит в отдельное предложение суждение о доступности поручителю встречного иска о недействительности договора поручительства как оспоримой сделки, которое ранее было сформулировано в ряду трех приведенных выше возражений поручительства. Конечно, это правильное изменение, поскольку иск (*actio*) возражением (*exceptio*) не является, а потому прежняя редакция разъяснения была некорректной. Другой вопрос, зачем вообще нужно указание на возможность такого иска, поскольку предъявление встречного иска о признании оспоримой сделки недействительной против иска о присуждении является общим местом в судебной практике. Что же касается достаточно широкой практики необоснованных отказов судов в принятии встречных исков, то едва ли ее можно исправить данным разъяснением.

(в) Во втором и последнем абзаце комментируемого пункта сформулирована несколько неожиданная правовая позиция, прежним подходам судебной практики неизвестная. Пленум объявляет ничтожными условия об ограничении возражений поручителя, связанных с отношениями кредитора и поручителя. В качестве нормативного обоснования для этого вывода приводится п. 1 ст. 361 ГК, содержащий легальную дефиницию договора поручительства. Ссылка на п. 2 ст. 168 ГК в его истолковании в судебной практике¹ позволяет предположить, что упомянутые ограничения рассматриваются как противоречащие существу законодательного регулирования такого обязательства, как поручительство.

Данный подход представляется небесспорным. Конечно, поручитель зачастую является слабой стороной договора и, быть может, заслуживает некоторой повышенной защиты правопорядком, но насколько далеко это может заходить? Если говорить об отказе поручителя от названных выше возражений, то такие условия действительно вызывают сомнения, но ведь это не единственно возможные возражения. Например, что, если договором поручительства будет предусмотрено, что поручитель отказывается от своих возражений, связанных с определенными неблагоприятными последствиями, возникающими в связи с изменением основного обязательства? Неужели поручителю не позволено пойти на такой риск, если правопорядок не опасается того, что он принимает на себя значительно больший риск — банкротство должника в основном обязательстве? Если стороны договора поручительства имеют равные переговорные возможности, поручитель не является слабой стороной, ограничение отказа от любых возражений поручителя представляется избыточным ограничением свободы договора. Кроме того, согласно принятой редакции, Пленум не допускает любых ограничений возражений, стало быть, это распространяется и на такие условия договора, которые не лишают поручителя соответствующего права, но ограничивают его теми или иными условиями, например по форме или порядку заявления возражения, его срокам и т.п. Это тем более кажется недопустимым попранием принципа свободы договоры.

(г) Некоторым своеобразием отличаются возражения поручителя второго уровня, хотя Пленум и не касается этого тонкого вопроса (см. п. «г» комментария к п. 1 Постановления).

¹ См. абзац второй п. 74 Постановления № 25.

Отношения между должником и поручителем после исполнения кредитором

18. К исполнившему обязательство поручителю в соответствующей части переходят принадлежащие кредитором права, в том числе право требовать уплаты договорных процентов, например процентов за пользование займом, неустойки за нарушение денежного обязательства по день уплаты денежных средств должником, а если такая неустойка не предусмотрена законом или договором, то процентов на основании статьи 395 ГК РФ (первое предложение пункта 1 статьи 365, пункт 1 статьи 384, пункт 4 статьи 395 ГК РФ).

Вместо суммы, определенной в указанном выше порядке, поручитель вправе потребовать от должника сумму фактически уплаченного кредитором, а также проценты на основании статьи 395 ГК РФ, начисленные на эту сумму (второе предложение пункта 1 статьи 365 ГК РФ).

Как в первом, так и во втором случае переход прав кредитора к поручителю, исполнившему обязательство перед кредитором, не влияет на течение срока исковой давности по требованиям к должнику (статья 201 ГК РФ).

Если договором поручительства была предусмотрена дополнительная ответственность самого поручителя, например неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства поручителя, поручитель не вправе требовать суммы таких дополнительных санкций от должника (пункт 3 статьи 308 ГК РФ). Равным образом исполнительский сбор, уплаченный поручителем в связи с исполнением решения суда, также не подлежит взысканию с должника (часть 1 статьи 112 Федерального закона от 2 октября 2007 года № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»).

(а) Данным пунктом Пленум переходит к разделу, посвященному постобеспечительным отношениям между должником и поручителем, которые развиваются после исполнения кредитором своего обязательства поручителем.

В абзаце первом комментируемого пункта Пленум использует выражение о переходе *принадлежащих кредитором прав* без уточнения о том, по какому именно обязательству переходят эти права. Однако из контекста ясно, что речь идет о правах кредитора по основному обязательству, а не по иным обеспечительным обязательствам, например к другим поручителям. Это подтверждается хотя бы тем, что в примерном перечне переходящих прав кредитора значится его право на регулятивные проценты, к уплате которых поручитель не обязан.

В разъяснении говорится о переходе соответствующих прав к *исполнившему обязательство* поручителю. Таким образом, имеется в виду наиболее распространенный на практике случай платежа поручителя в пользу кредитора. Пленум не затрагивает вопроса суррогатов исполнения. Прежнее разъяснение прямо предусматривало, что те же последствия наступают в случае предоставления поручителем кредитору отступного или прекращения встречных требований поручителя и кредитора посредством зачета¹. Почему данная правовая позиция не была воспринята Пленумом, предположить затруднительно, поскольку нельзя же воспринимать всерьез, что все разъяснения из п. 13 названного в сноске [Постановления](#) не были учтены Пленумом в силу самого номера этого пункта. Трагическая судьба Ордена тамплиеров, а также всяческие суеверия, связанные с названным числом, здесь явно ни при чем.

Теоретически, да и по закону данная правовая позиция является верной. В том размере, в котором обязательство поручителя прекратилось зачетом или предоставлением отступного, права кредитора в основном обязательстве переходят к поручителю по суброгации. Иного решения логически просто быть не может. Построение для этих случаев отвергнутых нашим правопорядком кондикционного отношения или регресса имеет столько же оснований, сколько и для исполнения обязательства поручителя платежом.

Как уже указывалось, в силу суброгационной концепции к исполнившему обязательство поручителю переходят права кредитора в основном обязательстве. Точнее даже говорить о том, что поручитель занимает место кредитора в основном обязательстве в отношении определенных обязательств в узком смысле. При этом, если поручитель произвел кредитору исполнение в размере 100% от причитающегося с должника по основному обязательству, к поручителю переходят все права, и он становится кредитором по совокупному обязательству должника. Оригинальный кредитор выбывает из обязательства, активной множественности лиц в обязательстве не образуется. Поэтому выражение Пленума о переходе прав «*в соответствующей части*» не вполне точное, поскольку в названном случае никакой части нет — права переходят полностью. Конечно, можно сделать вид, что указанное выражение должно пониматься в том смысле, что в данном случае соответствующей частью является 100%-ая часть, вот только последняя — никакая не часть, а целое.

¹ См. абзац второй п. 13 [Постановления № 42](#).

Пленум приводит *примерный перечень* тех прав, которые переходят к поручителю. Прежнее разъяснение на этом аспекте не фокусировалось, лишь в одном месте упоминались долг, проценты и т.п.¹ Если обратиться к обязательствам, упомянутым Пленумом, с точки зрения их видовой юридической квалификации, то обнаруживается следующий перечень: 1) регулятивные проценты; 2) неустойка за нарушение денежного обязательства; 3) охранительные проценты по ст. 395 ГК. Ясно, что в этом перечне не фигурирует самое главное — основной долг. Кроме того, в обязательствах, обеспечиваемых поручительством, часто встречаются и другие разновидности обязанностей, например банковские комиссии. Нужно также добавить, что к поручителю переходят любые неустойки, а не только за нарушение денежного обязательства.

Пленум использует выражение об уплате *договорных процентов*. Это нельзя понимать как указание на источник, установивший проценты, а только лишь как определение правовой квалификации процентов. Дело в том, что проценты могут определяться по закону, но вместе с тем являться договорными. Так, например, согласно п. 1 ст. 809 ГК при отсутствии в договоре условия о размере процентов за пользование займом их размер определяется ключевой ставкой Банка России, действовавшей в соответствующие периоды.

(б) Анализируя приведенные примеры, нетрудно заметить, что все они относятся к такой материи обязательственного правоотношения, как притязания, т.е. регулятивные и охранительные обязательства. Означает ли это, что к поручителю не переходят другие обязательственные права? Ответ должен быть отрицательным: не означает. Поручитель, занимая место кредитора в обязательстве, приобретает и *другие права*, например секундарные. Более того, на него переходят и соответствующие обязанности, например кредиторские обязанности. Он оказывается связанным и другими условиями основного обязательства, например положением о применимом праве, пророгационной или третейской оговоркой, другими соответствующими положениями, например измененной очередностью зачисления платежей (ст. 319 ГК). Одним словом, он занимает позицию кредитора и находится в том же обязательственном обрамлении, в каком находился и его правопродшественник. При образовании множественности в связи с этим могут возникать некоторые особенности, например распространение на отношения кредиторов правила *nemo subrogat contra se* (см. коммен-

¹ См. абзац первый п. 8 Постановления № 42.

тарий к п. 19 Постановления), или особенности совместной реализации некоторых неделимых секундарных прав, например отдельные случаи по отказу от обязательства или права выбора в альтернативном обязательстве.

(в) Пленум указывает на переход прав «в соответствующей части», не раскрывая, что за этим скрывается. Как уже отмечалось, в самом простом случае полного исполнения поручителем своего обязательства, объем которого тождественен причитающемуся с основного должника, никаких затруднений возникать не должно, ибо никаких частей просто нет. Также не представляет сложности определение состава переходящих прав в случае видового ограничения ответственности поручителя, например, когда договором поручительства предусматривается, что поручитель отвечает только за неисполнение обязательства должника по уплате штрафа. Сложнее обстоит дело, если исполненного поручителем недостает, чтобы покрыть все притязания кредитора в основном обязательстве, и при этом совокупное обязательство должника состоит из юридически разнородных обязанностей (издержки по получению исполнения, регулятивные проценты, основной долг, неустойка и охранительные проценты). Дело усугубляется тем, что ни закон, ни действующее разъяснение, ни текущая судебная практика, ни доктрина не имеют должного решения по данному вопросу. Прежнее разъяснение обращалось к частному случаю этой проблематики, где устанавливалось, что, если в договоре поручительства, помимо отсылки к договору, регулирующему обеспеченное обязательство, содержится только указание на твердую денежную сумму, уплатой которой поручитель ограничил свою ответственность по обязательству должника, судам необходимо исходить из того, что при уплате данной суммы требования кредитора к поручителю погашаются в соответствии со ст. 319 ГК¹. Несмотря на некоторую неясность в редакции, видимо, речь все же велась не столько о погашении требований кредитора к поручителю, сколько об определении того, каковы последствия платежа поручителем при неполном покрытии требований кредитора в основном обязательстве вследствие ограничения обязанности поручителя твердой суммой. Однако это разъяснение, во-первых, страдало от своей же неясности, ибо прямо не указывало на применение ст. 319 ГК для определения тех требований, которые переходят по суброгации, а во-вторых, необоснованно заужало гипотезу применения разъяснения. Дело в том,

¹ См. абзац третий п. 10 Постановления № 42.

что определение состава переходящих прав может потребоваться не только тогда, когда ответственность поручителя ограничена твердой денежной суммой, но и в других случаях.

Возьмем для иллюстрации один из возможных примеров, где упомянутый вопрос встает во весь рост. Предположим, что совокупное обязательство должника составляет 7 млн основного долга, 2 млн регулятивных процентов, 1 млн неустойки, а всего 10 млн. Поручитель уплачивает 2 млн. Какие именно из прав кредитора переходят по суброгации?

(г) Первый аспект, который необходимо рассмотреть помимо затронутых выше, — это возможность определить договором поручительства, какие из прав кредитора переходят в порядке суброгации. Суброгация — это переход прав в силу закона. Общая норма закона о переходе прав на основании закона не предусматривает договорного регулирования такого перехода (п. 1 ст. 387 ГК). Из специальной нормы следует, что правила о переходе прав к поручителю применяются, если иное не предусмотрено договором поручителя *с должником* и не вытекает из отношений между ними. О регулировании отношений по суброгации договором с кредитором, т.е. договором поручительства, ничего не сказано. Тем не менее в силу свободы договора нет никаких препятствий заключить договор между кредитором и поручителем о тех или иных условиях суброгации. Ведь кредитор может просто договориться с третьим лицом об уступке ему конкретных прав требования к должнику на условиях предварительной оплаты определенной суммы в срок, совпадающий со сроком исполнения по основному обязательству, и в исключение из общего правила п. 3 ст. 328 ГК договориться о допустимости взыскания предоплаты по суду, что допускается нашей судебной практикой¹. Каких-то политико-правовых или юридико-технических оснований ограничить свободу договора не усматривается. Напротив, возникающую здесь неопределенность желательно устранить именно договором, поскольку стороны могут учесть свои интересы, приспособив их к структуре обязательства каждого конкретного случая. Но этим выводом ограничиться нельзя, ибо правопорядок должен иметь решение для случая, когда стороны не урегулируют свои отношения о составе переходящих по суброгации прав.

(д) Юридическая разнородность совокупного обязательства должника побуждает законодателя предусмотреть регулирование

¹ Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840.

для стадии исполнения обязательства, но для перехода прав специальной нормы не устанавливается. Согласно ст. 319 ГК сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает прежде всего издержки кредитора по получению исполнения, затем – проценты, а в оставшейся части – основную сумму долга. Дело осложняется тем, что поручитель исполняет свое обязательство, а не обязательство должника, а кроме того, далеко не во всех случаях можно говорить о недостаточности платежа поручителя (например, когда поручитель исполняет свое обязательство полностью, но в силу ограничения ответственности поручителя этой суммы недостаточно, чтобы покрыть все притязания кредитора к должнику, а потому неопределенность с составом переходящих прав все равно будет иметь место). Помимо этого, если совокупное обязательство должника может иметь юридически разнородную структуру, то обязательство поручителя, как правило, юридически однородно. Поручитель имеет денежный долг по договору с обеспечительной каузой. В составе данного обязательства договор не выделяет ни основную сумму долга, ни проценты. Следовательно, формально-юридически платеж поручителя не подпадает под гипотезу ст. 319 ГК. Можно попытаться увидеть пробел в законодательстве в отношении состава переходящих к поручителю прав при суброгации и обосновать его заполнение по аналогии закона с использованием принципов, вытекающих из ст. 319 ГК.

Этот подход в известной мере гармонирует с обеспечительной каузой поручительства, поскольку ст. 319 ГК построена по прокредиторской модели, учитывая именно интерес кредитора. Поручитель в соответствующих случаях стимулируется к полному платежу, поскольку, если его суммы недостаточно для перехода к нему суммы основного долга, на его требования не будут начисляться регулятивные проценты. В тех же случаях, когда неполнота удовлетворения требований кредитора не связана с упречными действиями поручителя (он платит сполна по поручительству), поручитель несет риск невыгодных последствий суброгации по структуре переходящих прав, поскольку это отвечает обеспечительной функции поручительства, которая призвана прежде всего защищать интерес кредитора. Всякое обеспечение правопорядка следует юридически обустроить таким образом, чтобы обеспечительный эффект приближал кредитора к такому финансовому результату, который он получил бы, если обязательство не было нарушено.

Для приведенного примера, таким образом, применение ст. 319 ГК означает, что к поручителю переходит требование об уплате должником регулятивных процентов в размере 2 млн, а у оригинального кредитора остаются требования об уплате 7 млн основного долга и 1 млн долга неустойки.

Хотя изложенная концепция применения ст. 319 ГК является предпочтительной, можно помыслить и другие модели, о чем будет сказано *ниже в п. «з» комментария*.

(е) Еще один аспект, который необходимо рассмотреть, если принимается концепция применения ст. 319 ГК для целей определения состава переходящих прав по суброгации, — это пределы диспозитивности данной нормы. По буквальному смыслу указанной нормы, никаких ограничений диспозитивности не установлено. Однако многолетняя, устоявшаяся судебная практика такие ограничения обнаруживает. Последовательность зачисления в отношении установленных трех очередей исполнения денежного обязательства может быть изменена по соглашению сторон. Но договор не может предусмотреть, что суммы, представляющие собой ответственность за нарушение обязательства (неустойка, охранительные проценты, убытки), не могут зачисляться ранее названных трех очередей¹.

Имеются ли основания отбросить ограничение диспозитивности ст. 319 ГК для определения структуры переходящих по суброгации прав к поручителю? Иными словами, может ли договор поручительства предусмотреть, что к поручителю, например, переходят сначала права по охранительным обязательствам, а затем все остальные? На первый взгляд обеспечительная функция поручительства дает почву для размышления о положительном ответе на этот вопрос. Но, с другой стороны, всякое обязательство идет на пользу кредитора, а не только обеспечительное, однако правопорядок ограничивает интересы кредитора по этому вопросу, охраняя права должника. Несмотря на доктринальную критику данного подхода в судебной практике, равенство правового положения всех должников по любым денежным обязательствам, включая поручителя, наверное, должно перевесить чашу весов сомнения в пользу отрицательного ответа на поставленные вопросы.

(ж) Несколько сложнее может обстоять дело с таким нюансом, который возникает в связи с анализом относимости одной из позиций

¹ См.: п. 11 Постановления № 13/14; п. 1 и 2 Информационного письма № 141; п. 49 Постановления № 7; п. 37 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

в судебной практике по ст. 319 ГК применительно к рассматриваемой проблематике. Речь идет о следующем суждении: судам также необходимо иметь в виду, что положения ст. 319 ГК не являются препятствием для предъявления кредитором до погашения основной суммы долга иска в суд о взыскании с должника неустойки или процентов за пользование чужими денежными средствами¹.

Представим, что в приведенном выше модельном примере кредитор предъявляет иск к поручителю в размере 1 млн, ссылаясь на нарушение должником обязательства и свое право на неустойку. Иными словами, может ли кредитор по своему усмотрению вычленив какие-то обязательства должника из состава его просроченного совокупного обязательства и предъявить их в качестве базы для производного взыскания с поручителя? Вопрос представляется потенциально дискуссионным, но, скорее всего, на него надо дать отрицательный ответ. Иной подход служил бы нелогичным потворством обходу ограниченной диспозитивности ст. 319 ГК. Получалось бы, что правопорядок охраняет интерес поручителя от договорного условия, предусматривающего первоочередность перехода по суброгации охранительных притязаний, но допускает достижение этого результата по произвольному усмотрению кредитора при взыскании. Впрочем, данный вывод справедлив для всякого должника, но, как видим, не поддерживается судебной практикой.

Однако отдельно придется поставить случай, когда должник обязан к уплате только неустойки (например, если поручительство обеспечивает все обязанности должника по основному обязательству, среди которых установлен штраф за непредоставление независимой гарантии, и должник нарушает только эту обязанность). Здесь вопрос об очередности не встает, поскольку нет никаких очередей, последовательность зачисления исполнения по которым определяла бы структуру суброгации. К поручителю в данном случае перейдет право кредитора на неустойку, и только.

(з) Альтернативные подходы к структуре переходящих по суброгации прав также могут быть обоснованы. Одна из таких альтернатив — это определение указанной структуры *по воле кредитора*. Конечно, с точки зрения интереса кредитора это могло бы оказаться для него предпочтительным, однако такое произвольное вмешательство в суброгацию по воле одного лица не видится обоснованным, учитывая, что договорное отношение требует согласованной воли. Кроме того, для такого подхода не имеется нормативных оснований, и он не яв-

¹ См. абзац шестой п. 2 Информационного письма № 141.

ляется универсальным, поскольку оставляет открытым вопрос при пассивности кредитора.

Другая альтернатива — это *пропорциональный переход требований*. Его можно косвенно усмотреть в использовании Пленумом выражения о переходе *прав кредитора в соответствующей части*. Кроме того, нормативное обоснование, по крайней мере косвенно, можно усмотреть в п. 1 ст. 365 ГК, который говорит о переходе прав кредитора в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Юридико-технически такой подход логически непротиворечив и вполне возможен. Делимость денежных требований позволяет избежать конфликта при образовании множественности в каждом из прав кредитора. Таким образом, к поручителю будет переходить соответствующая доля в каждом из притязаний как регулятивного, так и охранительного порядка. Это несколько усложнит расчеты, что, впрочем, не фатально. Но данный подход несколько ослабляет обеспечительный эффект поручительства, снимая указанные выше стимулы и распределяя риски между оригинальным кредитором и суброгационным кредитором в пользу последнего, что не согласуется с обеспечительной целью поручительства. Кроме того, он не может быть универсальным, например, в случае ограничения ответственности поручителя суммой долга по основному обязательству. В этом случае едва ли будет логично распределить уплаченную поручителем сумму между другими, например, охранительными обязательствами должника и считать, что по суброгации к поручителю перешли все права кредитора в соответствующей уплаченному пропорции, а не только лишь требование по сумме долга в основном обязательстве. С уверенностью трудно сказать, действительно ли, используя выражение о переходе требований «в соответствующих частях», Пленум имел в виду пропорциональную концепцию. Поэтому предпочтительной является концепция применения ст. 319 ГК для определения состава переходящих по суброгации прав.

(и) В примерном перечне прав, переходящих к поручителю по суброгации, Пленум называет право требовать уплаты «неустойки за нарушение денежного обязательства *по день уплаты денежных средств должником*». Надо учитывать, что это всего лишь пример, выбранный, видимо, исходя из наиболее распространенной ситуации на практике. Кроме того, данное выражение соответствует другому разъяснению, посвященному ответственности, в котором указано, что по смыслу ст. 330 ГК истец вправе требовать присуждения неустойки по день фактического исполнения обязательства (в частности, фактической

уплаты кредитору денежных средств, передачи товара, завершения работ)¹. Правда, далее в отношении охранительных процентов в комментируемом фрагменте почему-то такого добавления нет, хотя в том же разъяснении в отношении названных процентов сказано, что проценты за пользование чужими денежными средствами по требованию истца взимаются по день уплаты этих средств кредитору².

Неустойка, как известно, не всегда является текущей санкцией, т.е. периодическим платежом за просрочку исполнения. Она может быть установлена в качестве паушального штрафа за то или иное нарушение. Соответственно, приведенное добавление – по день уплаты денежных средств – к такому случаю неприменимо. Кроме того, довольно распространенным случаем является установление договором ограничения верхнего порога ответственности должника, и здесь данное уточнение также будет неуместным. Помимо этого, поскольку поручительством могут обеспечиваться неденежные обязательства, неустойка может быть связана с их неисполнением, и нет никаких препятствий к ее переходу по суброгации. Выражение же Пленума о неустойке *за нарушение денежного обязательства* не должно восприниматься как такое препятствие.

(к) Разъяснение в части охранительных процентов тоже подлежит уточнению. Пленум указывает, что право на такие проценты переходит к поручителю, если неустойка за нарушение денежного обязательства *не установлена законом или договором*. Нормативным основанием для этого суждения является п. 4 ст. 395 ГК, который предусматривает, что в случае, когда соглашением сторон предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, предусмотренные настоящей статьей проценты не подлежат взысканию, если иное не предусмотрено законом или договором. В специальном разъяснении к данной норме указывается, что в этом случае взысканию подлежит неустойка, установленная законом или соглашением сторон, а не проценты, предусмотренные ст. 395 ГК³. Но дело заключается в том, что указанная норма закона с очевидностью является диспозитивной, поэтому ничто не мешает сторонам установить договором, что неустойка подлежит уплате наряду с названными процентами. Конечно, в такой договоренности мало практического смысла, но иррациональность сторон не обессиливает их воли.

¹ См. п. 65 Постановления № 7.

² См. там же, п. 48.

³ См. там же, п. 42.

Кроме того, стороны основного обязательства могут договориться, как это было в прежней судебной практике¹, что кредитор вправе по своему выбору потребовать уплаты неустойки или охранительных процентов. В таком случае необходимо определить, какие юридические метаморфозы происходят в отношениях сторон, когда кредитор предъявляет соответствующее требование к поручителю. Ситуация на первый взгляд не составляет особого осложнения, когда кредитор реализует свое секундарное право на выбор предмета исполнения по охранительному обязательству, заявив о соответствующем притязании (по неустойке или охранительным процентам) должнику. При таком выборе кредитора одной из альтернативных обязанностей обязательство перестает быть альтернативным². Требование кредитора об уплате неустойки или об уплате охранительных процентов является односторонней сделкой, которая преобразует альтернативное обязательство в ординарное, и должник становится обязанным к уплате того, что выбрал кредитор, причем ретроактивно – с момента нарушения обязательства. Последующая уплата поручителем соответствующей суммы кредитору означает, что к нему перейдет право кредитора по тому обязательству должника, которое выбрал кредитор. Но что, если кредитор после просрочки должника, не осуществив никакого выбора, заявляет требование поручителю? Вправе ли поручитель по аналогии с разъяснением Пленума в отношении альтернативных обязательств³ потребовать от кредитора осуществить выбор, определившись, что включает его требование – сумму, корреспондирующую неустойке или охранительным процентам? Если у должника в основном обязательстве имеется правомочие на побуждение кредитора в реализации его секундарного права для целей приведения отношения к определенности по предмету его обязанности, то поручитель едва ли имеет такой интерес. После уплаты кредитору причитающегося к поручителю переходит соответствующее право по альтернативному охранительному обязательству вместе с секундарным правом выбора, которое он может реализовать своей волей и в своем интересе. Это отвечает эффективной защите его прав, поскольку в своих дальнейших отношениях с должником он может осуществить выбор, сообразовав его со своей выгодой. Например, в условиях роста ключевой ставки по охранительным процентам она может превысить размер неустойки

¹ См. п. 6 Постановления № 13/14.

² См. п. 43 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

³ См. там же, п. 45.

так, что суброгационному кредитору (поручителю) станет предпочтительнее выбрать охранительные проценты, а не неустойку. Если бы поручитель побудил кредитора осуществить выбор до перехода к нему прав, он лишил бы себя секундарного права, получив требование по безальтернативному охранительному обязательству.

Сложность с изложенным обоснованием заключается в том, что имеется иное решение, которое основывается на одном разъяснении Пленума в отношении альтернативных обязательств. Оно предусматривает, что не является альтернативным обязательство, предмет которого определен, но кредитору предоставлено право выбора из нескольких предусмотренных законом способов защиты своего нарушенного права¹. Если применить данное суждение к приведенному выше казусу, то выбор кредитора в основном обязательстве не имеет преобразовательного эффекта, как это имеет место в альтернативных обязательствах. Таким образом, платеж поручителя всегда влечет переход к нему требования по охранительному обязательству с правом выбора. Однако данная концепция может вызывать сомнения в связи с принципом определенности в отношении должника. Например, в связи с просрочкой должника в приведенном примере кредитор потребовал от него уплаты неустойки, после чего получил исполнение от поручителя. В дальнейшем ключевая ставка была увеличена так, что поручителю выгоднее требовать охранительных процентов, каковые он и заявляет в иске к должнику, ссылаясь при этом на то, что требование оригинального кредитора преобразовательного эффекта не имеет, ибо охранительное обязательство с правом выбора не является альтернативным. Здесь может вставать вопрос о наличии оснований для применения принципа *venire contra factum proprium non valet* (он же эстоппель), однако неочевидно, действительно ли поведение правопреемника кредитора (поручителя) является недобросовестно противоречивым, особенно учитывая то обстоятельство, что поручитель мог и не знать о заявленной оригинальным кредитором претензии.

Еще одно осложнение может иметь место в случае, когда кредитор получает от поручителя лишь часть причитающегося по охранительному обязательству. Вследствие суброгации возникает активная множественность в охранительном обязательстве с правом выбора. Даже если отказать этому обязательству в свойстве альтернативного обязательства, как это делает Пленум, лишить кредитора права выбора совершенно невозможно. В такой ситуации данное право выбора

¹ См. п. 42 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

вследствие делимости предоставления должника тоже делится, причем каждый из кредиторов вправе реализовать его в своем интересе автономно. Едва ли это является реалистичным, но гипотетически такое положение дел может приводить к тому, что должник будет обязан одному кредитору уплачивать неустойку, а другому — охранительные проценты.

(л) Разъяснение абзаца второго комментируемого пункта является новой правовой позицией, ранее нашему праву неизвестной, и оно вызывает ряд вопросов. Пленум явным образом противопоставляет это свое разъяснение суброгационному порядку, изложенному в предыдущем абзаце. На первый взгляд может показаться, что введение такой альтернативы изменяет правовую природу прав поручителя в отношении должника (регрессная концепция). Но из следующего абзаца («Как в первом, так и во втором случае *переход прав* кредитора к поручителю...») вроде бы становится ясно, что никакого изменения нет: эти права — по-прежнему следствие суброгации (хотя тут все не просто, что будет продемонстрировано ниже). Стало быть, речь идет только об альтернативном определении суммы притязания, но никакой альтернативы быть не может, ибо сумма притязания предопределена суброгацией.

Это означает, что все равно придется разбираться, какие права перешли к поручителю, а какие остались у оригинального кредитора и в каком объеме. Иначе возникнет проблема с неустойкой и (или) охранительными процентами, а также с регулятивными процентами в случае, когда исполненное поручителем не покрывает все притязания кредитора по основному обязательству. Если данные права вместе с частью долга перешли к поручителю, но он определил свою сумму по альтернативному методу, то кому принадлежат права на неустойку и проценты за последующие после исполнения поручителя периоды? Поручитель прощает соответствующие суммы должнику, или указанные права остаются у оригинального кредитора? Вопросы можно множить дальше. Создается впечатление, что хотели найти простое решение для определения суммы притязания поручителя к должнику, но такие решения далеко не всегда самые лучшие.

Указание на добавление к фактически уплаченному требования о процентах базируется на одном фрагменте предложения второго п. 1 ст. 365 ГК. Согласно данному предложению поручитель также вправе требовать от должника *уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору*, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника. В части процентов данная норма

ранее понималась в том смысле, что поручитель вправе требовать процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, начисляемых на всю сумму, выплаченную кредитору с момента такой выплаты¹. Это по существу было своего рода исключением, поскольку названные охранительные проценты начислялись в отдельных случаях, в том числе фактически на суммы ответственности. Однако такой прежний подход можно было понять и как определение законодателем своего рода платы за кредитование, которое осуществляет поручитель, исполняя свое обязательство и удовлетворяя кредитора должника, за что тот должен вознаградить поручителя. Более того, в этом есть определенный смысл, и начисление процентов несложно обосновать с политико-правовой точки зрения. Ведь поручительство предоставляет должнику доступ к кредиту; это своего рода услуга, оказываемая поручителем должнику, а проценты можно рассматривать как своеобразную плату за такую услугу (о процентах *см. также п. «т» комментария ниже*). Но теперь это прежнее разъяснение признано не подлежащим применению² и заменено новой концепцией, суброгационные черты которой ускользают от понимания, а потребность в ее необходимости также туманна. Создается еще одно впечатление, что она порождена на свет, чтобы найти упомянутым в предложении втором п. 1 ст. 365 ГК процентам более соответствующее систематике обязательственного права место и не допускать исключения из правила о том, что ответственность не применяется к обязательствам, которые сами представляют собой меры ответственности (ответственность на ответственность). Насколько меры ответственности применимы к охранительным обязательствам — отдельный вопрос, и он выходит за рамки данного комментария; отметим лишь, что этот феномен известен обязательственному праву и попытка его точечного удаления в отношении обсуждаемой проблематики поручительства ничего не решает. Соотношение абзацев первого и второго может привести к такому пониманию, что при первом методе определения суммы требований поручителя охранительные проценты на сумму, уплаченную кредитору, не начисляются, а при втором — начисляются. Но и это наше впечатление не может ужиться с предложенной альтернативой, поскольку, если уплаченное поручителем покрывает сумму причитающихся кредитору по основному обязательству неустойки и (или) охранительных процентов, все равно получается, что проценты начисляются по существу

¹ См. п. 18 Постановления № 13/14.

² См. абзац второй п. 55 комментируемого [Постановления](#).

на проценты. Соответственно, по-прежнему остается неясным вопрос о том, как проценты, заявленные вместо предусмотренного в абзаце первом порядка, соотносятся с процентами, права на которые переходят по суброгации. Кроме того, отыскивая место для применения процентов, упомянутых в обсуждаемой норме, Пленум никак не отреагировал на положение о возмещении загадочных «иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника». Кажется, что ясности было бы больше, не будь такой альтернативы, или по крайней мере это была бы привычная неясность.

При рассмотрении [проекта](#) Постановления на заседании Пленума было сказано, что норма предложения второго п. 1 ст. 365 ГК описывает принципиально иной, в отличие от суброгации, механизм возмещения поручителем исполненного им кредитором; прямо указывалось, что данный механизм больше напоминает *регресс*, когда поручитель может требовать лишь сумму исполненного и проценты, начисленные на эту сумму. Далее отмечалось, что разъяснение предлагает два способа расчета причитающегося поручителю, что соответствует буквальному значению п. 1 ст. 365 ГК, отвечает принципу частной автономии, предоставляя выбор поручителю, и сохраняет определенность правового положения должника, поскольку исковая давность в любом случае будет исчисляться по правилам о суброгации. Может быть, поэтому Пленум не воспринял прежнее разъяснение, согласно которому положения ГК о регрессных требованиях (например, п. 3 ст. 200, подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК) не подлежат применению к отношениям между поручителем, исполнившим свое обязательство перед кредитором, и должником¹.

Получается, что указание в тексте на переход прав как в одном, так и в другом случае на самом деле следует понимать как суброгацию в одном случае и регресс в другом случае, но исковая давность исчисляется по правилам о суброгации в обоих случаях. Это несколько расходится с терминологической традицией, поскольку под регрессом обычно понимается не переход права, а возникновение у регрессного кредитора нового требования. Кроме того, выходит, что Пленум выявил особую разновидность регрессного требования (регресс с суброгационной давностью), по которому исковая давность исчисляется по правилам о суброгации, что доселе обязательственному праву известно не было. Насколько такие юридические гибриды жизнеспособны, покажет практика.

¹ См. абзац третий п. 13 Постановления № 42.

Если суды воспримут эту альтернативную *регрессную концепцию* возмещения издержек поручителя, истолковывая текст Пленума в совокупности с **докладом проекта** на заседании Пленума, то необходимо рассмотреть последствия этого нововведения в нашей юриспруденции.

Определенность в правовом положении должника, о которой было сказано, вызывает большие сомнения. Да, в отношении исковой давности его положение улучшается, поскольку регрессное требование в исключение из общего правила (п. 3 ст. 200 ГК) оказывается с урезанной давностью, а новое регрессное требование каким-то неведомым и несогласным с юридической логикой образом возникает с уже частично истекшим сроком давности. Но в остальном его положение, и не только его, оказывается весьма двусмысленным. Дело в том, что право выбора из двух альтернативных методов принадлежит поручителю и не является его обязанностью, а кроме того, не ограничено разумным сроком. Поручитель может бездействовать достаточно длительное время, поскольку юридически ему угрожает лишь истекающая давность. Все это время ни должник в основном обязательстве, ни предоставившие другое обеспечение лица, ни другие кредиторы должника не знают, по каким правилам придется отвечать должнику. Если поручитель выберет суброгацию, значит, основное обязательство все еще не прекратилось со всеми вытекающими отсюда последствиями. Если поручитель выберет регресс, окажется, что основное обязательство уже прекратилось в прошлом. Хотя и это не вполне ясно, поскольку непонятно, как это соотносится с утверждением следующего абзаца о переходе прав.

При пассивности поручителя, исполнившего свое обязательство перед кредитором, должник не знает, как ему вести себя дальше. Такое осложнение при суброгационном методе не возникает. Кроме того, остается неясной судьба самого основного обязательства. Прекращается ли оно выбором регрессного метода поручителем и в какой части? Продолжающаяся просрочка должника может повлечь накопление новых регулятивных и охранительных процентов, неустоек, убытков — какова их судьба? Или теперь имеет значение только просрочка по регрессному обязательству? Видимо, следует считать, что, если кредитор не получил полного исполнения причитающегося с должника, он остается управомоченным в оставшейся части, а в остальной части обязательство прекращается исполнением, произведенным по обязательству поручителя. Стало быть, должник становится обязанным перед поручителем по регрессному обяза-

тельству, а перед кредитором — в оставшейся части по основному обязательству. Здесь также возникнет обсуждавшийся выше вопрос: какова структура оставшейся части?

Регрессная концепция может столкнуться с банальными, но весьма практическими затруднениями, особенно для непрофессиональных поручителей — обывателей. Из выражения Пленума следует, что поручитель вправе выбрать суброгацию или регресс. Но что, если поручитель вчинил иск, не обозначая своего выбора, а притязая на некоторую сумму, указание на которую не дает понимания, какое требование заявлено? Что же делать судье? Спросить у истца, что он имеет в виду — регресс или суброгацию? И какой ответ ожидается от обывателя, который представляет в суде сам себя? Он едва ли поймет, о чем его спрашивают. Придется выбирать судье. Но ведь право принадлежит не судье, а истцу.

Кроме того, регрессный метод вызовет сложности с возражениями должника, связанными с его отношениями по основному обязательству с кредитором. Регрессное требование, несмотря на все метаморфозы с исковой давностью, все же остается новым требованием, не тождественным тому, что возникло из обеспеченного поручительством обязательства (если только эта разновидность регресса не начнет и дальше обростать неведомыми юридическими свойствами). Получается, что должник теряет все возражения, которые он мог бы противопоставить поручителю (п. 1 ст. 366 ГК). Это, конечно, общая проблема регресса, но расширение сферы его применения усугубляет и данное затруднение.

Досрочное исполнение поручителем своего обязательства потребует отыскания дополнительных оснований для того, чтобы предотвратить предъявление регрессным кредитором (поручителем) требования к должнику до наступления срока исполнения в основном обязательстве, ведь регрессное требование является новым требованием, и срок в основном обязательстве его никак не ограничивает.

Регрессная концепция ставит методологический вопрос в отношении применения множества положений всего [Постановления](#). Видимо, придется всякий раз анализировать, подлежит ли то или иное разъяснение Пленума применению к такому случаю, когда поручитель выбрал регрессную концепцию реализации своего интереса. Например, в период рассмотрения спора в суде поручитель исполнил основное обязательство (п. 50 [Постановления](#)). Вправе ли он требовать процессуальной замены, как сказано в этом разъяснении? По классической регрессной модели, требование поручителя является новым, и он мо-

жет защищать его только самостоятельным иском. Но в комментируемом пункте Пленум указывает на переход прав и в этом случае (нежизнеспособный гибрид суброгации и регресса), и тогда он вправе требовать такой замены. Но как можно ее провести, если исковое требование кредитора юридически разнородно (например, долг, неустойка, регулятивные проценты)? В какой части ее нужно производить при несовпадении размера притязаний? Или при регрессе все же нет оснований для процессуальной замены, и поручитель не вправе вступить в процесс, начатый кредитором?

Вопросы и controверзы, связанные с регрессным методом, можно множить и дальше, но изложенного уже достаточно, чтобы усомниться в полезности его введения. Не всегда заимствование европейских подходов идет на пользу, ибо и эти подходы порой далеко не идеальны и, кстати сказать, критикуются самими европейцами.

Положение дел сглаживает то обстоятельство, что регрессная концепция едва ли будет воспринята разумными и осмотрительными поручителями. Дело в том, что она во многих случаях экономически невыгодна поручителю, поскольку, выбрав регрессный метод, поручитель не получает обеспечение, право начислять за дальнейшую просрочку должника регулятивные и охранительные проценты, законную или договорную неустойку, а также все другие преимущества, которые были предусмотрены договором в пользу кредитора. Переход на регрессный метод имеет экономический смысл для поручителя, только если суброгационная концепция не дает ему никакой защиты от дальнейшей просрочки должника (например, когда должник остался обязанным только к уплате штрафа и по суброгации к поручителю только это право и перейдет).

(м) Если в п. 14 **Постановления** Пленум обращал внимание на то, что переход прав кредитора к исполнившему поручителю не влияет на течение срока исковой давности по соответствующим требованиям к другим отдельным поручителям или залогодателям, то в абзаце третьем комментируемого пункта с опорой на ту же ст. 201 ГК обращается внимание на такой же вывод в отношении перешедших прав требований к должнику.

Пленум, возможно, понимая, что сформулированный им второй альтернативный метод определения суммы притязания поручителя к должнику является регрессом, особо указывает на неизменность течения исковой давности *как в первом, так и во втором случаях*, указанных в предыдущих абзацах данного пункта. Кроме того, как отмечалось выше, из этого разъяснения буквально следует, что и в первом,

и во втором случае речь идет о переходе прав, хотя второй случай, судя по всему, относится к регрессу.

(н) Сравнение суброгационной и регрессной концепций возмещения издержек поручителя, понесенных в связи с удовлетворением требований кредитора, в контексте исковой давности показывает, что регрессная концепция более предпочтительна для поручителя. По регрессному требованию давность начинает течь только при платеже поручителем кредитору (п. 3 ст. 200 ГК). При суброгации поручитель получает требование к должнику с частично истекшим сроком исковой давности. В каких-то случаях при суброгации на границе указанного срока интересы поручителя могут пострадать, поскольку он не успеет остановить течение давности вчинением иска к должнику. Но этот риск отчасти управляем самим поручителем, и в соответствующих случаях тактически ему не следует затягивать с удовлетворением требования кредитора, с тем чтобы успеть получить права по суброгации и остановить течение давности. В каких-то особых ситуациях крайне задавленной реализации прав кредитора в отношении поручителя действия кредитора можно квалифицировать как недобросовестные, и поручитель должен получить защиту своего интереса. Например, если кредитор имеет право бесспорного взыскания средств с поручителя и реализует это секундарное право в последний день срока исковой давности по требованию к должнику, появляются основания для обсуждения недобросовестности кредитора. Схожий случай может возникнуть при крайне задавленном учинении исполнительной надписи нотариуса. Кредитор имеет перед поручителем фидуциарные обязанности; преследуя свой интерес, он также не должен пренебрегать интересом поручителя, за счет которого он получает удовлетворение по существу в обмен на суброгацию требования. Следовательно, он должен действовать таким образом, чтобы у поручителя имелась реальная возможность защиты перешедших к нему прав.

(о) Объем обязательства поручителя в качестве общего правила определяется объемом притязаний кредитора к должнику в основном обязательстве (п. 2 ст. 363 ГК). Обеспечительный характер обязательства поручителя выделяет его в ряду других обязательств по уплате долга, поскольку последний произведен от причитающегося с должника в основном обязательстве и чаще всего подвержен увеличению по причине нарастающей просрочки последнего. В подавляющем большинстве случаев требование кредитора предъявляется к поручителю, когда отношения кредитора и должника перешли на правоохранительную стадию, характеризующуюся тем, что у должника появляются

дополнительные обязанности, представляющие собой ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (убытки, охранительные проценты, неустойка). Данные суммы ответственности как бы транслируются в долг поручителя (эффект *акцессорной трансляции*), поэтому стандартная модель отношений предопределяет то обстоятельство, что чем дольше просрочка самого поручителя, тем больше она вбирает в себя просрочку должника, наполняя объем долга поручителя дополнительным бременем увеличения обязанности поручителя. Это естественным образом стимулирует поручителя к пресечению просрочки, чтобы сократить риск оттока собственной финансовой ликвидности. Это же обстоятельство служит достаточно эффективным механизмом компенсации потерь кредитора от неисполнения обязательства должником в основном обязательстве, ведь по общему правилу все суммы его ответственности перекладываются на поручителя. Потому арбитражная практика исходила из того, что поручитель, не исполнивший своего обязательства перед кредитором, несет перед кредитором самостоятельную ответственность только в случае установления такой ответственности в договоре поручительства¹. Тем не менее практика свидетельствует, что некоторые кредиторы стремятся еще больше усилить свою защиту и повысить стимулы для поручителя к прекращению его собственной просрочки. Это выражается, в частности, в том, что договором поручительства предусматривается, например, *неустойка* в виде пени за *собственное нарушение обязательства поручителем*. Если и должник обязан к уплате пени, экономически кредитор претендует на получение двух сумм неустойки: одна сумма транслируется нарастающим итогом в долг поручителя, увеличивая его объем, а другая нарастает на сам долг поручителя. И прежняя практика², и действующее разъяснение в комментируемом пункте допускают такое положение дел.

(п) Суброгационная концепция влечет переход к исполнившему обязательство поручителю в том числе требований, представляющих собой ответственность должника перед кредитором, включая и суммы неустойки, если они определяли объем его ответственности. Но собственная неустойка поручителя в состав переходящих прав не входит. За собственное нарушение поручитель отвечает сам, и переложить ее на должника он не имеет права. Эту неустойку он принимает на себя. Если прежняя позиция недопустимости взыскания такой неустойки

¹ См. п. 12 Информационного письма № 28.

² См. абзац второй п. 11 Постановления № 42.

с должника обосновывалась ссылкой на правило о суброгации (абзац четвертый ст. 387 ГК), то Пленум обосновывает это принципом относительности, ссылаясь на п. 3 ст. 308 ГК. Действительно, должник в договоре поручительства в качестве стороны не участвует, а потому данное обязательство не может создать для него обязанности. И то, и другое обоснование допустимо, а отказ Пленума обосновать свое суждение абзацем четвертым ст. 387 ГК, конечно, не может восприниматься как утверждение об обратном; *собственная неустойка поручителя по суброгации переходить не может*, ибо она сразу же возникает в лице поручителя, а не переходит от кредитора в основном обязательстве.

(р) Означает ли рассматриваемое разъяснение о собственной неустойке поручителя, что ее уплата никогда не может негативным образом отразиться на имуществе должника? Думается, ответ должен быть отрицательным: не означает. Как уже отмечено, Пленум обоснованно ссылается на п. 3 ст. 308 ГК в том смысле, что должник в основном обязательстве не является стороной такого вида обязательства, как поручительство. Но специфика отношений по поручительству такова, что в связи с заключением договора поручительства у должника в основном обязательстве возникают некоторые обязанности. Эти его обязательства перед поручителем возникают на основании закона, но также могут быть предусмотрены или конкретизированы непоименованным (упомянутым) договором между поручителем и должником. Но и при отсутствии такого договора у должника возникнет, например, обязанность, предусмотренная п. 1 ст. 366 ГК. Из этой нормы следует (с учетом исправления опечатки), что должник, извещенный поручителем о предъявленном к нему кредитором требовании или привлеченный поручителем к участию в деле, *обязан* сообщить поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против этого требования и предоставить имеющиеся у него в подтверждение этих возражений доказательства. Та же норма предусматривает последствия нарушения данной обязанности в виде лишения должника соответствующих возражений. Но означает ли это, что установленное законом последствие нарушения обязанности исключает действие общего универсального последствия нарушения любой обязанности в обязательственном праве — возмещение убытков? Не означает, поскольку закон не исключил возникновение ответственности в данном случае (ст. 401 ГК). Специальные последствия нарушения обязанности не лишают управомоченное лицо (поручителя) требовать возмещения причиненных ему невыполнением данной обязанности убытков, если

только эти последствия не компенсируют потери кредитора. Если поручитель, действуя в интересе должника и имея обоснованные сомнения в основательности требования кредитора, не производит пока исполнения кредитору, запросив соответствующие доказательства у должника, но тот нарушает указанную обязанность, то поручитель должен иметь право взыскать убытки, которые он несет, уплачивая собственную неустойку по договору поручительства. Размер этих убытков определяется каждый раз индивидуально по общим правилам и с учетом причинно-следственной связи между бездействием должника и уплаченной или подлежащей уплате кредитору неустойки за определенный период просрочки.

(с) Пленум указывает на установление договором поручительства *дополнительной ответственности самого поручителя*, в связи с чем требуется уяснение, в каком смысле следует понимать такую дополнителность. Имеется ли в виду, что у поручителя есть основная ответственность, и в этом смысле установленная договором поручительства неустойка и является дополнительной ответственностью? Видимо, имелось в виду не это, что усматривается в указании на ответственность *самого* поручителя. Возможно, такая редакция принята исходя из того понимания, что ответственность должника определяет объем обязательства поручителя и это компенсирует потери кредитора, поскольку через увеличенный на данную ответственность объем обязательства поручителя он и получает фактически суммы ответственности должника, но это не ответственность самого поручителя, которую следует устанавливать дополнительно. Тем не менее нельзя исключать и другого понимания указания на эту пресловутую дополнителность. Дело в том, что никакого ограничения ответственности поручителя закон не устанавливает. Следовательно, как и по всякому обязательству, должник его нарушивший, отвечает по общим основаниям, т.е. прежде всего обязан возместить убытки, а договорная неустойка потому и является дополнительной. Другое дело, что при определении размера убытков и самого факта их наличия следует учитывать те суммы, имеющие компенсационный для кредитора характер, которые он получает от поручителя в виде долга, но этот последний может определяться с учетом сумм убытков, неустойки и (или) охранительных процентов по основному обязательству (эффект акцессорной трансляции). Кроме того, поскольку обязательство поручителя является денежным, при просрочке в его исполнении кредитор имеет право на охранительные проценты, которые, как и неустойка, носят зачетный характер по отношению к убыткам.

(т) В отношении охранительных процентов, которые начисляются на сумму, причитающуюся кредитору по договору поручительства, ввиду просрочки поручителя, можно усмотреть дополнительную правовую неопределенность. Дело в том, что первое историческое разъяснение об этих процентах¹, как уже указывалось выше, признано не подлежащим применению (абзац второй п. 55 [Постановления](#)). В этой части такой исход следует приветствовать, поскольку содержащиеся там положения были внутренне противоречивыми, ибо предлагалось считать, что охранительные проценты подлежат взысканию в пользу кредитора, но в порядке и размере, определенных основным обязательством. Что касается прежнего разъяснения для арбитражных судов, то действующим разъяснением оно не воспринято. Ранее предусматривалось, что в договоре поручительства может быть установлена неустойка за неисполнение либо ненадлежащее исполнение поручителем обязательств по договору поручительства перед кредитором, и к этому добавлялось: однако такая неустойка (либо проценты за пользование чужими денежными средствами по ст. 395 ГК) не может быть взыскана поручителем с должника при предъявлении к последнему требования на основании абзаца четвертого ст. 387 ГК. Из контекста этого прежнего разъяснения становилось понятным, что кредитор вправе взыскивать с просрочившего поручителя охранительные проценты в общем порядке, как и с любого просрочившего должника по денежному обязательству. Поскольку аналогичного разъяснения в комментируемом [Постановлении](#) не обнаруживается, это умолчание может быть понято двояко: во-первых, так, что Пленум не считает возможным взыскание с поручителя его собственной суммы ответственности в виде охранительных процентов, поэтому он и рассматривает только случай дополнительно установленной договором неустойки; во-вторых, напротив, дополнительная договорная неустойка обсуждается специально ввиду того, что данное обстоятельство либо может иметь место, либо нет, а охранительные проценты могут быть взысканы всегда, ибо у поручителя обязательство денежное, а потому разъяснять это не имеет смысла, так как это обычное последствие нарушения всякого денежного обязательства.

Если же имелось в виду, что охранительные проценты не подлежат взысканию с поручителя при его просрочке, поскольку интерес кредитора и так компенсируется увеличивающимся в связи одновременной просрочкой должника объемом обязательства поручителя (этот

¹ См. п. 17 [Постановления № 13/14](#).

объем постоянно пополняется возрастающим размером ответственности должника в основном обязательстве), то такой мотив вызывает возражения. Дело в том, что в случае ограничения ответственности поручителя размером основного долга или определенной суммой просрочка поручителя наряду с текущей просрочкой должника может не отражаться в размере его долга, т.е. названный эффект трансляции не будет иметь места в полной мере (ограниченный эффект акцессорной трансляции, ограниченная динамическая акцессорность объема (см. п. «б» комментария к п. 1 Постановления)). Как и всякий кредитор при просрочке денежного обязательства, кредитор по договору поручительства должен иметь право компенсировать свои потери за счет сумм охранительных процентов, если договором не предусмотрено иное. Возможные опасения сверхкомпенсации кредитора лучше разрешать за счет уменьшения процентов при их явной несоразмерности последствиям неисполнения обязательств с учетом объема ответственности, возросшего от эффекта акцессорной трансляции. Правда, для этого в соответствующих случаях потребуются ограничительное толкование п. 6 ст. 395 ГК, который не допускает уменьшение процентов ниже ключевой ставки Банка России. Такое толкование действующей судебной практике неизвестно¹.

Еще больше запутывает дело то обстоятельство, что разъяснение оперирует понятием предусмотренной договором поручительства *дополнительной ответственности самого поручителя*, а неустойка за нарушение обязательства приводится в качестве примера. Какая еще дополнительная ответственность может быть предусмотрена договором? Заранее определенные убытки в нашем правопорядке имеют неопределенное положение, и вряд ли они имелись в виду; возмещение обычных убытков предусматривать договором нет смысла: они и так предусмотрены законом; охранительные проценты за неисполнение денежного обязательства также предусмотрены законом. Может быть, Пленум все же имел в виду, что собственной ответственности за просрочку у поручителя, в том числе в виде охранительных процентов, нет, но ее можно установить договором?

Исключение собственной ответственности поручителя в расчете на эффект акцессорной трансляции концептуально видится весьма спорным, поскольку это стимулирует поручителя к надлежащему исполнению своего обязательства, а также не во всех случаях влечет надлежащую компенсацию потерь кредитора (ограниченная динами-

¹ См. п. 48 Постановления № 7.

ческая акцессорность объема). Приведем пример: должник исполнил основное обязательство, за исключением штрафа. Кредитор предъявляет требование к поручителю в отношении этого штрафа; если договором поручительства не предусмотрена собственная ответственность поручителя, сколь угодно долгое уклонение поручителя от исполнения своего обязательства никаких негативных последствий этого для него не влечет. Такое положение дел нельзя признать удовлетворительным и справедливым.

(у) Прежнему разъяснению правовая позиция о том, что уплаченный поручителем *исполнительский сбор* не подлежит взысканию с должника, известна не была. Согласно ч. 1 ст. 112 Закона об исполнительном производстве, на который ссылается Пленум, исполнительский сбор является денежным взысканием, налагаемым на должника в случае неисполнения им исполнительного документа в срок, установленный для добровольного исполнения исполнительного документа, а также в случае неисполнения им исполнительного документа, подлежащего немедленному исполнению, в течение суток с момента получения копии постановления судебного пристава-исполнителя о возбуждении исполнительного производства. Исполнительский сбор зачисляется в федеральный бюджет.

Коль скоро речь идет о сборе, уплаченном поручителем, мы имеем дело со случаем, когда кредитор добился защиты своих прав в юрисдикционном, чаще всего судебном, порядке и не исполнил добровольно решение суда. Конечно, поручитель не лишается права защищать свои интересы, добиваясь отмены вступившего в законную силу решения суда о взыскании причитающегося с него по поручительству, но это он делает на свой страх и риск, за свой счет и с принятием на себя всех негативных последствий. Должник не обязан возмещать ему уплаченный им исполнительский сбор. Этот же вывод справедлив и для случая, когда взыскание с поручителя произведено на основании исполнительной надписи нотариуса (п. 2.2 ст. 90 Основ законодательства о нотариате).

(ф) В комментируемом пункте Пленум не касается особенностей суброгации при поручительстве *второго уровня* (см. п. «г» *комментария к п. 1 Постановления*).

Для этого вида поручительства в отношениях между кредитором и поручителем второго уровня должником в основном обязательстве считается поручитель первого уровня, поскольку именно его обязательство обеспечивается поручителем второго уровня.

Следовательно, при неисполнении обязательства поручителем первого уровня и удовлетворении требования кредитора поручителем

второго уровня к последнему по суброгации переходят права кредитора. В ординарной ситуации дальнейшее удовлетворение поручителем первого уровня требования поручителя второго уровня влечет суброгацию его прав к поручителю первого уровня, и в дальнейшем ситуация развивается и регулируется уже стандартным образом. Но что, если поручитель первого уровня обанкротится и поручитель второго уровня не сможет реализовать перешедшие к нему права по суброгации? Вправе ли он обратиться к должнику в основном обязательстве?

Сугубо технически для поручительства второго уровня основного обязательства не существует, ибо не оно обеспечено поручительством второго уровня. С этих позиций следовало бы заключить, что при банкротстве поручителя первого уровня поручителю второго уровня приходится лишь претерпевать это негативное последствие, приняв убытки на себя, как и всякому исполнившему обязательство поручителю при банкротстве должника в основном обязательстве. Однако данное решение не только вызывает ощущение несправедливости, но и приводит к экономическому искажению. Получается, что должник в основном обязательстве обогащается за счет поручителя второго уровня, ибо перед оригинальным кредитором он более не отвечает, а к поручителю второго уровня права по суброгации не перешли, ибо он отвечал не за основного должника, а за поручителя первого уровня. Поэтому ничего не остается, как пренебречь техническим моментом (логической стройностью конструкции) и прийти к заключению, что к поручителю второго уровня, исполнившему свое обязательство, переходят права кредитора по основному обязательству, а в силу общего правила переходят и обеспечительные права, т.е. требование к поручителю первого уровня.

19. Поручитель не может осуществлять перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение. Например, при недостаточности полученных при реализации предмета залога средств для удовлетворения требований как кредитора, так и исполнившего поручителя либо при недостаточности имущества другого раздельного поручителя кредитор имеет преимущество при удовлетворении требований за счет предмета залога (то есть правила о пропорциональном распределении вырученных средств между созалогодержателями применению не подлежат) либо за счет имущества другого раздельного поручителя. Иной порядок и очередность удовлетворения требований кредитора и поручителя (поручителей) могут определяться соглашением между ними (пункт 4 статьи 364 ГК РФ).

(а) Если исполнение своего обязательства поручителем не приводит к удовлетворению всех притязаний кредитора к должнику в основном обязательстве, последнее в силу суброгационной концепции претерпевает образование активной множественности лиц. На стороне кредитора оказываются бывший поручитель (суброгационный кредитор) и оригинальный кредитор, которые с неизбежностью вступают в конкуренцию между собой. Аналогичные последствия наступают вследствие неполного удовлетворения требований кредитора за счет предмета залога, предоставленного третьим лицом. Ординарная множественность кредиторов предполагает равенство их правового положения: по общему правилу ни один из кредиторов не имеет преимуществ перед другим кредитором. Длительное время российская национальная традиция обязательственного права исходила именно из такого положения вещей.

Но в 2012 г. российская юриспруденция восприняла относительно широко распространенную европейскую традицию, имеющую глубокие исторические корни, которая основана на идее *nemo subrogat contra se* (никто не отдает своего требования в ущерб себе). Прежнее разъяснение для арбитражных судов предусматривало такую правовую позицию. Судам необходимо принимать во внимание обеспечительный характер обязательства поручителя. Поэтому поручитель не может осуществить перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение (например, препятствовать обращению взыскания на предмет залога и т.п.). Кредитор, напротив, может самостоятельно осуществлять свои права в отношении остальной части своего требования преимущественно перед поручителем. Судам также следует иметь в виду, что порядок и очередность удовлетворения требований кредитора и поручителя (поручителей) могут определяться соглашением между ними¹.

Впоследствии законодатель отчасти последовал этой правовой позиции, установив в п. 4 ст. 364 ГК, что поручитель, который приобрел права созалогодержателя или права по иному обеспечению основного обязательства, не вправе осуществлять их во вред кредитору, в том числе не имеет права на удовлетворение своего требования к должнику из стоимости заложенного имущества до полного удовлетворения требований кредитора по основному обязательству.

Недостаток такого законодательного решения заключается в необоснованном сужении правовой позиции судебной практики. Как

¹ См. абзацы второй и третий п. 30 Постановления № 42.

видно, норма устанавливает преимущество оригинального кредитора только в отношении обеспечения, а преимущество в отношении должника оказалось потерянным. Интересно заметить, что в другом случае реализация идеи *nemo subrogat contra se* произведена в полном объеме. Речь идет о суброгационной концепции при исполнении обязательства третьим лицом. Там установлено, что, если права кредитора по обязательству перешли к третьему лицу в части, они не могут быть использованы им в ущерб кредитору: в частности, такие права не имеют преимуществ при их удовлетворении за счет обеспечивающего обязательства или при недостаточности у должника средств для удовлетворения требования в полном объеме (п. 5 ст. 313 ГК). Политико-правовые соображения, в особенности обеспечительный характер поручительства, дают значительно больше аргументов в пользу преимущества кредитора в его конкуренции с поручителем, нежели конкуренции кредитора с третьим лицом, исполнившим обязательство за должника. Но законодатель прямо регулирует преимущество кредитора в рамках отношений по ст. 313 ГК, умалчивая о таком же праве при суброгации в поручительстве. Последнее следует квалифицировать в качестве пробела, который по аналогии восполняется соответствующим фрагментом правила п. 5 ст. 313 ГК.

(б) Из разъяснения Пленума (правда, только косвенно) можно усмотреть расширительное толкование п. 4 ст. 364 ГК, с тем чтобы он охватил также и преимущество оригинального кредитора в отношении требований должника в основном обязательстве. Пленум проводит общий принцип, указывая, что поручитель не может осуществлять перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение, а разъяснение в отношении обеспечения фигурирует только в качестве примера. Конечно, было бы лучше, если бы идея преимущества оригинального кредитора в отношении его оставшихся требований к должнику в основном обязательстве была выражена *expressis verbis*, так, как это сделано в процитированном выше фрагменте п. 5 ст. 313 ГК, но и имеющаяся редакция все же позволяет сделать вывод о наличии названного преимущества.

Наличие преимущественного права оригинального кредитора в его широком понимании необходимо для отыскания справедливого результата в различных аспектах рассматриваемых правоотношений, что будет обосновано ниже.

(в) Нераскрытое выражение Пленума о получении кредитором *лишь частичного исполнения* нужно понимать в том смысле, что гипотеза данного пункта **Постановления** считается выполненной, когда

исполнение поручителем своего обязательства не приводит к удовлетворению всех притязаний кредитора к должнику в основном обязательстве. Является ли собственное исполнение поручителем полным или частичным, не имеет правового значения для вывода о преимущественном праве оригинального кредитора, поскольку образование активной множественности лиц вследствие суброгации может иметь место как в одном, так и в другом случае (*см. также п. «н» комментария к п. 14 Постановления*). Так, например, ограничение ответственности поручителя может приводить к образованию активной множественности и при полном исполнении своего обязательства поручителем и, следовательно, к конкуренции кредиторов. И наоборот, частичное исполнение поручителем своего обязательства может не приводить к образованию множественности, например, тогда, когда должник сам произвел частичное исполнение, а платеж поручителя достаточен для удовлетворения оставшегося притязания кредитора, который полностью выбывает из обязательства.

(г) Нетрудно заметить, что действующее разъяснение не восприняло прежний фрагмент в части примера, согласно которому для суброгационного кредитора считалось недопустимым препятствовать обращению взыскания на предмет залога и т.п. Это можно объяснить тем обстоятельством, что появившееся в ГК регулирование отношений созалогодержателей наделяет каждого из них автономным правом требовать обращения взыскания на заложенное имущество. Согласно п. 1 ст. 355.1 ГК, если иное не установлено законом или соглашением между созалогодержателями, каждый из них *самостоятельно* осуществляет права и обязанности залогодержателя. Стало быть, у суброгационного кредитора правовой возможности препятствовать обращению взыскания на заложенное имущество оригинальным кредитором просто не имеется. Поэтому прежнее разъяснение потеряло актуальность вследствие развития законодательства, что и было, видимо, учтено Пленумом.

(д) Давая более детальные разъяснения в отношении реализации преимущественного права оригинального кредитора в отношении обеспечения, Пленум не затрагивает примеров преимущества в отношении должника в основном обязательстве. Это преимущественное право может быть реализовано на тех же принципах. На стадии исполнительного производства и при несостоятельности должника в основном обязательстве сначала должны быть удовлетворены оставшиеся у оригинального кредитора притязания к должнику, а затем лишь требования суброгационного кредитора, т.е. бывшего поручи-

теля. Так, например, если судебный пристав-исполнитель ведет два исполнительных производства и получает за счет имущества должника денежные средства, суммы которых недостает для удовлетворения как одного, так и другого кредитора, выплаты сначала должны быть произведены в пользу оригинального кредитора в полном объеме его требования, а в оставшейся части при ее наличии в пользу суброгационного кредитора. Нарушение судебным приставом-исполнителем преимущественного права оригинального кредитора дает последнему право требовать возмещения убытков.

Когда должником предоставлен залог по обязательству, преимущественное право должно действовать и при распределении вырученных от реализации предмета залога средств, если их недостаточно для удовлетворения требований обоих кредиторов. То, что конкуренция залоговых прав может образоваться, и здесь следует из разъяснения Пленума о переходе залоговых прав при исполнении своего обязательства поручителем в случае предоставления залога должником в основном обязательстве (см. абзац третий п. 14 *Постановления*).

Использование Пленумом в примерах указания на недостаточность полученных от реализации залога средств и недостаточность имущества поручителя не следует воспринимать как ограничение права кредитора только случаями названной *недостаточности*. В норме закона речь идет об очередности удовлетворения требований конкурирующих кредиторов, а преимущественное право оригинального кредитора охватывает не только его преимущество при недостаточности имущества, но и его интерес в получении исполнения первым по очереди, в том числе и тогда, когда соответствующих средств или имущества вполне достаточно. То, что норма понимается Пленумом именно как устанавливающая не только преимущество кредитора при упомянутой недостаточности, но и очередность, вытекает из последнего предложения комментируемого пункта, где фигурирует выражение об иной очередности. Такое понимание имеет значение для отыскания ответа на вопрос, поставленный ниже.

В нашем законе не содержится регулирования в той части, в которой уведомленный о суброгации должник производит частичное исполнение по своему совокупному обязательству в пользу суброгационного кредитора, тогда как оригинальный кредитор остается без полного удовлетворения своего оставшегося требования. Не касается данного вопроса и Пленум. В связи с этим может возникать вопрос, вправе ли оригинальный кредитор требовать уплаты ему полученного суброгационным кредитором в *нарушение его преимущественного права?*

Будучи аффилированным с поручителем лицом, должник вполне может оказать ему предпочтение, проигнорировав преимущественное право оригинального кредитора. Суброгационный кредитор получает исполнение от должника по обязательству, т.е. формально-юридически нельзя считать, что он получает платеж неосновательно, как, например, цедент. Поэтому здесь неприменимо правило п. 3 ст. 389.1 ГК, согласно которому, если иное не предусмотрено договором, цедент обязан передать цессионарию все полученное от должника в счет уступленного требования. Но если у оригинального кредитора нет защиты в отношении полученного суброгационным кредитором, его преимущественное право паллиативно, т.е. при распределении полученного от должника судебным приставом-исполнителем или арбитражным управляющим преимущественное право срabатывает, а при добровольном платеже должника в нарушение этого права оно защиты не имеет. Такое положение вещей означало бы неэффективность обеспечения, поскольку суброгационный эффект при поручительстве, которое должно служить на пользу кредитору, ибо в этом и есть функция обеспечения, оборачивался бы против кредитора. Это, как представляется, вступает в противоречие с идеей *nemo subrogat contra se*. Кроме того, нельзя не признать, что как должник, так и суброгационный кредитор не могут не знать о преимущественном праве кредитора, а потому, производя расчет между собой, должны понимать, что действуют во вред кредитору. Поэтому имеются основания применить п. 2 ст. 6 ГК и вывести из требований добросовестности, разумности и справедливости суждение о том, что оригинальный кредитор вправе требовать от суброгационного кредитора все полученное в противоречии с его преимущественным правом. Только тогда последнее получит полную силу и будет достигать цели, установленной законом. Сделанный вывод релевантен и в отношении другого поручителя.

(е) О преимущественном праве оригинального кредитора в отношении удовлетворения требований за счет предмета залога Пленум говорит буквально. Речь здесь идет о ситуации, когда вырученных от реализации предмета залога средств недостаточно для полного удовлетворения как оригинального, так и суброгационного кредитора. Согласно абзацу третьему п. 1 ст. 335.1 ГК денежные суммы, вырученные от реализации предмета залога, распределяются между созалогодержателями пропорционально размерам их требований, обеспеченных залогом, если иное не предусмотрено соглашением между ними или не вытекает из существа отношений между созалогодержателями. Не будь специального правила *nemo subrogat contra se*, указанные

средства должны были бы распределяться согласно названной норме по принципу *pro rata*, т.е. пропорционально. Стало быть, бывший поручитель вступил бы в конкуренцию с кредитором по основному обязательству, и обеспечительный эффект поручительства оказался бы ослабленным. Пленум обоснованно разъясняет, что *правила о пропорциональном распределении* вырученных средств между созалогодержателями *применению не подлежат*. Сначала должны быть удовлетворены сполна обеспеченные залогом требования оригинального кредитора, а затем лишь требования суброгационного кредитора.

(ж) Согласно букве закона (п. 4 ст. 364 ГК) и отчасти разъяснению Пленума, преимущественное право оригинального кредитора имеется у него, если обеспечительные права (поручительство, залог) перешли к исполнившему обязательство поручителю по суброгации. Последнее имеет место, если другое лицо, предоставившее обеспечение (поручитель, залогодатель), сделало это раздельно с исполнившим обязательство поручителем. Напрямую Пленум говорит об этом только в отношении поручителя («при недостаточности имущества другого раздельного поручителя», «за счет имущества другого раздельного поручителя»), но не в отношении залогодателя. Трудно объяснить данное упущение или сокращение, поскольку, как обоснованно разъяснил Пленум в другом месте, к исполнившему свое обязательство поручителю переходят права залогодержателя, если залог предоставлен третьим лицом *раздельно* с исполнившим поручителем (см. абзац третий п. 14 *Постановления*).

Применение комментируемого разъяснения в его системной взаимосвязи с указанным разъяснением позволяет прийти к выводу, что толкование закона в отношении преимущественного права распространяется только на случаи конкуренции прав при раздельном залоге и раздельном поручительстве. Отсюда можно сделать вывод, что формально-юридически преимущественное право оригинального кредитора в отношении совместного залогодателя и совместного поручителя не действует, поскольку исполнивший обязательство поручитель имеет к ним регрессные, а не суброгационные притязания. Насколько этот вывод согласуется с политико-правовой целью правопорядка устранить для кредитора негативные последствия при реализации им обеспечительных прав, с тем чтобы обеспечение служило прежде всего именно его интересам, а не оборачивалось против него? Как представляется, совсем не согласуется. Дело в том, что решающее значение в устранении правовых коллизий должна иметь именно обеспечительная функция, исходя из тех целей, ради

достижения которых институт обеспечения исполнения обязательств укоренился в гражданском праве. Какими юридико-техническими или логическими приемами обставлено право бывшего поручителя (залогодателя), исполнившего свое обязательство в пользу кредитора, в отношении другого лица, предоставившего кредитору обеспечение, должно отойти на второй план.

Как отмечалось выше, отдельный или совместный характер обеспечения определяется волей лиц, предоставляющих обеспечение, и имеет правовое значение для их отношений между собой. Прав кредитора эта дихотомия видов обеспечения затрагивать не должна, поскольку его волеизъявление при выборе той или иной модели обеспечения не учитывается. Лица, предоставляющие обеспечение, сами решают, будут ли они отдельными или совместными поручителями (залогодателями), и обращение обеспечения против интересов кредитора в зависимости от их решения кажется дисфункциональным. Кроме того, при таком антикредиторском подходе кредитор, имея сильную переговорную позицию до вступления в отношения с должником, стремился бы всегда выговаривать себе отдельное обеспечение, чтобы устранить конкуренцию с правами других лиц, предоставивших обеспечение. Это ударило бы уже по интересам самих поручителей и залогодателей, чей интерес в разделении ответственности между собой мог бы *de facto* пострадать.

Изложенное позволяет обосновать расширительное истолкование п. 4 ст. 364 ГК о преимущественном праве кредитора, распространив его и на случаи *конкуренции с регрессным требованием* исполнившего обязательство поручителя (залогодателя) к другим сопоручителям (залогодателям).

(з) Норма п. 4 ст. 364 ГК сформулирована законодателем без явного реквизита ее императивности или диспозитивности. Буквально она не предусматривает возможность согласовать иные правила в отношениях между кредитором и лицами, предоставившими обеспечение. Каких-либо политико-правовых или юридико-технических причин для ограничения принципа свободы договора в данной сфере правоотношений не усматривается. Пленум вносит ясность по этому вопросу, обоснованно полагая, что иной порядок и очередность удовлетворения требований могут быть предусмотрены соглашением.

Первое уточнение, которое здесь надо сделать, касается того обстоятельства, что в разъяснении, как и в прежней правовой позиции, фигурирует только поручитель, но с конкретизацией о том, что кредитору можно договариваться не только с одним из них, но и с несколькими,

что и так ясно. А вот о залогодателе здесь позабыли, но очевидно, что такая видовая дискриминация обеспечения не может быть ничем обоснована, следовательно, Пленум, едва ли это имел в виду. Это подтверждается не только теоретическими представлениями, но и отсылкой к комментируемому пункту, которая содержится в разъяснении, касающемся созалогодержателей (*см. абзац третий п. 14 Постановления*).

Второе уточнение, которое нужно сделать, также касается субъектного состава упомянутого соглашения, но в ином аспекте. Данное соглашение имеет своим предметом изменить правовой режим удовлетворения требований нескольких кредиторов (суброгационного (регрессного) и оригинального) к должникам (в основном, дополнительном или регрессном обязательствах), а также к залогодателю в их отношениях между собой. Соответственно, обязанности этих последних не могут возникнуть из такого соглашения, в котором они не участвуют, равно как для них не может возникать других негативных последствий в случае, если их действия не будут соответствовать данному соглашению. Для того чтобы связать указанных лиц, необходимо, чтобы они участвовали в этом соглашении об ином порядке и очередности удовлетворения требований кредиторов. В какой степени на данное соглашение подлежат распространению правила о межкредиторских соглашениях (ст. 309.1 ГК), требует более обстоятельного анализа, но под общие признаки последнего упомянутое соглашение подпадает.

20. Должник, извещенный поручителем о предъявленном к нему кредитором требовании или привлеченный поручителем к участию в деле, обязан сообщить поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против этого требования и представить имеющиеся у него в подтверждение этих требований доказательства. В противном случае должник лишается права выдвигать возражения, которые могли быть заявлены против требования кредитора, против требования поручителя, к которому перешли права кредитора на основании пункта 1 статьи 365 ГК РФ. Иное может быть предусмотрено соглашением между поручителем и должником (пункт 1 статьи 366 ГК РФ).

Если должник не был извещен поручителем о предъявлении кредитором требования к поручителю или поручитель не заявил в суде возражения, о которых ему сообщил должник, то у должника сохраняется право на возражения при предъявлении к нему требований поручителем, исполнившим обязательство перед кредитором.

(а) Статья 366 ГК посвящена извещениям при поручительстве. Если сравнить абзац первый комментируемого пункта и прежнее разъяснение для арбитражных судов¹, посвященные извещениям, можно увидеть какое-то странное явление. Если прежнее разъяснение представляло собой изложение с незначительными редакционными изменениями нынешнего пункта 2 ст. 366 ГК (который раньше и составлял весь текст ст. 366 ГК), то комментируемое разъяснение представляет собой точно такое же дескриптивное упражнение только в отношении новеллы п. 1 ст. 366 ГК.

Загадочный результат этого наблюдения подталкивает к скрупулезному выявлению хоть каких-то отличий от нормы закона в попытке отыскания собственно разъяснения приведенного законоположения. И такие отличия обнаруживаются, но и в этот раз результат поиска обескураживает. Всего отличий три.

Первое. Если в п. 1 ст. 366 ГК говорится об обязанности должника *предоставить* соответствующие доказательства, то Пленум говорит об обязанности должника *представить* такие доказательства. При этом интересно, что **проект** разъяснения содержал употребление измененного слова в совпадающем с текстом закона варианте (предоставить), но оно было исправлено на указанное (представить). Что за этим стоит, трудно представить. Можно, конечно, углубиться в увлекательные правила лингвистики об однокоренных словах-паронимах и представить, в чем заключается различие, но едва ли это имеет смысл. Как представляется, применение данной нормы закона в части определения, имеет ли место соблюдение должником соответствующей обязанности или ее нарушение, совершенно не будет зависеть, в каком написании использовано обсуждаемое слово.

Второе. Излагая текст предложения второго п. 1 ст. 366 ГК, Пленум дополняет имеющуюся там отсылку к п. 1 ст. 365 ГК указанием на то, что имеется в виду поручитель, к которому перешли права кредитора на основании этого пункта. Но ни о каком другом поручителе в норме, к которой отсылает законодатель, речи нет, а потому никакой неопределенности и возникнуть просто не может. Таким образом, зачем нужно было делать приведенное дополнение, также ускользает от понимания, поскольку это ничего не добавляет и не убавляет.

Третье. Диспозитивное окончание п. 1 ст. 366 ГК о том, что установленные им правила применяются, если иное не предусмотрено

¹ См. абзац первый п. 31 Постановления № 42.

соглашением между поручителем и должником, выведено в отдельное предложение.

Сравнительный анализ показывает, что никакого разъяснения в абзаце первом комментируемого пункта [Постановления](#) не имеется.

(б) Статья 366 ГК дает повод для ее корректирующего толкования, но совсем не такого, которое (вернее, отсутствие которого) проанализировано выше. Как уже упоминалось выше, законодателем допущена опечатка в предложении первом п. 1 этой статьи. Там предусматривается, что должник, извещенный поручителем о предъявленном к нему кредитором требовании или привлеченный поручителем к участию в деле, обязан сообщить поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против этого требования и предоставить имеющиеся у него в подтверждение этих *требований* доказательства. Вместо слова «требований» следовало использовать слово «возражений». Поручитель, к которому предъявлено требование кредитора, не нуждается в доказательствах его требований, ибо это бремя лежит на кредиторе, а кроме того, поручитель не заинтересован доказывать обоснованность требования к самому себе. Что касается доказательств возражений, то в них он как раз нуждается, поскольку в силу закона ему принадлежат не только собственные возражения, но и возражения должника, доказательств которых он может не иметь (*см. комментарий к п. 16 Постановления*). Эффективное использование чужих возражений возможно, только если имеются доказательства, на которых эти возражения основаны. В то же время, если у должника имеются возражения, но еще не приисканы доказательства, их подтверждающие, он все равно обязан сообщить о них поручителю, чтобы последний мог предпринять соответствующие процессуальные действия для задействования ожидаемых доказательств.

Кроме того, как указывалось выше, на практике может возникать вопрос о соотношении общих и специальных последствий нарушения должником обязанностей, предусмотренных п. 1 ст. 366 ГК (*см. п. «р» комментария к п. 18 Постановления*).

На первый взгляд и норма закона (п. 1 ст. 366 ГК), и ее изложение Пленумом трактуют о таком случае, когда должник лишается соответствующих возражений против поручителя, которому он не предоставил доказательств своих возражений против требований кредитора. Однако в действительности это касается и тех совместных поручителей, которые после исполнения регрессного обязательства получают по суброгации право требования к должнику от суброгационного кредитора, т.е. от другого поручителя (вторичная суброгация), а не

от оригинального кредитора. Иными словами, исключения должника утрачиваются в отношении всех поручителей как при первичной, так и при вторичной суброгации (об этих видах суброгации см. п. «и» *комментария к п. 15 Постановления*).

(в) Статья 366 ГК устанавливает соответствующие правовые последствия на случай упущений в действиях должника в отношении так называемых информационных обязанностей. Исполнение этих обязанностей необходимо для защиты интересов поручителя. И должник, и поручитель, действуя разумно и добросовестно, заинтересованы в том, чтобы необоснованные требования кредитора не были удовлетворены. Поэтому им следует действовать сообща, в кооперации друг с другом, чтобы достигнуть названной цели. Столь распространенная аффилированность поручителя и должника обычно естественным образом приводит к их согласованным действиям, кооперации и надлежащему информационному обмену. Однако отношения между поручителем и должником могут прийти в такое состояние, что стимулы для кооперации не появятся и соответствующий субъект начнет действовать в пренебрежении интересов другого. Поэтому требуется, чтобы закон стимулировал к надлежащему поведению под страхом наступления невыгодных последствий. Статья 366 ГК устанавливает соответствующее регулирование в отношении должника, но не в отношении поручителя. Между тем поручитель, рассчитывая на суброгацию, может повести себя недолжным образом, пренебрегая интересами должника, что не должно негативным образом сказаться на имущественных интересах должника. Однако ни эта норма, ни какая-либо другая не устанавливают никаких последствий на случай, если поручитель поведет себя ненадлежаще в отношениях, связанных с получением и использованием соответствующей информации.

(г) Как прежде разъяснение, так и действующее заполняют пробел закона в отношении недолжного поведения поручителя в ущерб интересам должника. Некоторое осложнение здесь связано с тем, что если концептуально и то, и другое разъяснение схожи (интересы должника необходимо защищать), то в части описания недолжных действий поручителя они расходятся.

Ранее считалось, что поручитель должен 1) предпринять меры, направленные на привлечение должника к участию в деле, либо 2) предложить должнику сообщить об имеющихся возражениях против требования кредитора¹.

¹ См. абзац третий п. 26 Постановления № 42.

Из действующего разъяснения следует, что поручитель обязан 1) известить должника о предъявленном кредитором требовании или 2) заявить в суде возражения, о которых ему сообщил должник.

Последствия и в том, и в другом разъяснении одинаковые: должник сохраняет возражения против суброгационного требования поручителя.

Разберем все четыре обязанности поручителя в сравнительном контексте.

Прежнее разъяснение, с одной стороны, выдвигало, как представляется, более высокий стандарт действий поручителя. Оно исходило из того, что поручитель не только должен известить должника о предъявленном к нему требовании, но и *предпринять меры к его привлечению* для участия в деле. Это можно было понять таким образом, что поручителю следует проявить процессуальную активность и заявить ходатайство о привлечении к участию в деле должника в качестве третьего лица на стороне ответчика (ч. 1 ст. 51 АПК; ч. 1 ст. 43 ГПК). С другой стороны, данное разъяснение можно было понять и так, что поручитель не обязан ни о чем информировать должника, пока не будет возбуждено соответствующее судебное дело. Между тем, прежде чем предъявить иск к поручителю, кредитор обычно предъявляет поручителю внесудебное требование, в том числе в рамках обязательного претензионного порядка, если он установлен законом. Есть основания полагать, что должник заинтересован как можно раньше узнать о намерениях кредитора в получении от поручителя платежа, в том числе потому, что в этом случае актуализируется необходимость сбора доказательств, обеспечения их сохранности, подготовки к участию в деле.

Действующее разъяснение исходит из того, что поручителю достаточно *известить о предъявленном кредитором требовании*. Оно может пониматься в том смысле, что уже при внесудебном требовании поручитель, чтобы лишить должника возражений, должен известить его об этом. Хотя уверенности в том, что под предъявленным кредитором требованием понимается именно внесудебное требование, включая претензионное, не имеется. Возможно, подразумевалось исковое требование. Но к тому же дело обстоит таким образом, что исковое требование тоже охватывается указанным понятием. Стало быть, чтобы лишить должника возражений, подойдет извещение о предъявленном к поручителю иске. Хотя, как будет обосновано ниже, этого недостаточно в случае, если должник не участвует в процессе.

Кроме того, Пленум отказался от такой обязанности, как принятие поручителем *мер по привлечению должника* к участию в деле. Это рас-

ходится с буквой закона, поскольку п. 1 ст. 366 ГК трактует именно о должнике, привлеченном поручителем к участию в деле, и Пленум цитирует данный фрагмент. Возможно, имели в виду, что привлекает к участию в деле суд, либо исходили из принципа диспозитивности гражданского процесса, т.е. из того, что должник сам принимает решение, участвовать ему в деле или нет, а привлечь его к участию в деле поручитель не вправе, ибо *par in parem non habet imperium*.

Цель закона должна была бы заключаться в том, что поручителю следует сделать все то, чтобы позволить должнику самостоятельно выдвинуть его возражения против требования кредитора. Именно этому корреспондируют право и риск поручителя по предоставлению возражений должника. Идея законодателя могла бы усматриваться в том, что возражения заявляются либо самим должником, либо вместо него поручителем. И в том, и в другом случае интерес должника соблюдается. Стало быть, если поручитель обеспечил должника достаточной информацией, чтобы он мог принять участие в деле при рассмотрении требований кредитора к поручителю, этого достаточно. Это предопределяет содержание извещения поручителя. Например, если поручитель сообщил данные о судебном деле, позволяющие должнику в дальнейшем самому получать информацию о ходе процесса, чтобы принимать в нем участие, надо полагать его действия надлежащими. Последнее справедливо в условиях, когда система судоустройства снабжена доступом к релевантной информации всех третьих лиц.

Кроме того, следует принимать во внимание и такое обстоятельство, что договор поручительства может содержать третейскую оговорку, вследствие чего участие должника в процессе против поручителя может оказаться недоступным. В такой ситуации должник не может быть лишен соответствующих возражений, если он сообщил поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против требования кредитора и предоставил имеющиеся у него в подтверждение этих возражений доказательства. Если должник не участвует в процессе, поручитель должен сам воспользоваться возражениями должника. Принцип добросовестности требует от поручителя воспользоваться имеющимися у него доказательствами возражений должника против требований кредитора, даже если должник мог участвовать в процессе, но не сделал этого. Дополнительные издержки поручителя, если таковые связаны именно с тем, что должник мог, но не принял участие в процессе, следует отнести на последнего.

Как прежде, так и действующее разъяснение исходят из того, что поручитель вправе ничего из указанного выше не делать, поступив

иным образом — взяв на себя бремя выдвижения возражений. В прежнем разъяснении можно было усмотреть признак паллиативности, поскольку речь там шла лишь о предложении должнику сообщить о возражениях. Получалось, что, предложив это сделать, поручитель лишал должника возражений, даже если сам впоследствии ими не воспользовался. Это расходится с целью защиты интересов должника. Возможно, поэтому Пленум изменил подход, сосредоточившись на том, заявил в суде поручитель полученные от должника возражения или нет. Здесь также можно представить цели законодательного регулирования, если бы оно было установлено. Речь нужно вести о том, что должник не может лишиться возражений против суброгационного кредитора, если последний, будучи поручителем, не воспользовался имеющимися у него возражениями и доказательствами должника либо сделал это неэффективно в ущерб интересам должника.

Последний нюанс не затрагивался ранее, не касается его и Пленум, но его следует учитывать, чтобы цель правопорядка по защите интересов должника была достигнута. Дело заключается в том, что формально-юридически возражения и доказательства могут быть использованы поручителем, но заведомо для него таким образом, чтобы они оказались неэффективными. Опыт судебных представителей может дать немало тому примеров, но их рассмотрение выходит за рамки данного комментария. Отметим лишь, что характеризующую действия поручителя фразу Пленума «поручитель не заявил в суде возражения» не следует понимать буквально и превратно. Ясно, что если возражения формально заявлены, но не снабжены имеющимися у поручителя доказательствами, то действия поручителя упречны, и должник не может лишиться возражений. Кроме того, даже если должник не предоставил поручителю доказательства в подтверждение возражений, но эти доказательства имеются у самого поручителя, последний не вправе ссылаться на неисполнение должником обязанности предоставить доказательства (п. 1 ст. 366 ГК). Точно так же нужно понимать и характеристику самих возражений («о которых ему сообщил должник»). Если поручитель осведомлен о наличии оснований для таких возражений, не имеет юридического значения, сообщил о них должник или нет. Поручители, будучи зачастую аффилированными с должником, в силу этого обстоятельства могут иметь самостоятельный доступ к тем или иным доказательствам обстоятельств, на которых могут быть основаны те или иные возражения против требования кредитора. Другое дело, что на поручителя не может быть возложено бремя активного приискания доказательств возражений должника.

Как видно из структуры прежнего и действующего разъяснения и как уже было упомянуто выше, поручитель вправе воспользоваться возражениями должника самостоятельно. Это, однако, не означает, что должник лишается права самостоятельно выдвигать возражения и представлять доказательства, вступив в процесс в качестве третьего лица. Ясно, что процесс в отношении поручителя в значительной степени предопределяет будущий потенциальный процесс суброгационного кредитора против должника.

Управомоченный на возражения должник вправе их противопоставить не только кредитору по первичной суброгации, действия которого и привели к сохранению этих возражений, но и другому поручителю по пострегрессной суброгации (вторичной суброгации). Иными словами, здесь действует зеркальный подход с тем, что описан выше для потери возражений против всех других кредиторов (*см. п. «б» комментария выше*). Однако такое положение дел может сложиться только тогда, когда совместный поручитель не воспользуется своей эксцепцией против регрессного требования исполнившего обязательство поручителя, чьи упречные действия привели к сохранению у должника его возражений. Возражения регрессного должника при пассивной множественности на тот случай, если исполнивший обязательство другой должник не воспользовался общими для всех должников возражениями против требования кредитора, буквально ГК не предусмотрены. Но они могут выводиться из п. 2 ст. 325 ГК о правилах разверстки, которые применяются, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками; кроме того, такие возражения регрессанта (не исполнившего обязательство должника) обосновывают в доктрине ст. 10 ГК, поскольку исполнивший обязательство действует недобросовестно, когда не заявляет против кредитора имеющиеся у него общие для всех солидарных должников возражения.

(д) Извещения и другое информирование, предусмотренные как ст. 366 ГК, так и комментируемым разъяснением, оказываются невозможными, если права кредитора реализуются посредством исполнительной надписи нотариуса. В такой ситуации поручитель узнает о взыскании с него причитающегося кредитору по договору поручительства, когда взыскание уже состоится. Основы законодательства о нотариате не предусматривают ни информирование поручителя об обращении кредитором к нотариусу для совершения исполнительной надписи, ни возможности подачи поручителем и тем более должником в основном обязательстве каких-либо возражений. Стало быть, поручителю не может быть вменено в обязанность со-

ответствующее извещение должника. Но это означает также, что поручитель, оказавшись на месте кредитора по суброгации, может подвергнуться возражениям должника, которые он мог бы выдвинуть против первоначального кредитора. Отсюда можно сделать только одно заключение: поручителям настоятельно рекомендуется не соглашаться на условия договора о возможности взыскания задолженности по исполнительной надписи нотариуса. Само же законодательное решение, предусматривающее такую возможность (п. 2.2 ст. 90 Основ законодательства о нотариате), вызывает большие сомнения, поскольку оно не учитывает специфику отношений по поручительству. Кроме того, поскольку поручитель в этом случае *de facto* лишается правовой возможности выдвигать соответствующие возражения против требования кредитора, условие о взыскании с поручителя на основании исполнительной надписи нотариуса начинает конфликтовать с императивным правилом п. 5 ст. 364 ГК, который под страхом ничтожности не допускает такого положения.

(е) Можно обратить внимание еще на один нюанс, которого не касалось ни прежнее разъяснение, ни действующее. Речь идет о случае, связанном со скрытыми недостатками, которые обнаруживаются в исполнении, предоставленном кредитором в пользу должника, после исполнения обязательства поручителем (например, если обязательство покупателя товара было обеспечено поручительством, и должник в соответствии с п. 1 ст. 366 ГК не мог сообщить о своих возражениях по качеству товара, поскольку недостатки последнего еще не вскрылись). Указанная норма обязывает должника сообщить поручителю обо всех *имеющихся у него возражениях* против требования кредитора и предоставить имеющиеся у него в подтверждение этих возражений доказательства. Поскольку в отношении скрытых недостатков доказательств у должника не имелось и объективно не могло иметься возражений, констатировать нарушение им предписания закона оснований нет. Следовательно, по букве закона он имеет право противопоставить эти возражения суброгационному кредитору (поручителю). В данных обстоятельствах очевидно, что, поставив товар ненадлежащего качества и получив за него полную оплату, продавец (оригинальный кредитор) неосновательно обогатился, и поручитель на основании ст. 1102 ГК вправе искать с него соответствующую разницу по кондикционному иску. Несложно заметить, что такое буквальное применение разбираемой нормы переносит риск несостоятельности прежнего кредитора с должника на поручителя. Если бы поручительства не было, то риск несостоятельности контрагента ложился бы на должника, который

произвел полную оплату за товар, имеющий скрытые недостатки качества. Обосновать перенос этого риска на поручителя с должника только лишь тем, что он предоставил поручительство кредитору, на наш взгляд, затруднительно, поскольку не прослеживается какой-либо релевантной логической связи между указанным риском и предоставлением поручительства.

Поручитель, заключая договор поручительства с кредитором, принимает на себя риск несостоятельности должника в основном обязательстве, а не риск банкротства кредитора в пользу должника. В этом, собственно, и заключается обеспечительная функция поручительства. Возложение риска банкротства и кредитора на поручителя расходилось бы с целью поручительства, ибо при таком подходе поручитель гарантировал бы исполнение обязательства не только при банкротстве должника, но и при банкротстве кредитора, т.е. выдавал бы обеспечение за кредитора. Такое бремя является избыточным и дисфункциональным не только для частного случая, но и для правовой политики в целом. Поручители должны быть избавлены правопорядком от избыточных рисков, которые не связаны с обеспечительной целью. Это необходимо для установления бóльших гарантий самим поручителям, с тем чтобы они с большей охотой выступали в качестве таковых. Поручительство как один из способов обеспечения является условием доступа к кредиту, а следовательно, развития экономики. В этом смысле сбалансированное регулирование, достаточно защищающее интересы поручителей, отвечает общему благу.

Имея в виду указанные соображения, п. 1 ст. 366 ГК требует такого телеологического толкования, которое позволило бы нивелировать возражения должника против требования поручителя, исполнившего свое обязательство, не только для тех случаев, когда эти возражения были известны должнику и он не сообщил о них поручителю, но и для тех случаев, когда соответствующие возражения стали известны должнику после исполнения обязательства поручителем кредитору. При таком расширительном толковании указанной нормы риск несостоятельности кредитора продолжает оставаться на должнике. Последний обязан возместить поручителю все излишне уплаченное кредитору и обращаться с требованием к своему контрагенту, получившему недолжное, — для приведенного тестового казуса полную оплату за некачественный товар. Если права первоначального кредитора (продавца) перешли к суброгационному кредитору (поручителю), то его обязанности (поставить качественный товар) остались лежать на нем, поэтому он продолжает отвечать перед покупателем.

С практической точки зрения договорной работы для защиты интересов поручителя, которые могут быть затронуты применением судами буквального толкования разбираемой нормы, можно отметить следующее. Диспозиция п. 1 ст. 366 ГК, как уже указывалось выше, не охватывает возражения должника, ставшие ему известными после исполнения обязательства поручителем, если только не допустить его расширительного толкования. Следовательно, к отношениям сторон применяется ст. 386 ГК. Согласно данной норме должник вправе выдвигать против требования нового кредитора возражения, которые он имел против первоначального кредитора, если основания для таких возражений возникли к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству к новому кредитору. В тестовом казусе при поставке должнику (покупателю) товара со скрытыми недостатками основания его возражения объективно возникают в момент поставки такого товара, но могут стать ему известны позднее. Последнее, согласно буквальному толкованию ст. 386 ГК, нерелевантно для права должника на возражения. Они могут быть заявлены против требования нового кредитора. В связи с этим возникает вопрос о допустимости включения в договор между поручителем и должником об условии выдачи поручительства (если таковой заключен, что на практике, конечно, бывает нечасто) такого положения, согласно которому должник отказывается от заявления кредитору возражений, ставших ему известными после исполнения обязательства поручителем. Как мы уже обосновывали выше, с политико-правовой позиции нам представляется такое условие справедливым распределением соответствующих рисков. Здесь встает вопрос об императивности или диспозитивности ст. 386 ГК, которая не имеет как явного реквизита диспозитивности, так и явного реквизита императивности. Исходя из принципов разграничения императивных и диспозитивных норм¹, оснований для отнесения названной нормы к императивным не имеется, по крайней мере для разбираемого в настоящем комментарии казуса. Применительно к тестовому казусу речь идет о распределении риска банкротства кредитора между поручителем и должником, которое, исходя из целей законодательного регулирования, не затрагивает защиту особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т.д.), не приводит к грубому нарушению баланса интересов сторон, а императивность обсуждаемой нормы не вытекает из существа законодательного регулирования дан-

¹ См. п. 3 Постановления № 16.

ного вида договора. Распределение риска несостоятельности между двумя сторонами договора является обычной договорной практикой и предусматривается действующим законодательством (например, положениями о межкредиторских соглашениях (ст. 309.1 ГК)). Следовательно, поручитель и должник в своем соглашении об условиях предоставления поручительства могут предусмотреть отказ должника от заявления против требования поручителя возражения, возникшего у должника после исполнения поручителем своего обязательства в пользу кредитора.

21. Поручитель, исполнивший договор поручительства до наступления срока исполнения основного обязательства, вправе требовать возмещения уплаченной суммы как с должника, так и с остальных поручителей только после наступления срока исполнения основного обязательства (статьи 361 и 363 ГК РФ).

(а) Обязательство поручителя возникает с момента заключения договора поручительства. Перфекция этого обязательства по общему правилу наступает в момент неисполнения или ненадлежащего исполнения обеспеченного поручительством обязательства, если только договором не предусмотрен более поздний срок, а также за исключением неакцессорной досрочной перфекции (см. п. «д» *комментария к п. 11 Постановления*). Обычным порядком динамики отношений является такое положение вещей, что после нарушения должником обязательства кредитор требует платежа с поручителя, который либо производит платеж добровольно, либо задолженное взыскивается с него в судебном или внесудебном порядке (последнее вызывает сомнения (см. п. «д» *комментария к п. 20 Постановления*)). Поручитель не обязан исполнять свое обязательство до наступления его перфекции, равно как и кредитор не обязан принимать досрочное исполнение от поручителя.

Собственное досрочное исполнение обязательства поручителем (*досрочным поручителем*) по требованию кредитора или по собственной инициативе нехарактерно для этих отношений, в том числе потому, что это экономически невыгодно поручителю. Кредитор также зачастую не заинтересован в досрочном получении платежа от поручителя (например, потому, что в силу суброгации он выбывает из обязательства и, следовательно, теряет право на получение в дальнейшем регулятивных процентов, на полноту которых он рассчитывал, вступая в обязательство с должником). Соответственно, его отказ принять от поручителя

досрочное исполнение, даже если оно во всем остальном является надлежащим, не прекращает поручительство по основанию, предусмотренному п. 5 ст. 367 ГК. На обязательство поручителя в полной мере распространяется общее правило о досрочном исполнении (ст. 315 ГК).

Если случаи досрочного исполнения обязательства поручителем и можно обнаружить на практике, то они немногочисленны. Возможно, именно поэтому прежнее разъяснение не касалось вопроса самой допустимости досрочного исполнения обязательства поручителем и его последствий. Этим же, надо полагать, объясняется индифферентное отношение законодателя к данному вопросу в системе норм о поручительстве.

(б) Закон не устанавливает никакого регулирования для случая, когда обязательство поручителя исполняется до наступления срока обеспеченного им основного обязательства должника. Поэтому обоснование разъяснения Пленума ссылками на ст. 361 и 363 ГК не имеет под собой почвы. Все, что из них можно извлечь для рассматриваемого вопроса, — это то, что поручитель не обязан исполнять свое обязательство до нарушения обеспеченного поручительством обязательства должником, но разъяснение посвящено не этому. На самом деле Пленум заполняет пробел закона, используя методологию юриспруденции интересов.

Несмотря на то что, как обосновано выше, с практической точки зрения ответ на вопрос о последствиях досрочного исполнения обязательства поручителем не столь актуален, доктрина и позитивное право должны иметь ответ на него.

Как при раздельном, так и при совместном поручительстве исполнение обязательства поручителем влечет суброгацию прав кредитора по основному обязательству с должником, а также суброгацию прав кредитора к раздельному поручителю. Право переходит к новому кредитору на тех условиях, которые существовали к моменту перехода права (п. 1 ст. 384 ГК). Следовательно, досрочный поручитель получает неперфектное требование к должнику в основном обязательстве и к лицам, предоставившим обеспечение. Это означает, что суброгационный кредитор вправе требовать с указанных лиц исполнения их обязательств сообразно их условиям, в том числе после наступления срока исполнения основного обязательства. Иными словами, досрочное исполнение своего обязательства поручителем ничего не меняет в сроках исполнения обязанностей указанных лиц: они к досрочному исполнению не обязаны. Концептуально из этого исходит и Пленум, но его разъяснение требует некоторых уточнений.

(в) Разъяснение оперирует выражением о праве поручителя *требовать возмещения уплаченной суммы*. На самом деле применительно к суброгации уплаченная им сумма определяет объем переходящих к поручителю прав. Это принципиально важно, поскольку это не новое требование, срок исполнения которого определяется по условиям обязательств суброгационных должников. Это именно те самые субъективные гражданские права требования, которые принадлежали оригинальному кредитору, и они находятся в том обязательственном обрамлении, которое было до перехода прав. Но, что более важно, вопреки разъяснению Пленума, досрочный поручитель в соответствующих случаях вправе требовать не только «возмещения» уплаченной суммы, но и большего, равно как и меньшего. Приведем простейшие иллюстрации.

Допустим, имеется обеспеченное поручительством заемное обязательство, согласно условиям которого заемщик обязан вернуть через один год сумму полученного займа в размере 1,2 млн и по окончании пользования займом уплатить 10% годовых. Через 10 месяцев займодавец предлагает поручителю исполнить его обязательство в отношении выросших, но еще не просроченных должником процентов, и тот уплачивает досрочно сумму, равную процентам за 10 месяцев (100 тыс.), и только. Здесь разъяснение Пленума действует корректно. Через два месяца, когда обязательство заемщика по уплате процентов созреет, досрочный поручитель, став суброгационным кредитором по требованиям об уплате процентов за 10 месяцев, вправе будет потребовать с заемщика ровно ту сумму, которую он уплатил кредитору (100 тыс.), и более ничего, если заемщик уплатит ему своевременно.

Разовьем пример. Допустим в названных обстоятельствах заемщик уплачивает досрочному поручителю причитающееся с 30-дневной просрочкой, а договором с заемщиком предусмотрена неустойка за несвоевременную уплату процентов в размере 0,5% в день. Поручитель имеет право потребовать «возмещения» в размере 115 тыс. Как видно, это больше, чем уплаченная досрочным поручителем сумма (100 тыс.).

Приведем еще один пример. Допустим в заданных условиях поручитель по требованию кредитора или по своей инициативе уплачивает через 10 месяцев кредитору 1,3 млн, которые тот принимает. В силу суброгации кредитор выбывает из обязательства полностью, а через два месяца досрочный поручитель вправе потребовать уплаты с заемщика 1,32 млн, т.е. опять же больше, чем он уплатил оригинальному кредитору, а в случае просрочки заемщика и того больше, сообразно ее продолжительности.

Если ответственность другого раздельного поручителя была ограничена договором поручительства, например, по сумме, то приведенное суждение требует корректировки, поскольку как досрочный поручитель, так и любой другой поручитель, исполнивший свое обязательство, не вправе требовать с такого поручителя «возмещения» уплаченной суммы, если она превышает предел ответственности другого поручителя. Здесь сумма причитающегося досрочному поручителю может оказаться меньшей, чем уплаченная им кредиторы.

Указывая на *остальных поручителей*, их дифференциацию на совместных и раздельных Пленум не проводит. Если к раздельному поручителю досрочный поручитель обращается на основании суброгации, то требование к другим совместным поручителям является регрессным. Это потребует корректировки разъяснения в соответствующих случаях. Приведем пример. Допустим, обязательство должника обеспечено двумя совместными поручителями. Один из них досрочно исполняет свое обязательство в размере всего того, что причитается с должника в основном обязательстве. В отношении должника досрочный поручитель вправе по наступлении срока исполнения его обязательства потребовать «возмещения» всей уплаченной суммы. Здесь разъяснение срабатывает корректно, но в отношении оставшегося поручителя досрочный поручитель имеет право потребовать такого «возмещения» только за вычетом падающей на него доли, по общему правилу — только половину уплаченного. Здесь разъяснение требует адаптации к этому случаю.

Приведенные примеры показывают, что комментируемое разъяснение обозначает скорее общую идею, которая требует корректировки при ее приложении к конкретным казусам. Учение о суброгации и регрессе позволяет это сделать без особых затруднений. На самом деле разъяснение Пленума сфокусировано не на том, что может требовать досрочный поручитель, а на том, когда он может требовать.

(г) Пленум указывает, в частности, что досрочный поручитель вправе требовать возмещения уплаченной суммы *с остальных поручителей*. Это разъяснение также требует анализа и уточнения.

Если неизменность сроков исполнения должника в основном обязательстве и раздельного поручителя обосновывается суброгационной концепцией (перемена лица в обязательстве срока исполнения не меняет), то в отношении регрессного требования такое обоснование непригодно. Дело в том, что регрессное требование является новым требованием, в отличие от требования по основному обязательству, которое зависит от наступления срока в основном обязательстве. Более

того, поскольку регрессный кредитор имеет иск с момента исполнения основного обязательства, что следует из подп. 1 п. 2 ст. 325 ГК, можно было бы прийти к выводу, что к совместным поручителям досрочный поручитель вправе предъявить регрессное требование сразу же после исполнения своего обязательства в пользу кредитора. Но тогда разумные ожидания других сопоручителей были бы обмануты. Они готовы были разделить ответственность с другими поручителями, но на условиях, которые следуют из основного обязательства, в том числе по срокам. То обстоятельство, что один из поручителей предпочел исполнить свое обязательство досрочно, не должно ставить регрессных должников в худшее положение по сравнению с тем, как развивались бы отношения согласно заложенному программой обязательства порядку. Поэтому сформулированную Пленумом правовую позицию следует распространить на требование досрочного поручителя к совместному поручителю, что соответствует буквальному значению комментируемого разъяснения, не выделяющего поручителей по указанному основанию.

Нормативное обоснование привязки срока по регрессному обязательству к сроку исполнения по основному обязательству подыскать затруднительно, в том числе потому, что обеспечительный регресс в позитивном праве вообще никак не урегулирован. Здесь можно предложить воспользоваться теорией общих возражений, которая, правда, также не имеет нормативной опоры в нашем законе, но обоснована в доктрине. Совместный поручитель, как указывалось, не обязан к досрочному исполнению, т.е. имеет дилаторную эксцепцию против досрочного требования. Его досрочное исполнение кредиторю означает, что по отношению к сопоручителям он недобросовестно не пользуется данной эксцепцией, а потому в отношении регрессатов (других поручителей) должен принять на себя невыгодные последствия, т.е. ожидать срока, когда дилаторная эксцепция прекратится, а это имеет место при нарушении должником основного обязательства.

(д) Пленум не дает никакого разъяснения в части отношений между досрочным поручителем и *залогодателем*. Здесь специфика заключается в том, что поручитель не вправе требовать с залогодателя какого-либо платежа, а уполномочен при наступлении соответствующих оснований требовать обращения взыскания на заложенное имущество. Что касается выражения о «возмещении уплаченной суммы», то при его применении к залогоу оно требует правильного восприятия в том смысле, что удовлетворение требования поручителя ограничивается

суммой, вырученной от реализации предмета залога, и большего поручитель требовать с такого лица не вправе. Если же залогодатель являлся совместным с досрочным поручителем, требуется учитывать правила о разверстке.

(е) Комментируемая правовая позиция не касается вопроса о *процентах*, предусмотренных п. 1 ст. 365 ГК, в соответствии с которым поручитель вправе требовать от должника уплаты процентов *на сумму, выплаченную кредитору*. Как бы ни определять условия уплаты этих процентов (см. п. «л» *комментария к п. 18 Постановления*), досрочный поручитель в любом случае не вправе требовать их уплаты с момента исполнения своего обязательства, поскольку оно произведено досрочно.

(ж) Особой спецификой будет обладать случай исполнения поручителем своего обязательства до наступления срока исполнения по основному обязательству, если в правопорядке упрочится имеющийся в судебной практике подход особых последствий изменения срока в основном обязательстве после просрочки, влекущий неакцессорную досрочную перфекцию поручительства (см. п. «д» *комментария к п. 11 Постановления*).

(з) Императивность разъяснения Пленума о том, что досрочный поручитель может предъявить соответствующие требования *только после наступления срока* исполнения основного обязательства, не следует воспринимать таким образом, что это означает неизменность данного срока. В случаях, предусмотренных законом или договором, должник может быть обязан к досрочному исполнению обязательства. Поскольку досрочный поручитель, оказавшись кредитором в основном обязательстве, получает соответствующие секундарные права, он вправе реализовать право на акселерацию долга, если для этого имеются основания. Для тех, кто согласен, что предъявление надлежащего требования о досрочном исполнении влечет преобразовательный эффект в виде изменения срока исполнения обязательства, данная ситуация вполне подпадает под рассматриваемое разъяснение. Если же досрочное требование считать явлением *sui generis*, изначального срока исполнения в основном обязательстве не меняющим, обоснование права кредитора по его требованию к поручителю потребует дополнительных аргументов. Но в любом случае трудно не согласиться с тем, что при наличии соответствующих оснований требование досрочного исполнения основного обязательства, если оно не удовлетворено должником в основном обязательстве, должно давать право досрочному поручителю предъявить требование как к совместному,

так и к раздельному поручителю, равно как и потребовать обращения взыскания на заложенное имущество. Иной подход лишил бы обеспечение его функции и препятствовал бы достижению тех целей, ради которых институт обеспечения укоренился в правопорядке. Приведем простой пример: допустим, поручитель досрочно исполнил свое обязательство, уплатив кредитору сумму, равную всему тому, что причитается кредитору по заемному обязательству, обеспеченному данным поручительством. Вследствие суброгации он занимает место кредитора в основном обязательстве. Если после этого ухудшаются условия обеспечения по обстоятельствам, за которые займодавец не отвечает, досрочный поручитель должен иметь право в соответствии со ст. 813 ГК потребовать досрочного исполнения основного обязательства, а если оно не будет исполнено, предъявить соответствующие требования к другому поручителю или залогодателю.

Разумеется, досрочное исполнение поручителем своего обязательства в связи с тем, что и срок в основном обязательстве наступил досрочно, а должник его не исполняет или исполняет ненадлежащим образом, не превращает поручителя в досрочного. Здесь действует ординарный порядок.

(и) Хотя Пленум не касается вопроса обеспечения поручительством основного обязательства с отлагательным условием, видимо, по причине невысокой актуальности подобных случаев, комментируемое разъяснение *mutatis mutandis* подлежит применению и к названным ситуациям. Исполнив свое обязательство до наступления условия, в силу суброгации поручитель занимает место кредитора в таком обязательстве и дожидается сначала наступления условия (полуперфекция), а затем наступления срока исполнения. Только после этого при нарушении должником обязательства (полная перфекция) он вправе предъявлять соответствующие требования.

(к) Если поручительством обеспечено обязательство, которое не предусматривает срок его исполнения и не содержит условия, позволяющие определить этот срок, а равно и в случаях, когда срок исполнения обязательства определен моментом востребования, комментируемое разъяснение подлежит применению с учетом п. 2 ст. 314 ГК. По общему правилу при исполнении поручителем договора поручительства в силу суброгации он занимает место кредитора в основном обязательстве и получает секундарное право потребовать исполнения. Его реализация запускает начало истечения льготного срока должника на исполнение, после окончания которого наступает полная перфекция по требованию к должнику, а при нарушении им обязательства наступает полная пер-

фекция по требованию к другим лицам, предоставившим обеспечение (поручителям, залогодателям).

(л) По буквальному значению разъяснения, правило о том, что поручитель вправе требовать соответствующего исполнения только после наступления срока исполнения основного обязательства, действует в отношении досрочного поручителя. На самом деле это правило *универсально* и действует также и в тех случаях, если поручитель не является досрочным. Это следует для соответствующих случаев из структуры некоторых обязательств. Например, если поручитель по процентному займу, исполнив свое обязательство после просрочки заемщика, занимает место кредитора, его право требовать исполнения по таким обязательствам, как регулятивные или охранительные проценты, равно как и по неустойке за будущие периоды, становится перфектным только после наступления сроков исполнения по этим обязательствам.

22. Должник, исполнивший основное обязательство, обязан известить об этом известного ему поручителя немедленно. В отсутствие такого извещения поручитель, исполнивший свое обязательство, вправе по своему выбору взыскать с кредитора излишне уплаченное или предъявить регрессное требование к должнику. При удовлетворении должником регрессного требования поручителя должник вправе потребовать от кредитора уплаты лишь излишне полученного. Однако если кредитор умышленно совершил действия, направленные на получение удовлетворения от поручителя, несмотря на то, что обязательство прекратилось исполнением должника, последний также вправе потребовать возмещения и иных убытков (пункт 4 статьи 1, пункт 2 статьи 366 и пункт 4 статьи 401 ГК РФ).

(а) Функционально поручительство, как и всякое обеспечение, нужно только тогда, когда существует риск неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Этот риск есть всегда, пока имеется неисполненное обязательство должника, ибо всякому обязательству имманентно присуща некоторая непрочность. Следовательно, как только упомянутый риск объективно отпадает, в поручительстве больше нет нужды. Данный эффект проявляется в случае надлежащего исполнения всех обязательств, обеспеченных поручительством.

По общему правилу кредитор имеет фактическую возможность получить удовлетворение как от должника в основном обязательстве, так и от поручителя, поскольку каждый из них имеет долг перед кредитором. Но ни экономически, ни юридически кредитор не должен

получать двойное предоставление, ибо имеет право только на одинарное. Стало быть, правопорядок должен иметь юридические средства, чтобы не допускать получения кредитором недолжного (излишнего). При исполнении обязательства по договору поручительства это достигается при помощи суброгации (п. 1 ст. 365 ГК). При надлежащем исполнении основного обязательства это в силу акцессорности достигается прекращением поручительства (п. 1 ст. 408, п. 1 ст. 367 ГК).

Исполнение основного обязательства происходит при взаимодействии кредитора и должника либо третьего лица. Поручитель в таком взаимодействии не участвует, а потому может и не знать о том, что исполнение было произведено полностью или в части. Поэтому имеется вероятность того, что обстоятельства сложатся таким образом, когда, несмотря на исполнение основного обязательства, поручитель исполнит свое обязательство. Перед правопорядком стоит задача по предотвращению такого исхода, а если он все же произойдет — по установлению юридических последствий этого, которые привели бы к эффективной защите прав поручителя и устранению экономической диспропорции. В позитивном праве данную задачу призван решить п. 2 ст. 366 ГК.

(б) Прежнее разъяснение указанной нормы ГК об извещении поручителя было малосодержательно.

В соответствии со ст. 366 ГК должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан немедленно известить об этом поручителя. В противном случае поручитель, исполнивший обязательство перед кредитором, по своему выбору вправе предъявить регрессное требование к должнику либо взыскать с кредитора неосновательно полученное.

Возмещению также подлежат расходы, понесенные поручителем в связи с исполнением обязательства перед кредитором¹.

Пленум же подходит к делу чуть более обстоятельно, несколько развивая наше право.

Для целей предотвращения получения кредитором исполнения как от должника, так и от поручителя, а также в интересах последнего закон устанавливает, что должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан известить об этом поручителя немедленно. Пленум обоснованно редуцирует данное правило в интересах должника, учитывая тот случай, когда должнику неизвестно о предоставлении поручительства кредитором (см. п. «б» *комментария*

¹ См. п. 31 Постановления № 42.

к п. 4 *Постановления*). Действительно, алогично, а потому несправедливо требовать от должника извещения поручителя, если он не знает о самом факте наличия поручительства. Но Пленум устанавливает защиту интересов должника еще лучшим образом, поскольку говорит об информационной обязанности должника в отношении *известного ему* поручителя. Дело в том, что нельзя исключать и такого случая, что должник знает о наличии некоего поручительства по его обязательству, но ему неизвестно, кто именно его предоставил. Ясно, что и в этом случае нельзя требовать от должника невозможного (*ad impossibilia nemo tenetur*) или возлагать на него бремя и издержки принятия мер по раскрытию личности поручителя. Коль скоро поручитель вторгся в чужие отношения без согласия и без ведома должника, он и должен нести все невыгодные последствия и риски, с этим связанные. Вместе с тем, если должник уведомлен кредитором, поручителем или осведомлен иным образом о поручителе, его обязанность по немедленному извещению возникает и должна надлежаще исполняться.

Интересно заметить, что первоначальный **проект** Постановления отмеченного уточнения первоначально не содержал, и оно появилось впоследствии при его доработке, видимо, благодаря предложению неизвестного нам прозорливого цивилиста.

(в) Конечно, Пленум не может отразить всех деталей, связанных с извещением должником поручителя об исполнении им основного обязательства, но мы можем себе позволить еще несколько ремарок на этот счет.

Пленум не делает каких-то *исключений для информационной обязанности должника*, равно как и для последствий ее нарушения. Однако, как представляется, такие исключения следует сделать. Обязанность извещения поручителя не возникает, если последнему достоверно известно об исполнении обязательства должником. Например, если поручитель, являясь одновременно и представителем должника, осуществляет по его поручению исполнение основного обязательства, обязывать должника под страхом невыгодных последствий к извещению поручителя было бы сущим формализмом. Несколько сложнее обстоит дело с таким случаем, когда поручитель обладает достоверной информацией об исполнении обязательства должника из других источников, помимо последнего, но, не имея формального извещения от должника, учиняет исполнение своего обязательства кредиторю. К примеру, поручитель, являясь аффилированным с должником лицом, вследствие того или иного корпоративного взаимодействия с другими связанными с должником лицами получает документы (подлинники или надлежаще

заверенные копии) об исполнении обязательства должником. В таких условиях представляется несправедливым предоставить поручителю регрессное требование к должнику, ограничив способы его защиты только кондикционным требованием к кредитору, а также в соответствующих случаях о возмещении убытков (об убытках *см. п. «л» комментария ниже*). На первый взгляд описанная ситуация может показаться фантазийной, ибо поручитель едва ли будет действовать в ущерб себе, но в каких-то обстоятельствах у поручителя может появиться интерес (причем не всегда законный) получить регрессное требование именно к должнику. Еще сложнее обстоит дело с такой ситуацией, когда поручителю что-то известно об исполнении обязательства должником, но достоверных данных он на этот счет не имеет. Исходя из принципа добросовестности (п. 3 ст. 307 ГК), возможно, в каких-то случаях, смотря по обстоятельствам, можно обнаружить обязанность поручителя предпринять разумные меры по подтверждению имеющейся у него информации у должника и при молчании последнего в разумный срок считать его исполнение кредитором надлежащим и порождающим право на регресс к должнику, если впоследствии выяснится, что основное обязательство действительно было исполнено.

Соглашением должника и поручителя могут быть предусмотрены детали и другие особенности названного извещения. Например, оно может предписывать форму и порядок извещения, устанавливая, скажем, направление извещения по определенным каналам связи (определенный адрес электронной почты, мессенджера, использование функционала сайта и т.п.). Такое соглашение может предусматривать предварительное и последующее уведомление, т.е. извещение в определенный период до исполнения и после него.

Ни закон, ни разъяснение не касаются *частичного исполнения* обязательства, но, исходя из цели законодательного регулирования, информационная обязанность должника распространяется и на такие случаи, причем как при исполнении одного из обеспеченных поручительством обязательств в узком смысле целиком, так и в части. При каждом частичном исполнении требуется отдельное извещение.

Следует обратить внимание на традиционную замену в разъяснении выражения закона об «обязательстве, обеспеченном поручительством» термином «основное обязательство» исходя из принятого в п. 1 **Постановления** словоупотребления. Если в большинстве других случаев такая замена в контексте того или иного разъяснения никаких сложностей не порождает, в данном случае это может вызывать вопрос. Впрочем, последний возникает в любом случае и требует ответа.

Обязан ли должник извещать поручителя, если он исполняет обязанность, не обеспеченную поручительством? Если указанный термин понимать в значении обязательства в широком смысле (например, как договор), то формально-юридически к такому извещению должник обязан и в названном случае. Если же понимать его в узком смысле как конкретную обязанность, возникшую из того или иного основания, то *при исполнении обязанности, поручительством не обеспеченной*, должник к извещению поручителя не обязан. В ответе на поставленный вопрос следует исходить не столько из приведенного терминологического анализа применительно к структуре обязательства, сколько из целей закона, установив, какой интерес он защищает. Это уже было проделано выше, а потому здесь можно сразу прийти к суждению, что исполнение должником обязанности, поручительством не обеспеченной, не может повлечь риск исполнения поручителем недолжного, а следовательно, отсутствует интерес, который мог бы удовлетворяться извещением. Приведем пример: предположим, что ответственность по договору поручительства ограничена только суммой основного долга, а должник, скажем, исполняет свою обязанность по уплате регулятивных процентов. Кредитор не вправе требовать исполнения поручителем его обязательства при неисполнении обязательства в отношении таких процентов в любом случае, а если и предъявит такое требование, поручитель, действуя в своем интересе, вправе отказать ему независимо от того, известно поручителю об исполнении обязанности должником или нет. Изложенное позволяет прийти к такому выводу: должник не обязан извещать поручителя при исполнении обязательства, не обеспеченного поручительством.

Ни закон, ни комментируемый пункт не уточняют особенностей *извещения при множественности поручителей*. Ясно, однако, что при исполнении обязательства, обеспеченного поручительством, извещены должны быть все поручители, которые предоставили обеспечение по данному обязательству, поскольку в этот момент неизвестно, к кому из поручителей кредитор может предъявить требование, в том числе учитывая имевшееся у него право предъявить требование к каждому из них.

Можно отметить еще один нюанс: если должник узнает о наличии поручителя после того, как он уже произвел исполнение, он обязан немедленно известить такого поручителя. Равным образом, если поручитель уже исполнил свое обязательство кредитору после того, как должник исполнил свое обязательство, должник и в этом случае обязан известить поручителя. В такой ситуации поручитель вправе защищать

свои права в порядке, предусмотренном п. 2 ст. 366 ГК, но для этого он должен знать, что его права нарушены.

На информационную обязанность должника по извещению поручителя не оказывает никакого влияния, в чью пользу производит исполнение должник – в пользу оригинального или уже в пользу суброгационного кредитора. В последнем случае имеется в виду ситуация, когда один из поручителей исполнил свое обязательство и по суброгации занял место кредитора, а должник исполняет ему свое обязательство при наличии другого поручителя.

В силу п. 1 ст. 355 ГК должник обязан к соответствующему извещению не только в отношении поручителя, но и в отношении залогодателя. Но он не обязан к извещению поручителя второго уровня (см. п. «г» комментария к п. 1 *Постановления*), поскольку интерес последнего должен обеспечиваться при исполнении обязательства поручителем первого уровня.

Из контекста п. 2 ст. 366 ГК можно усмотреть, что рассматриваемое извещение поручителя должник обязан произвести, когда он своими действиями исполнил свое обязательство («Должник, исполнивший обязательство...»). Но при такой интерпретации права поручителя могут быть нарушены в случаях, когда обязательство было исполнено за счет имущества должника без совершения им каких-либо действий, в том числе помимо его воли (например, в рамках исполнительного производства), либо за счет действий третьего лица. С учетом цели, которую преследует законодатель, следует обнаружить информационную обязанность должника и в этих случаях, за исключением, пожалуй, одного из них. К нему следует отнести ситуацию исполнения обязательства должника третьим лицом (ст. 313 ГК) при отсутствии возложения, если должник не знал о таком исполнении. Вместе с тем, как только и если должник узнает об исполнении за него обязательства третьим лицом, он должен немедленно известить поручителя об этом.

(г) Нетрудно заметить, что как прежнее разъяснение, так и действующее при изложении гипотезы п. 2 ст. 366 ГК избегают законодательного выражения «*в свою очередь*» («...поручитель, в свою очередь исполнивший свое обязательство...»). Думается, в этом нет какого-то сокрытого смысла, поскольку в самой норме какой-то нагрузки данная лексическая единица практически не несет, являясь просто фигурой речи. Ясно, что указанная гипотеза охватывает именно второе по очереди предоставление в пользу кредитора. Обратная очередность (когда должник исполняет свое обязательство после исполнения обязательства поручителем), согласно юридической логике, привело бы

к иной ситуации, урегулированной в другой норме, — неосновательному обогащению оригинального кредитора, которое подлежало бы взысканию в пользу суброгационного кредитора (п. 3 ст. 389.1 ГК), но без возникновения у поручителя права на регресс к должнику.

(д) Также можно отметить, что Пленум, в отличие от закона и прежнего разъяснения, отказывается от выражения «*в противном случае*» («В противном случае поручитель...»). Трудно с уверенностью сказать, зачем потребовалось при изложении гипотезы нормы закона отклоняться от ее редакции; возможно, причины лежат просто в стилистических предпочтениях разработчиков [Постановления](#) (правда, в п. 20 [Постановления](#) редуccionной реакции это выражение не вызвало). Впрочем, нельзя исключать, что такое изъятие сделано для исключения каких бы то ни было сомнений относительно того, к чему именно относится выражение «в противном случае» — к исполнению поручителя, к извещению или к факту известности поручителя должнику. Так или иначе, замена названного выражения буквальным указанием — «в отсутствие такого извещения» — никакой неясности для смысла разъяснения не влечет, и никаких содержательных выводов из названной замены сделать мы не можем.

(е) Как прежде, так и действующее разъяснение дополняли диспозицию п. 2 ст. 366 ГК указанием, что установленная им альтернатива в способах защиты прав поручителя реализуется *по его выбору*. С одной стороны, это и так следует из закона, но, с другой стороны, указанное дополнение делается для того, чтобы упредить бесплодные попытки разграничить основания, при которых поручитель имеет кондикционный иск к кредитору, и основания, при которых он имеет регрессный иск к должнику. Видимо, кто-то мог подумать, что в зависимости от тех или иных обстоятельств у поручителя есть или один, или другой иск.

Предоставление поручителю выбора сделано законодателем и уточнено в разъяснении ввиду укрепления его позиции, поскольку нарушение его права на информацию и соответствующие имущественные потери требуют эффективного восстановления его прав. Дело заключается в том, что в некоторых случаях либо кредитор, либо должник могут оказаться несостоятельными. В такой ситуации наличие альтернативы позволит кредитору уменьшить свои риски, предъявив требование к тому, кто в несостоятельность не впал или просто более состоятелен, чем другой, что также повышает шансы поручителя на восстановление своих прав. В любом случае для поручителя наличие выбора между двумя должниками лучше, чем его отсутствие.

Чуть более сложный вопрос возникает в отношении последствий выбора поручителем одного из способов защиты. Означает ли это отпадение другого способа защиты? Прекращение такого секундарного права, как право выбора, может побудить обратиться к концепции альтернативных обязательств. Но здесь с позиций юридической техники в отыскании ответа на этот вопрос нужно принять во внимание другое разъяснение Пленума. Исходя из положений ст. 308.1 ГК об альтернативных обязательствах, не является альтернативным обязательство, предмет которого определен, но при котором кредитору предоставлено право *выбора из нескольких* предусмотренных законом *способов защиты* своего нарушенного права (например, в случаях, предусмотренных п. 1 ст. 475, п. 1 ст. 612, п. 1 ст. 723 ГК). Хотя прямо здесь п. 2 ст. 366 ГК не назван, приведенный перечень норм является примерным, а содержание разъяснения можно рассматривать как охватывающее и рассматриваемую альтернативу, несмотря на то что названные случаи не тождественны. Но решающим, наверное, все же должны быть политико-правовые, а не юридико-технические резоны. Коль скоро перед правопорядком стоит задача эффективного восстановления нарушенных прав поручителя, то его правовые возможности не следует ограничивать, позволив ему приспособить свою защиту под меняющиеся обстоятельства. Если, скажем, после предъявления иска к одному из ответственных субъектов выясняется, что добиться реальной защиты своих прав поручителю затруднительно, надо предоставить ему право заявить иск к другому. Ясно, конечно, что это не должно приводить к неосновательному обогащению поручителя, а потому каждое из ответственных лиц должно быть снабжено возражением против иска поручителя в той части, в которой исполнение получено от другого. Конечно, тут законодателю надо было бы быть последовательным и объявить кредитора и должника солидарными должниками, тем более что складывающаяся практика не видит уже препятствий в образовании солидаритета по обязательствам, возникшим из различных правовых оснований. Пленум также не решился на этот шаг или не видел в нем необходимости. Но и препятствий для такого вывода не имеется ни в законе, ни в комментируемом разъяснении, ни по существу.

Вряд ли можно привести аргументы в пользу того, что альтернатива в способах защиты поручителя является несправедливой. Напротив, имеются аргументы об обратном выводе. Кредитор не может отговориться от кондикции, поскольку *volens nolens* он действительно получил недолжное, а то, что это, быть может, произошло без его вины или

иной упречности, для кондикции значения не имеет. Не оставлять же ему, как выражается Пленум, излишне уплаченное. Должник также не может считать регрессный иск к нему несправедливым, ведь именно его незаконное бездействие привело к нарушению прав поручителя.

(ж) Защита имущественных интересов поручителя, который вследствие отсутствия извещения уплатил недолжное, установлена законом посредством предоставления поручителю по его выбору требования к кредитору или к должнику.

Пленум, излагая соответствующее правило п. 2 ст. 366 ГК, в части взыскания с кредитора заменяет термин «неосновательно полученное» термином «*излишне уплаченное*». В ГК введенное Пленумом понятие используется в двух специфических случаях в страховании (п. 1 ст. 951 и п. 4 ст. 965 ГК), и какой-то связи с рассматриваемым отношением при поручительстве не просматривается. Потому достаточно сложно сделать предположение, зачем была нужна такая терминологическая эквилибристика, учитывая, что прежнее разъяснение оперировало законодательным термином. Быть может, именно в этом месте было решено начать развивать концепцию так называемых реверсивных обязательств, а чтобы будущее развитие названного направления не конфликтовало с терминами данного разъяснения, и была предпринята указанная замена. Впрочем, наша догадка кажется маловероятной, в том числе и потому, что если и требуется отграничение реверсивных обязательств от кондикционных, то это еще предстоит доказать нашей науке, а ее современное состояние по данной теме, пожалуй, сложно охарактеризовать даже как зачаточное.

Акцентирование внимания на указанной терминологической замене — не пустая придирка в неточности используемых понятий. Это вопрос по существу: распространяются ли на отношения между поручителем и кредитором правила о неосновательном обогащении со всеми вытекающими отсюда последствиями? Теоретических причин отказаться от квалификации данных отношений в качестве кондикционных пока не усматривается. Анализ судебной практики тоже вроде бы не дает оснований считать, что такая квалификация влечет какие-то фундаментальные проблемы, а потому настоятельно требует изменения. Да и уход в неизведенное отношение по взысканию излишне уплаченного, кажется, ничему помочь не сможет, а, наоборот, оставит эти отношения в цивилистическом вакууме. Потому есть основания полагать, что употребление указанного выражения никаких специальных целей не преследовало и является всего лишь лексической фигурой. Впрочем, из последующих комментариев будет видно,

что, возможно, притязание в отношении этого пресловутого «излишне полученного» является требованием о возмещении убытков.

(3) Если получение исполнения поручителем по кондиционному обязательству от кредитора приводит к устранению экономической диспропорции в сложившейся структуре отношений трех лиц, то получение им удовлетворения по регрессному требованию к такому результату не приводит, обеспечивая лишь восстановление имущественных прав поручителя. Поэтому закон предусматривает, что в данном случае должник вправе взыскать с кредитора лишь неосновательно полученное. Таким образом, здесь экономическая диспропорция устраняется как бы обратным ходом: излишне полученное за счет поручителя находится у кредитора, но поручитель возмещает его за счет должника, а должник, в свою очередь, возмещает свои издержки за счет кредитора. В результате восстанавливается экономическое равновесие в отношениях всех трех лиц. Этот последний этап развития отношений в прежнем разъяснении не затрагивался.

В отношении требований должника к кредитору Пленум также несколько уточняет гипотезу нормы. В законе сказано, что «поручитель, в свою очередь исполнивший свое обязательство, вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное или *предъявить* регрессное требование к должнику. *В последнем случае* должник вправе взыскать с кредитора лишь неосновательно полученное». Это выражение «в последнем случае» Пленум заменяет выражением «*при удовлетворении должником регрессного требования поручителя*». Здесь такая замена обоснованна, и можно предположить, почему она сделана. Дело в том, что редакция процитированного фрагмента нормы закона не самая удачная. Из нее можно сделать вывод, что сам факт предъявления поручителем регрессного требования к должнику влечет неосновательное обогащение кредитора за счет должника. Это, конечно, не так. Пока должник не удовлетворил требование регрессного кредитора (поручителя), неосновательного обогащения у кредитора за счет должника не имеется. Пленум как раз исправляет эту неточность закона, указывая, что право требования к кредитору должник имеет при удовлетворении им регрессного требования поручителя. Тем самым все встает на свои места.

Нетрудно заметить, что и в этой части разъяснения Пленум заменяет выражение закона о неосновательно полученном кредитором термином «излишне полученное», что лишь усиливает настороженность в отношении правильного понимания нами юридической квалификации этого требования (см. п. «ж» комментария выше).

Пленум вслед за законодателем повторяет, что в рассматриваемом случае должник вправе взыскать с кредитора *лишь* неосновательно полученное. Ни прежнее разъяснение, ни действующее о значении этого «лишь» не высказывались. Какая смысловая нагрузка вкладывалась законодателем в это лаконичное уточнение? Можно предположить, что имелась в виду недопустимость привлечения кредитора к ответственности перед должником. Дело в том, что в соответствующих случаях требование кредитора платежа от поручителя в условиях, когда он получил исполнение от должника, можно было бы рассматривать как нарушение, причем не только прав поручителя, что очевидно, но и прав должника, который, ответив по регрессному иску, может понести вследствие этого какие-то убытки. Но причиной обогащения кредитора являются в том числе и действия должника, который не известил поручителя. Иными словами, в некоторых случаях упречными оказываются как действия кредитора, так и действия должника. Быть может, потому законодатель и решил ограничиться лишь экономическим выравниванием в отношениях сторон без привлечения каждой из них друг перед другом к ответственности. Не факт, что это является правильным законодательным решением, поскольку все его достоинство в простоте, а вот степень упречности действий кредитора и должника законом не учитывается. Последнее отчасти исправляется Пленумом.

(и) Сравнение прежнего и действующего разъяснения показывает, что ранее сначала говорилось о праве поручителя *предъявить* регрессное требование, а затем о *взыскании* неосновательного обогащения, тогда как действующее разъяснение сначала говорит о взыскании *излишне уплаченного*, а затем о *предъявлении регрессного требования*. Изменение очередности упоминаний способов защиты, как представляется, никакого значения не имеет, хотя оно и более соответствует очередности их указания в законе в действующем разъяснении. Сама по себе эта очередность не имеет никакого правового значения, ибо выбор способа защиты осуществляет поручитель, а потому и ее изменение в разъяснении также иррелевантно. Различию терминологии в части предъявления требований или взыскания также не следует придавать правового значения, поскольку такое словоупотребление, скорее, выбрано для избегания повторов. Ясно, что поручитель вправе произвести взыскание по регрессному требованию, а не только предъявлять его должнику, равно как он имеет право и предъявить кондикционное требование кредитору, а при неисполнении им обязательства произвести взыскание по суду.

(к) Коварство кредитора, получившего исполнение от должника, в истребовании недолжного с поручителя, чье обязательство перед ним прекратилось, не должно быть оставлено без последствий. Но не столько для того, чтобы наказать кредитора, сколько для того, чтобы возместить потери, которые понесены из-за его действий. Пленум развивает наше право в этом направлении, устанавливая по существу новую норму о том, что кредитор должен, помимо уплаты излишне полученного, возместить убытки по требованию должника, если при получении удовлетворения от поручителя он совершал направленные на это действия умышленно.

Пленум именует их *иными убытками*, что может привести к суждению, что излишне уплаченное, на которое претендует должник, также является убытками. Возможно, это еще раз подтверждает, что наша настороженность в отношении правовой природы притязания на излишне уплаченное, причем как в отношении требования кредитора (см. п. «ж» *комментария выше*), так и в отношении требования должника (см. п. «з» *комментария выше*), небеспочвенна, и оно не является требованием о возврате неосновательного обогащения. Если действительно имеется в виду квалификация названных требований в качестве возмещения убытков, то с таким суждением трудно согласиться. Дело в том, что возмещение убытков является правоохранительным требованием, т.е. ответственностью лица, которая при определенных обстоятельствах может и не наступить. Последнее неприемлемо для рассматриваемых отношений, поскольку приводит к неосновательному обогащению соответствующего лица (должника или кредитора). Здесь речь идет об экономическом выравнивании состояния имущественных масс на основании принципа эквивалентности. Например, если извещение поручителя должником не достигло цели в результате глобальной технологической катастрофы систем связи, едва ли это обстоятельство непреодолимой силы должно оставить поручителя ни с чем, скажем, при банкротстве кредитора. Другое дело, что его ответственности в виде возмещения каких-либо убытков кредитора не должна наступать, но сама сумма уплаченного подлежит возмещению. Тем более трудно привести отвечающие принципу справедливости причины, по которым должник, удовлетворив требование регрессного кредитора (поручителя), может не получить возмещения с кредитора, имущество которого пополнилось недолжно полученным в конечном счете за счет имущества должника.

С уверенностью утверждать, что Пленум имел в виду квалификацию притязания к кредитору в части неосновательно полученного им

от поручителя в качестве убытков, все же затруднительно, особенно если проследить за тем, каким образом сформировалось действующее разъяснение. Первоначальный **проект** изначально содержал иную редакцию комментируемого пункта, в котором последнее предложение было следующим: «В случае удовлетворения должником регрессного требования поручителя должник вправе потребовать от кредитора уплаты *лишь излишне полученного, за исключением* случаев, когда кредитор умышленно совершил действия, направленные на получение удовлетворения от поручителя, несмотря на то, что обязательство прекратилось исполнением должника (пункт 4 статьи 1, пункт 2 статьи 366 и пункт 4 статьи 401 ГК РФ)». Как видно, ни о каких иных убытках речи не шло. Изменение редакции, возможно, было обусловлено тем, что приведенный фрагмент страдал неопределенностью, поскольку наряду с исключением из общего правила об ограничении требования должника лишь излишне уплаченным не имелось суждения о том, какое требование составляет это исключение. В действующей редакции исключение из общего правила выведено в отдельное предложение, где поименовано требование должника — возмещение убытков. При этом нельзя исключать, что характеристика данного требования в качестве *иных* убытков вкралась в редакцию случайным образом. Как бы то ни было, должникам следует быть готовыми преодолеть юридический риск квалификации их требований об излишне уплаченном в качестве убытков, хотя к таковым их отнести нельзя.

(л) Ограничение ответственности кредитора лишь случаем *умысла* также вызывает некоторые сомнения. Каждый участник оборота должен действовать осмотрительно, чтобы не причинять вреда другим его участникам. Можно, конечно, помыслить случаи, когда кредитор не знает о полученном от поручителя по неосторожности (например, он, не проверив банковский счет после предъявления требования к должнику, заявляет требование к поручителю). Думается, что здесь нет умысла, но имеется неосторожность, быть может, даже не грубая. Но насколько обоснованно освободить от ответственности такого беспечного кредитора, особенно когда он является профессиональным участником оборота, например банком? Уверенности в положительном ответе у нас нет. Другое дело, когда, скажем, гражданин, оказавшись без связи со своим представителем и не зная, что он получил исполнение от должника, предъявляет требование к поручителю. Здесь действительно следует обнаружить отсутствие вины и не привлекать кредитора к ответственности. Эти суждения, конечно, неоспорны, и, наверное, вопрос требует большей нюанс-

сировки, но отрадно уже то, что Пленум обозначил движение права в правильном направлении.

Что касается нормативного обоснования Пленумом права должника на возмещение убытков, то корректным является его ссылка на принцип добросовестности (п. 4 ст. 1 ГК), а ссылка на другие нормы — п. 2 ст. 366 и п. 4 ст. 401 ГК — едва ли помогает обосновать данный вывод. Ничего о возникновении требования об убытках, что могло бы опровергнуть норму закона о праве должника требовать уплаты *лишь* неосновательно полученного, в них не содержится.

Также имеются сомнения в том, что требованием о возмещении убытков наделяется *только должник*. Нет никаких оснований дискриминировать и поручителя. Вредоносное действие совершается именно в момент необоснованного требования кредитора об исполнении по прекращенному обязательству поручителя. И прежде всего от этих незаконных действий страдает именно имущественная сфера поручителя, а не должника. Потому было бы странным паллиативом снабдить должника требованием о возмещении убытков и лишить такого же требования самого поручителя.

Помимо этого, нельзя не обратить внимания и на то обстоятельство, что неисполнение должником своей информационной обязанности перед поручителем также является нарушением обязательства. То обстоятельство, что закон установил специальные последствия такого нарушения для восстановления нарушенных прав поручителя, не должно означать, что поручитель лишается права на возмещение убытков. Ведь, возмещая уплаченное кредитору, будь то за счет последнего или за счет должника, поручитель не покрывает тем самым возможные убытки, которые он не претерпел бы, если бы должник исполнил свою обязанность надлежащим образом.

(м) Прежнее разъяснение по п. 2 ст. 366 ГК содержало указание на то, что возмещению также подлежат *расходы, понесенные поручителем в связи с исполнением* обязательства перед кредитором¹. По контексту ясно, что под возмещением понимается соответствующее притязание как при кондикционном требовании к кредитору, так и при регрессном требовании к должнику. Пленум не воспринял этой правовой позиции, но и не сформулировал обратной. Расходы на исполнение своего обязательства обычно относятся на счет должника (ст. 309.2 ГК). Но поскольку в рассматриваемом случае эти расходы оказываются напрасными, то их можно было бы рассматривать в качестве убытков,

¹ См. абзац второй п. 31 Постановления № 42.

ведь ни в состав кондикционного, ни в состав регрессного требования они входить не могут, являясь отдельным притязанием. Теоретических оснований для отказа от указанной правовой позиции не имеется, закону она также не противоречит, поэтому остается надеется, что, несмотря на фигуру умолчания, созданную Пленумом, арбитражная практика сохранит эту правовую позицию, а суды общей юрисдикции последуют ей по собственному побуждению.

(н) Пленум вслед за законодателем рассматривает ситуацию, когда исполнение поручителем произведено кредитору вследствие того, что он не был извещен должником. Но нельзя исключать и такой случай, когда поручитель был надлежаще извещен должником, но по каким-то причинам не смог воспринять это извещение и учинил исполнение по договору поручительства. В данной ситуации действует фикция восприятия извещения в соответствии с п. 1 ст. 165.1 ГК: сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним. Действия должника не являются упречными, а потому регресса к нему быть не может. Последнее, однако, не означает, что поручитель лишается кондикционного иска к кредитору на общих основаниях, поскольку последний получил двойное исполнение, на что права не имеет. При этом обогатился он именно за счет поручителя, которому и обязан вернуть неосновательно полученное.

(о) В арбитражной практике была сформулирована такая правовая позиция (тезис): основной должник не вправе выдвигать против регрессного требования поручителя возражения, которые он имел против кредитора, если должник не информировал поручителя об исполнении обязательства. При этом приведенный к данному тезису казус описывал ситуацию, когда поручитель, получив требование кредитора, запросил информацию у должника, но, не получив ее в пределах нормально необходимого для ответа срока, по повторному требованию кредитора уплатил ему причитающееся, а затем вчинил регрессный иск должнику¹. При совокупном восприятии тезиса и казуса они не вызывают возражений и соответствуют закону. Но если попытаться взять тезис изолированно и истолковать его по методу *a contrario* для обратной ситуации, получится неудовлетворительный результат. Проведем это инвертирование. Основной должник вправе выдвигать против регрессного требования поручителя возражения, которые он имел против

¹ См. п. 13 Информационного письма № 28.

кредитора, если должник информировал поручителя об исполнении обязательства. Такое понимание было бы ошибочным, поскольку у поручителя просто нет притязания к должнику.

В этом случае, как было обосновано в предыдущем пункте комментария, поручитель имеет только кондикционное требование к кредитору, ибо тот неосновательно обогащается, но не имеет регрессного требования к должнику, поскольку для этого нет правовых оснований: извещение имело место. Ясно, что в тезисе не имели в виду такую чисто логическую текстуальную инверсию его содержания, а союз «если» там использован в значении «поскольку». Сам же пример был приведен, чтобы продемонстрировать наличие у поручителя права выбора обязанного субъекта, и за рамки нормы закона он не выходит, в сущности, не добавляя ничего дополнительного к нему.

Последствия изменения основного обязательства

23. Если основное обязательство было изменено без согласия поручителя, что повлекло увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, поручитель отвечает на прежних условиях (пункт 2 статьи 367 ГК РФ). Обязательство в измененной части считается не обеспеченным поручительством.

Под увеличением ответственности поручителя понимается, в частности, увеличение суммы основного долга, увеличение размера процентов по договору и т.п.

К неблагоприятным последствиям для поручителя может быть отнесено возникновение у поручителя вследствие заключения соглашения между должником и кредитором дополнительных обязанностей, установленных, например, законодательством о банках и банковской деятельности, о защите конкуренции, о валютном регулировании и валютном контроле, о ценных бумагах и т.п. Поручитель не несет ответственность за неисполнение обязательства перед кредитором в связи с указанными обстоятельствами (статьи 404 и 406 ГК РФ).

Поручитель, понесший дополнительные издержки по исполнению измененного обязательства, например, вследствие уплаты повышенной комиссии в другой банк, в том числе в случае признания судом изменения основного обязательства не ухудшающим положение поручителя, вправе требовать возмещения таких издержек кредитором и должником солидарно.

В договоре поручительства могут быть предусмотрены иные последствия изменения основного обязательства.

(а) Множество обязательств, возникнув, не претерпевают изменения своих условий вплоть до их прекращения тем или иным образом. Однако неопределенность будущего, отклонение обстоятельств от ожидаемых в программе обязательственного отношения сторон, изменение их потребностей и целый ряд других факторов неизбежно влекут необходимость изменения условий обязательств после их возникновения. Особенно это характерно для сложноструктурированных предпринимательских отношений, которые отражают чрезвычайную подвижность развитой экономики, а все возрастающая степень энтропии современного мира такова, что трудно рассчитывать на неизменность договоренностей сторон гражданского оборота. Чем длительнее обязательственное отношение, тем больше вероятность возникновения названной необходимости. Стало быть, следует заключить, что изменение условий обязательств зачастую обусловлено объективными потребностями их сторон и не является прихотью участников обязательств, а потому тем более должно уважаться правопорядком, которому необходимо вооружиться системой юридических средств, способных отреагировать на такие изменения, с тем чтобы при измененных условиях достигнуть справедливого экономического результата в отношениях сторон, затрагиваемых такими изменениями.

В силу акцессорности объема поручительства, а также иной зависимости поручительства от основного обязательства правовое положение поручителя может измениться в связи с изменениями условий основного обязательства. Поручитель по общему правилу отвечает в том же объеме, что и должник (п. 2 ст. 363 ГК). Изменения в лучшую сторону не требуют реакции правопорядка, разве что только в части подтверждения того, что улучшение положения должника идет и на пользу поручителю (см. абзац первый п. 24 *Постановления и комментарий к нему*). Но изменения могут приводить и к невыгодным последствиям для поручителя. Полагаться на аффилированность поручителя с должником в том смысле, что вследствие этого должник не станет менять условия обязательства в невыгодную для своего поручителя сторону, было бы весьма опрометчиво. Во-первых, данная аффилированность не всегда настолько сильна, чтобы закономерно вызывать такой сдерживающий эффект; во-вторых, связанность должника и поручителя может разрываться; в-третьих, собственная выгода от изменения может пересилить заботу должника об интересах поручителя (своя рубашка ближе к телу). Можно множить и дальше аргументы в пользу необходимости защиты правопорядком интересов поручителя при изменении основного обязательства, но и приведенных уже достаточно.

Самым лучшим способом интерес поручителя при изменении основного обязательства в худшую для него сторону соблюдается, когда такое изменение происходит с его согласия или одобрения. К этому и следует стремиться кредитору и должнику, чтобы избавить свои отношения от нежелательного юридического риска уменьшения обеспечительного эффекта поручительства. Но что, если основное обязательство все-таки изменено сторонами без согласия или одобрения поручителя и такое изменение влечет невыгодные последствия для поручителя?

(б) В новейшей истории гражданского права России модель защиты интересов поручителя при изменении основного обязательства успела претерпеть некоторую эволюцию. Первоначально из п. 1 ст. 367 ГК следовало, что поручительство прекращается в случае изменения обеспеченного им обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя без согласия последнего. Буквальное толкование данной нормы приводило к такому пониманию, что названное изменение основного обязательства влекло полное прекращение обеспечения¹. Трудно сказать, чем был вызван такой ригоризм законодателя по отношению к стабильности поручительства, особенно учитывая, что к тому времени была хорошо известна и достаточно апробирована в других правовых порядках на практике иная модель реакции правового порядка на указанное изменение основного обязательства. Можно сделать предположение, что такая строгость была принята ввиду опасений законодателя, обусловленных историческим моментом, — перехода от одного экономического уклада к другому, при котором риски поручителей колоссально возрастали. Однако, даже если в этом предположении и есть хоть толика реалистичности, все равно представляется, что для столь грубой и фатальной для юридической судьбы обеспечения реакции оснований не имелось.

Практика не преминула обнаружить случаи, когда такое юридическое последствие с очевидностью показало свою непропорциональность и несправедливость. Особенно ярко это проявлялось тогда, когда изменение основного обязательства влекло незначительные неблагоприятные последствия, а поручительство прекращалось полностью, в том числе и в отношении неизменной части обязательства. Также иллюстративными были ситуации, когда поручитель опосредованно получал очевидную имущественную выгоду от изменения основного обязательства, а затем ссылался на прекращение своего обязательства.

¹ См. п. 6 Информационного письма № 28.

Поэтому неудивительно, что судебная практика решилась на толкование закона, в сущности, по методу *contra legem* — сначала по отдельным делам¹, а затем для арбитражных судов и на более абстрактном уровне. В последнем случае главное в эволюции права выражалось в следующей правовой позиции: изменение основного обязательства (в случае увеличения суммы долга должника перед кредитором, размера процентов по денежному обязательству) само по себе не ухудшает положение поручителя и не прекращает поручительство, так как в данном случае *поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обязательства*, обеспеченного поручительством, как если бы изменения обязательства не произошло. Обязательство в измененной части не считается обеспеченным поручительством². Нетрудно заметить, что в то время такого правила не только не было в законе, но и вывести его из смысла закона можно было только с большой натяжкой.

Впоследствии законодатель последовал за судебной практикой. Согласно п. 2 ст. 367 ГК в случае, если обеспеченное поручительством обязательство было изменено без согласия поручителя, что повлекло за собой увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, поручитель отвечает на прежних условиях.

Наверное, избранная законодателем редакция не самая удачная, поскольку может создавать впечатление, что увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия являются результатом отсутствия согласия поручителя, а не изменения обязательства. Тем не менее правильный смысл нормы все же улавливается без труда: если изменение обеспеченного поручительством обязательства без согласия поручителя повлекло за собой увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, поручитель отвечает на прежних условиях.

Предложение первое комментируемого пункта **Постановления** представляет собой несколько редакционно измененное изложение указанной нормы с традиционной заменой термина «обеспеченное поручительством обязательство» термином «основное обязательство». Предложение второе (и последнее) абзаца первого данного пункта представляет собой почти буквальное заимствование из приведенного выше прежнего разъяснения с перестановкой частицы «не»: «Обяза-

¹ См., например: Постановление ВАС РФ от 18 октября 2011 г. № 6977/11; Определение СКГД ВС от 13 сентября 2011 г. № 39-В11-5. Но практика СКГД ВС не была последовательной (см. ее определения от 13 сентября 2011 г. № 77-В11-9, № 77-В11-10).

² См. п. 37 Постановления № 42.

тельство в измененной части считается не обеспеченным поручительством». Поскольку замена выражения «не считается обеспеченным» на выражение «считается не обеспеченным» по существу ничего не меняет, в указанном отношении для арбитражных судов это означает преемственность правовой позиции.

Приведенное суждение, в сущности, к самой норме ничего не добавляет. Если поручитель отвечает на прежних условиях, то ясно, что в измененной части он не отвечает, и, стало быть, в этой части обязательство является не обеспеченным поручительством. Получается, что весь абзац первый никакой помощи в толковании закона оказать не может, демонстрируя лишь стабильность в прежних подходах, выработанных главным образом в арбитражной практике, в чем и обнаруживается его позитивный характер.

(в) Использование законодателем и вслед за ним Пленумом термина «*ответственность поручителя*» в контексте ее увеличения не следует воспринимать в техническом смысле. Он используется в значении логически возможного увеличения объема обязательства поручителя, т.е. его долга перед кредитором, за счет акцессорности объема. В противном случае обсуждаемая норма имела бы ничтожную сферу применения и распространялась лишь на такие случаи, когда установленная договором собственная ответственность поручителя (например, неустойка) увеличивалась, будучи привязанной в процентном отношении к увеличивающемуся долгу поручителя. Цель законодателя была иной — защитить интересы поручителя в том случае, когда увеличение размера основного обязательства, включая сумму основного долга, регулятивных или охранительных процентов, отмену ограничений ответственности должника и т.п., в основном обязательстве увеличивает размер долга поручителя. Законодатель редуцирует акцессорность объема (ограниченная акцессорность объема), отменяя ее для случая изменения обязательства, обеспеченного поручительством, но сохраняя ее в отношении последствий нарушения этого обязательства, при котором за счет эффекта акцессорной трансляции объем долга поручителя может увеличиваться, например, в связи с нарастающими регулятивными и охранительными процентами при просрочке должника в основном обязательстве.

Такое понимание следует из абзаца второго комментируемого пункта. При этом Пленум формулирует его более аккуратно, чем прежнее разъяснение, прямо указывая, причем по существу дважды («в частности», «и т.п.»), что увеличение суммы основного долга и увеличение размера процентов по договору — это *частные случаи и подобные*

эффекты также должны рассматриваться как обстоятельства, подпадающие под понятие «увеличение ответственности».

(г) Норма закона, а вслед за ней и Пленум трактуют об изменении обязательства, а не об *изменении его условий*. Последнее выражение, как представляется, было бы чуть более точным. Дело заключается в том, что основное обязательство может предусматривать изменение размера долга при наступлении тех или иных обстоятельств. Например, предположим, что обеспеченное поручительством обязательство предусматривает отсрочку платежа за полученный товар в определенный период. Этот период разделен на два отрезка, причем, согласно условиям обязательства, коммерческий кредит по первому отрезку беспроцентный, а по второму подлежат уплате проценты за пользование коммерческим кредитом (п. 1 ст. 823 ГК). Оставим пока в стороне вопрос, не является ли такое структурирование обязательства элегантным прикрытием неустойки¹. Ясно, что, если покупатель не оплатит товар в течение первого отрезка периода отсрочки, он будет обязан уплатить согласованные проценты, что увеличит ответственность поручителя, поскольку основное обязательство изменилось. В таком и подобных случаях п. 2 ст. 367 ГК не подлежит применению. Дело в том, что условия основного обязательства не менялись, эти условия уже предусматривали изменение размера причитающегося с должника, т.е. процентное обязательство лежало на должнике изначально, а впоследствии лишь стало перфектным. Поручитель, принимая на себя обязательство, знал или должен был знать о наличии обсуждаемого условия в основном обязательстве, а потому не вправе отговариваться от ответственности ссылкой на изменение основного обязательства. В этих обстоятельствах поручитель способен оценить свои риски и размеры притязания кредитора.

Признание рассматриваемого условия прикрытием неустойки регулятивными процентами ничего не меняет для вывода об ответственности поручителя, поскольку перфекция неустоечного обязательства

¹ В судебной практике обнаруживаются и более одиозные случаи, когдакрытие неустойки отвергается судом, хотя это кажется более чем очевидным. Так, по одному из дел было указано следующее: тот факт, что по условиям договора проценты по коммерческому кредиту должны начисляться с момента просрочки в оплате, а не с момента предоставления коммерческого кредита (поставки товара с отсрочкой платежа), не меняет их природу и не квалифицирует их в качестве меры ответственности. Взыскиваются и проценты, и пеня (см. Определение СКЭС ВС от 19 декабря 2017 г. № 306-ЭС17-16139). Ясно, что подобные договорные схемы позволяют обойти применение ст. 333 ГК в отношении названных процентов, уплата которых обусловлена нарушением обязательства.

в связи с просрочкой должника в основном обязательстве не охватывается понятием «изменение обязательства», хотя размер ответственности поручителя действительно увеличивается в силу эффекта акцессорной трансляции.

(д) Норма закона распространяется на случаи не только гипотетического увеличения ответственности при изменении основного обязательства, но и возникновения иных неблагоприятных последствий для поручителя. Если в отношении увеличения ответственности на самом деле никакое увеличение ответственности поручителя не имеет места (в этом смысле увеличение ответственности поручителя и его ответственность на прежних условиях – логически невозможное состояние), то в отношении иных неблагоприятных последствий ситуация может быть более сложной.

Вообще, изменение обязательства между одними лицами, влекущее неблагоприятные последствия для другого лица, причем помимо воли последнего, – явление аномальное. Каждый отвечает за свои действия, а не за действия других лиц. Но эффект акцессорности объема дает именно такой результат. Прежнее разъяснение трактовало об ухудшении положения должника, причем не указывая на изменение основного обязательства; действующее разъяснение приводит часть тех же примеров, но квалифицирует их как возникновение неблагоприятных последствий для поручителя и связывает их возникновение с заключением соглашения между кредитором и должником. Но как прежнее, так и действующее разъяснение считают допустимым такое положение вещей, когда действия одних лиц (кредитор, должник) влекут возникновение обязанностей у другого лица (поручитель).

В качестве примера приводятся случаи возникновения *дополнительных обязанностей у поручителя*, установленных законодательством 1) о банках и банковской деятельности, 2) о защите конкуренции, 3) о валютном регулировании и валютном контроле, 4) о ценных бумагах и т.п. Видимо, речь идет о публично-правовом регулировании и соответствующих обязанностях перед государством (хотя, в отличие от прежнего разъяснения, Пленум прямо о нормах публичного права не говорит). Из прежней практики арбитражных судов в этом аспекте приводился казус, когда кредитор (банк) уступил свое требование иностранному юридическому лицу, в связи с чем считалось, что поручитель стал обязан к оформлению паспорта сделки, предусмотренного законодательством о валютном регулировании и валютном контроле. Тем не менее было признано, что поручительство на этом основании

не прекращается¹. Хотя на самом деле далеко не очевидно, что у поручителя имелаась такая обязанность, поскольку толкование закона регулятором ее не обнаруживало².

Какие именно дополнительные обязанности по приведенному законодательству могут возникнуть у поручителя, сам Пленум не раскрывает.

Возникновение указанных неблагоприятных последствий Пленум связывает с заключением *соглашения между должником и кредитором*, хотя это не уточняется (видимо, имеется в виду соглашение об изменении основного обязательства). Соединение Пленумом феномена изменения обязательства с соглашением об этом кредитора и должника, конечно, отвечает наиболее распространенным случаям на практике, но оно приводит к необоснованному сужению гипотезы п. 2 ст. 367 ГК, которая охватывает всякое изменение. Такое ограничительное толкование закона необоснованно, поскольку обязательство может измениться и без названного соглашения, например, по субъектному составу при уступке или ином переходе права кредитора в основном обязательстве.

(е) Из контекста п. 2 ст. 367 ГК, который толкуется Пленумом, следует, что возникновение названных неблагоприятных последствий не прекращает обязательство поручителя, но он отвечает на прежних условиях. Стало быть, вроде бы можно сделать вывод, что поручитель не может отговариваться от исполнения своего обязательства перед кредитором возникновением этих дополнительных обязанностей, но не обязан платить кредитору большего. Прежнее разъяснение ограничивалось лишь выводом о сохранении поручительства; Пленум же в отношении неблагоприятных последствий идет дальше и указывает, что поручитель не несет ответственность за *неисполнение обязательства перед кредитором* в связи с указанными обстоятельствами. Последнее обосновывается ссылками на вину кредитора (ст. 404 ГК) и просрочку кредитора (ст. 406 ГК).

Из данной редакции разъяснения получается иной вывод. Коль скоро речь идет о неисполнении поручителем обязательства (за которое он не несет ответственности) в контексте возникших дополнительных обязанностей, следовательно, может создаваться впечатление, что описывается такая ситуация, когда поручитель этих дополнительных обязанностей не исполнил и потому не исполнил и обязательство перед

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1058/12.

² См., например, Письмо Банка России от 11 ноября 2011 г. № 12-1-5/2066.

кредитором («в связи с указанными обстоятельствами»). Если именно это имелось в виду, то такое суждение вызывает сомнения, поскольку прямо противоречит норме п. 2 ст. 367 ГК о сохранении поручительства. Более того, коль скоро публичным законодательством на лицо возлагается какая-то обязанность и соответствующий закон не признан неконституционным, то ее следует исполнять. Если же она исполнена, то поручитель никак не может *в связи с указанным обстоятельством*, как выражается Пленум, не исполнять свое обязательство кредитору.

Можно было бы полностью развеять упомянутые сомнения, если бы Пленум вел речь о *ненадлежащем* исполнении обязательства поручителя вместо неисполнения обязательства вообще. Возникновение таких неблагоприятных последствий, как дополнительные обязанности поручителя, может потребовать времени для их исполнения (оформления той или иной документации, получения разрешений и т.п.), что может приводить к *просрочке* исполнения обязательства поручителя перед кредитором. Здесь действительно есть все основания признать, что ответственности у поручителя не возникает.

Теоретически, особенно с учетом текущего исторического момента, можно помыслить себе случаи, когда изменение основного обязательства (например, та же уступка иностранному лицу) повлечет невозможность исполнения обязательства, за которую поручитель не отвечает (например, нормативный запрет на платежи лицам из определенного государства). Но это иной случай, нежели рассмотренный Пленумом, поскольку тут речь пойдет о прекращении обязательства (ст. 417 ГК).

Несмотря на указанную неопределенность разъяснения, можно все же предположить, что Пленум имеет в виду именно ответственность поручителя в техническом смысле слова (неустойка, убытки, охранительные проценты). От долга он не освобождается, и при неисполнении обязательства кредитор вправе взыскать с него причитающееся, но не может привлечь его к гражданско-правовой ответственности, которая должна была наступить вследствие просрочки из-за неисполнения указанных дополнительных обязанностей.

(ж) Сравнение комментируемого разъяснения с прежними правовыми позициями в арбитражной практике показывает, что Пленум не воспринял три примера, которые ранее квалифицировались как ухудшение положения должника и в связи с которыми делался вывод, что это не прекращает поручительства, но дает право поручителю на возмещение дополнительных издержек.

Первый касается случая, когда имеет место переход прав кредитора по обязательству, выраженному в иностранной валюте, к лицу,

не имеющему права получать платежи в иностранной валюте. Если, например, по основному обязательству валютой платежа являлась иностранная валюта, а вследствие изменения обязательства по субъектному составу (например, уступка права кредитором) новый кредитор не имеет права получать денежное исполнение в иностранной валюте, поручитель может быть вынужден к платежу в российской валюте, что может неблагоприятно сказаться на его имущественном интересе в связи с конверсионными операциями. Правда, такое последствие может наступить, когда и по договору поручительства валютой платежа являлась иностранная валюта, поскольку поручитель исполняет свое обязательство, а не обязательство должника. Трудно с уверенностью сказать, почему Пленум не воспринял эту правовую позицию. Быть может, потому, что в его представлении она охватывается ссылкой на валютное законодательство, или эта проблематика больше относится к возмещению дополнительных издержек, о которых идет речь в следующем абзаце (хотя и там данного примера не приводится). Также ясно, что этот случай не связан с изменением кредитором и должником основного обязательства, хотя и влечет его изменение по субъектному составу. Во всяком случае каких-то содержательных, а не методологических резонансов отказываться от нее не просматривается, поскольку поручительство в данной ситуации не должно прекращаться, а дополнительные издержки, если они возникнут именно из-за этого обстоятельства, подлежат возмещению, если только из договора поручительства не вытекает, что поручитель принял на себя такие издержки. Вместе с тем случай дополнительных издержек должника (поручителя) в случае с уступкой подпадает под специальное регулирование (п. 4 ст. 382 ГК) с учетом его истолкования в судебной практике, а потому его разрешение в рамках особой защиты поручителя не нуждается.

Второй связан с отзывом лицензии у должника. Здесь отказ от упоминания этого случая вполне обоснован, поскольку он не охватывается п. 2 ст. 367 ГК, а также не влечет дополнительных издержек поручителя. Отзыв лицензии у кого бы то ни было изменением обязательства не является. Последнее не означает, конечно, что поручитель может считать поручительство прекращенным. Оно не прекращается, поскольку закону неизвестно такое основание прекращения обязательства поручителя.

Третий представляет собой предъявление кредитором требования о досрочном исполнении обязательства. Для тех, кто считает, что акселерация долга является изменением условия обязательства о сроке, этот

пример формально подпадает под гипотезу п. 2 ст. 367 ГК в части его указания на изменение обеспеченного поручительством обязательства. Досрочное истребование долга формально-юридически может повлечь неблагоприятные последствия для поручителя, если должник не исполнит это требование, поскольку поручитель привлекается к уплате ранее того времени, на которое он рассчитывал. Следовательно, ему придется раньше срока приискать финансирование и, возможно, понести дополнительные издержки, например, на уплату процентов по кредиту. Из прежнего разъяснения следовало, что и в этом случае поручитель имеет право на возмещение дополнительных издержек. Пленум данную правовую позицию не подтверждает, но и не формулирует обратную. Хотя, как представляется, для этого имеются основания в смысле ее опровержения. Дело в том, что поручительство выдается на случай нарушения основного обязательства должником; требование кредитором досрочного исполнения является следствием такого нарушения. Стало быть, по существу законодательного регулирования риск досрочного неисполнения основного обязательства должен охватываться каузой договора поручительства, если только ответственность поручителя не ограничена по этому основанию. Иначе обеспечительная цель не достигалась бы в полной мере. Кроме того, это приводило бы к какой-то нелепице: поручитель обязан был бы к платежу в пользу кредитора, но имел бы против него требование по возмещению дополнительных издержек, например, в части уплаченных банку процентов по кредиту. Получалось бы, что приискание кредитором обеспечения для себя приводит к тому, что он сам оказывается должен. И вышло бы как в той поговорке: «Пошел за шерстью — вернулся стриженным». Такая дисфункция поручительства нежелательна.

Поэтому поручитель не имеет права на возмещение ему дополнительных издержек в связи с изменением основного обязательства по сроку его исполнения при акселерации долга.

(з) Согласно п. 2 ст. 367 ГК поручитель вправе рассчитывать на сохранение размера своего долга по договору поручительства при изменении условий основного обязательства по двум основаниям: 1) при увеличении объема долга или ответственности должника в основном обязательстве и 2) при возникновении иных неблагоприятных последствий. Среди этих неблагоприятных последствий могут быть обнаружены такие, которые не подпадают под первое основание, но подпадают под второе. При этом неблагоприятные последствия могут выражаться в необходимости понести те или иные дополнительные издержки по исполнению своего обязательства.

Теоретически можно обосновать две модели защиты интереса поручителя в такой ситуации, которые отличаются, пусть и незначительно, юридической характеристикой ее реализации. Первая модель заключается в том, что объем ответственности поручителя остается неизменным, а у поручителя возникает требование о возмещении издержек. Например, совокупный объем ответственности поручителя равен 1 млн, но вследствие изменений основного обязательства, скажем, в силу требований публичного законодательства поручитель понес дополнительные издержки на оформление документации в размере 10 тыс. Следовательно, поручитель обязан уплатить 1 млн и вправе предъявить требование на 10 тыс. либо, если он имеет право на зачет, заявить о нем кредитору и уплатить 990 тыс. Вторая модель незначительно отличается от первой и состоит в том, что поручитель имеет не секундарное право на зачет, а преобразовательное право на вычет. В этом случае ему нет необходимости делать заявления о зачете: он вычитает сумму расходов из объема своего долга и уплачивает те же 990 тыс. Первая модель может иметь преимущество перед второй в том, что в отсутствие права на зачет, но при наличии солидарной ответственности кредитора и должника в отношении требования о возмещении названных издержек у поручителя имеется еще одно обязанное, помимо кредитора, лицо — должник. Вторая модель может иметь преимущество перед первой в том, что позволяет избежать юридических рисков, связанных с зачетом (например, признания его недействительным по банкротным основаниям при несостоятельности кредитора), а также защищает интересы кредитора при недопустимости зачета. Кроме того, солидарная ответственность должника не всегда будет обоснованна, в частности, когда изменение основного обязательства от него не зависело. Отмеченный аспект различия моделей имеет высокую степень неопределенности. Дело заключается в том, что разграничение *compensatio* (зачет) и *deductio* (вычет) — дело непростое. Зачетоспособность по внешним признакам может быть смешиваема с условиями, влекущими дедукцию, а последняя даже иногда именуется зачетом, таковым на самом деле не являясь. Разграничение зачета и дедукции ведется еще с римского права, но плохо представлено в нашей литературе, тогда как в других правовых порядках они дифференцируются как по существу, так и терминологически (например, в Германии: *Aufrechnung* (зачет) и *Anrechnung* (вычет)).

Пленум, судя по всему, склоняется к первой модели, поскольку обнаруживает солидарную обязанность кредитора и должника в от-

ношении требования поручителя по возмещению соответствующих дополнительных издержек.

(и) Прежнее разъяснение относительно права поручителя на возмещение издержек имело один, пусть и незначительный, недостаток. Там устанавливалось следующее: ухудшение положения должника вследствие совершения кредитором действий, направленных на защиту своего права (например, предъявление требования о досрочном исполнении обязательства), переход прав кредитора по обязательству, выраженному в иностранной валюте, к лицу, не имеющему права получать платежи в иностранной валюте, возникновение у поручителя дополнительных обязанностей, установленных нормами публичного права (содержащихся в законодательстве о банках и банковской деятельности, о защите конкуренции, о валютном контроле, о рынке ценных бумаг и пр.), отзыв лицензии у должника также не влекут за собой прекращение поручительства по основанию, установленному п. 1 ст. 367 ГК. Все дополнительные издержки поручителя, *возникшие в названных случаях*, подлежат возмещению должником в соответствии с п. 1 ст. 365 ГК¹.

Из такой редакции следовало, что поручителю возмещаются не все дополнительные издержки, а только те, которые вызваны указанными случаями.

Действующее разъяснение такого ограничения не содержит: все издержки поручителя подлежат возмещению, если они вызваны изменением условий основного обязательства, что представляется обоснованным. Об особенностях при досрочном требовании исполнения по основному обязательству см. *третий пример в п. «ж» комментария выше*.

(к) Из редакции комментируемого абзаца четвертого п. 23 **Постановления** следует, что поручитель несет дополнительные издержки *по исполнению измененного обязательства*, что является неверным. Как уже неоднократно обосновано в комментарии и как считает сам Пленум, поручитель не является должником в основном обязательстве, а исполняет свою собственную обязанность (п. 1 **Постановления**). В связи с этим приведенный пример издержек, *возникших вследствие уплаты повышенной комиссии в другой банк*, вызывает сомнения. Начать надо с того, что из приведенного примера, кажется, выпал некий фрагмент, ибо то, что там указано, является какой-то несурзницей. Получается, что вследствие изменения основного обязательства по-

¹ См. абзацы второй и третий п. 38 Постановления № 42.

ручитель почему-то платит повышенную комиссию, причем в какой-то другой банк. Видимо, хотели сказать иное: вследствие изменения основного обязательства поручитель вынужден уплатить причитающееся кредитору в другой банк, а для этого необходимо уплатить за перевод повышенную комиссию своему банку. Но и это суждение было бы неправильным. Как уже указано, поручитель исполняет свое обязательство, а потому изменение банковских реквизитов в основном обязательстве само по себе его никак не затрагивает. Поручителя связывают банковские реквизиты кредитора, если они предусмотрены в договоре поручительства, а это как раз самый распространенный случай, особенно если кредитором является юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Поэтому повышенную комиссию поручитель может быть вынужден заплатить, если соответствующий банковский счет закрыт кредитором, а новый банковский счет открыт в таком банке, что перевод со счета поручителя требует уплаты повышенной банковской комиссии своему банку по сравнению с той, которая подлежала бы уплате при переводе на закрытый счет. Но в этом случае имущественный интерес поручителя уже защищен законом и в помощи Пленума он не нуждается. Дело в том, что в соответствии с п. 1 ст. 316 ГК местом исполнения по денежному обязательству об уплате безналичных денежных средств является место нахождения банка (его филиала, подразделения), обслуживающего кредитора, если иное не предусмотрено законом. Согласно же п. 2 ст. 316 ГК, если после возникновения обязательства место его исполнения изменилось, сторона, от которой зависело такое изменение, обязана возместить другой стороне дополнительные издержки.

Конечно, достаточно толики фантазии, чтобы подобрать пример под гипотезу приведенного случая с комиссией. Допустим, договор поручительства предусматривает, что валютой платежа является валюта, указанная в основном обязательстве. Далее кредитор и должник по соглашению меняют эту валюту, а поручитель вынужден совершить конверсионную операцию, причем в другом банке (видимо, не в своем), заплатив ему комиссию за эту конверсию. Хотя и в таком случае банки обычно извлекают выгоду от конверсионных операций за счет спреда, а не взимают комиссию. Но подобный пример явно относится к каким-то юридическим редкостям, а место ему, скорее, в кунсткамере. Вряд ли Пленум имел в виду что-то такое экзотическое.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что в указанной части, включая приведенный Пленумом пример, разъяснение подлежит применению с необходимой адаптацией.

(л) Вслед за прежними разъяснениями¹ Пленум вводит нераскрытое понятие «ухудшение положения поручителя», что требует уяснения, как оно соотносится с понятиями, используемыми законом и раскрытыми самим Пленумом, — «увеличением ответственности» и «неблагоприятными последствиями». Прежнее использование этого понятия было оправдано отсутствием нормативного регулирования, которое теперь установлено п. 2 ст. 367 ГК, но оно указанным понятием не оперирует. Видимо, к ухудшению положения поручителя следует отнести такие случаи, когда нет оснований для обсуждения изменения обязательства, влекущего увеличение размера обязательства и (или) ответственности должника в основном обязательстве. Но тогда оно должно совпадать с иными неблагоприятными последствиями, которые, согласно Пленуму, влекут дополнительные обязанности поручителя. Однако такой вывод сделать не удастся. Ведь из комментируемого разъяснения следует, что дополнительные обязанности у поручителя возникли, он их исполнил и понес издержки, которые подлежат возмещению, но это не связано с ухудшением положения поручителя, поскольку суд не признал такового.

Раскрыть логически непротиворечивым образом понятие «ухудшение положения поручителя», видимо, не удастся, поскольку сам контекст разъяснения страдает от внутреннего логического противоречия, исправить которое можно только его игнорированием. Дело в том, что если из-за изменения основного обязательства поручитель понес дополнительные издержки, то признание судом изменения основного обязательства не ухудшающим положение поручителя может иметь место только вследствие судебной ошибки. Коль скоро поручитель вынужден нести *дополнительные* издержки по причине изменения основного обязательства, то наблюдается ухудшение положения поручителя, ибо он тратит больше.

Для введения нового понятия, как представляется, не было необходимости. Дело в том, что признание или непризнание ухудшения положения поручителя не имеет никакого юридического значения вообще. Если суд не признает такого ухудшения — издержки поручителя подлежат возмещению. А если признает? Неужели нужно прийти к выводу, что не подлежат? Как видно, верность нашего суждения подтверждается методом толкования *ad absurdum*. Введение обсуждаемого понятия могло бы иметь смысл, если бы действующий закон предусматривал, что при ухудшении положения поручителя его обя-

¹ См. п. 37 и 38 Постановления № 42.

зательство прекращается, но теперь такого положения в законе нет. Поэтому достаточно было сказать, что *поручитель, понесший дополнительные издержки в случае изменения основного обязательства, вправе требовать возмещения таких издержек лицом, от которого зависело данное изменение.*

(м) Как обосновано выше, *признание судом* изменения основного обязательства не ухудшающим положение поручителя не имеет смысла, а потому рассуждения о том, в каком процессе это может иметь место, также не имеют своего предмета. Но если, паче чаяния, такой смысл будет обнаружен, видимо, все же не стоит выводить отсюда новую категорию дел о признании юридического факта, с тем чтобы устанавливать это обстоятельство в отдельном процессе. Поскольку данный аспект связан с возмещением издержек, хотя, как было обосновано, парадоксальным образом не влияет на это, в любом случае его выяснение следует производить при рассмотрении спора о возмещении названных издержек.

(н) Пленум возлагает на кредитора и должника *солидарную* обязанность по возмещению поручителю издержек, возникших в связи с изменением обязательства. Законом такая обязанность не предусмотрена и нормативно Пленумом не обоснована. Хотя в этом особого затруднения не было. Пленум совершенно верно устанавливает такую обязанность с точки зрения принципов справедливости и недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела. Ведь у поручителя возникают дополнительные издержки, которые он по своей воле на себя не принимал, а потому они подлежат возмещению за счет того, от кого зависело изменение основного обязательства, повлекшего такие издержки. Это политико-правовое обоснование. Юридино-технически обоснование верного вывода Пленума зиждется на том, что законодатель допустил пробел, *volens nolens* допустив возникновение таких издержек (п. 2 ст. 367 ГК), но не урегулировав этот случай. Стало быть, требуется заполнение пробела по аналогии. Она легко обнаруживается в п. 2 ст. 316 ГК, частично процитированном выше.

Суждение Пленума о солидарной обязанности *кредитора и должника* требует уточнения для того случая, который упоминался выше и с учетом которого сформулирован верный, на наш взгляд, вариант интерпретации комментируемого разъяснения (*см. выделенный курсивом текст комментария в абзаце третьем п. «л» выше*). Речь идет о таких случаях, когда изменение основного обязательства произошло *по воле только одного лица* (например, уступка требования кредитором).

Здесь мы имеем дело с изменением обязательства по субъектному составу. В этих случаях привлечение к возмещению издержек должника представляется лишенным каких-либо логических оснований и несправедливо. Но Пленум вряд ли имел в виду допустить последнее, сформулировав разъяснение с учетом наиболее распространенного случая изменения основного обязательства на практике по соглашению его сторон.

(о) Пленум наделил поручителя правом на возмещение *дополнительных* издержек по исполнению обязательства. Отсюда следует, что ординарные издержки на исполнение своего обязательства, которые поручитель понес бы и без изменения основного обязательства, ложатся на него самого. Это следует из ст. 309.2 ГК, согласно которой должник несет расходы на исполнение обязательства, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором либо не вытекает из существа обязательства, обычаев или других обычно предъявляемых требований.

Поэтому поручителю, требующему возмещения издержек с обязанного лица, следует озаботиться приисканием доказательств, подтверждающих дополнительный характер таких издержек, и отделить их от собственных ординарных издержек.

К этому следует добавить, что для возмещения издержек требуется, чтобы они были необходимыми и разумными. Поскольку кредитор заинтересован в получении исполнения от поручителя, последний получает достаточную переговорную позицию, чтобы договориться с кредитором о названных издержках, определив их размер, предусмотрев их покрытие авансом. Стороны могут предусмотреть и любые другие не противоречащие закону условия в отношении указанных издержек. Более того, там и когда, где и когда такие издержки прогнозируемы, заранее об этом желательно договориться изначально в договоре поручительства и (или) в договоре поручителя с должником.

(п) Закон (абзац второй п. 2 ст. 367 ГК) устанавливает только одно иное последствие изменения основного обязательства — предусмотренное договором поручительства заранее данное согласие отвечать на измененных условиях (см. *комментарий к п. 26 Постановления*), не устанавливая, что иные последствия изменения основного обязательства могут быть предусмотрены договором поручительства. Это законодательное упущение обоснованно исправляет Пленум, защищая тем самым гипотетические нападки на принцип свободы договора в этой сфере отношений.

Стороны могут усилить защиту поручителя, предусмотрев, что поручительство прекращается при соответствующем изменении основного обязательства, хотя такой широкой практики вряд ли следует ожидать, разве что поручитель и должник будут иметь сильную переговорную позицию. Поэтому реальной практической реализации договорной свободы за пределами заранее данного согласия поручителя отвечать за измененное основное обязательство едва ли следует ожидать.

Если договором поручительства можно предусмотреть иные последствия изменения основного обязательства, то договором поручителя с должником можно установить не предусмотренные законом последствия изменения обязательства. Например, такой договор может предусматривать, что при том или ином изменении основного обязательства должник обязан к некоторому предоставлению в пользу поручителя или к предоставлению ему обеспечения либо обязан предложить дополнительное обеспечение кредитору. Пленум этого не касается, – возможно, потому, что подобной договорной практики не наблюдается, однако тот же принцип свободы договора поддерживает такую правовую возможность.

(р) Прежнее разъяснение содержало особое положение, предусматривавшее дифференцированный подход к прекращению поручительства при изменении основного обязательства. Оно сводилось к следующему.

Если поручитель докажет, что выдача поручительства за должника была обусловлена иными обстоятельствами, чем наличие общего с должником экономического интереса (например, систематическая выдача поручительств за вознаграждение является одним из видов предпринимательской деятельности поручителя), и в результате не согласованного с ним изменения условий обеспеченного обязательства оно стало заведомо неисполнимым, поручительство прекращается (п. 1 ст. 367 ГК РФ). Однако, если будет установлено, что поручитель знал или должен был знать о таких изменениях обязательства, но не выражал своего несогласия с ними, он отвечает на первоначальных условиях обеспеченного обязательства¹.

Пленум не заимствовал этой правовой позиции, но и не сформулировал обратной.

Быть может, указанный взгляд имеет право на существование, хотя он вызывает некоторые сомнения. Поэтому тот факт, что данное положение не было воспринято действующим разъяснением, может

¹ См. абзац пятый п. 37 Постановления № 42.

повлечь за собой такое позитивное последствие, что со временем оно потеряет свою актуальность. Дело в том, что здесь правоприменитель, как представляется, заходит слишком далеко, пытаясь типизировать нетипичное. Выдача поручительств как предпринимательская деятельность, которая приводится в качестве примера, выглядит довольно экзотическим явлением. Судебная практика не фиксирует широкого распространения данной правовой позиции и такой договорной практики. Также сомнения возникают в связи с включением в гипотезу этого правила понятия о «заведомо неисполнимом» измененном обязательстве. Если изменение обязательства заведомо для его сторон неисполнимо, то сделка о таком изменении обязательства ничтожна, поскольку она мнимая, ибо *impossibilium nulla obligatio est*. Коль скоро данная сделка не влечет юридических последствий, на которые она направлена (п. 1 ст. 167 ГК), изменения обязательства не состоялось, и нужно прийти к обратному суждению: поручитель отвечает на прежних условиях. Выведение из молчания поручителя, который знал или должен был знать об изменениях обязательства, его согласия отвечать на измененных условиях является настолько существенным отступлением от принципа автономии воли, что требует убедительных аргументов невозможности терпеть обратное. Вообще фингированное из молчания согласие, как и всякая юридическая фикция, — достаточно опасная методология, которую по возможности следует избегать и уж точно не использовать ее в случаях, когда она начинает коллидировать с фундаментальными принципами гражданского права. Так или иначе, участникам гражданского оборота следует с осторожностью полагаться на приведенную прежнюю правовую позицию, в том числе с учетом того, что новое разъяснение ее не восприняло.

24. При не согласованном с поручителем увеличении срока исполнения основного обязательства и в отсутствие основания для досрочного предъявления требования кредитор не вправе требовать от поручителя исполнения его обязанности до истечения указанного увеличенного срока. В этом случае срок действия поручительства исчисляется так, как если бы основное обязательство не было бы изменено (статья 364 ГК РФ).

В случае уменьшения срока исполнения основного обязательства без согласия поручителя кредитор вправе требовать от поручителя исполнения его обязанности только после истечения срока основного обязательства, который был установлен первоначально (пункт 2 статьи 367 ГК РФ).

(а) Для поручительства характерна своеобразная аксессуарность перфекции, т.е. требование к поручителю по общему правилу созревает тогда, когда должник в основном обязательстве нарушает его. Самым распространенным нарушением обязательств является просрочка должника (*mora debitoris*). Следовательно, кредитор вправе потребовать исполнения обязательства поручителя, когда должник не исполнил обязательство или исполнил его ненадлежащим образом, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Если основное обязательство изменяется в части увеличения срока его исполнения, прежний срок перестает служить основанием для перфекции требования к поручителю, поскольку его наступление не влечет нарушения обязательства должником: он обязан к исполнению по новому, более позднему сроку исполнения. Поэтому Пленум обоснованно разъясняет, что кредитор не вправе требовать от поручителя исполнения его обязанности до истечения указанного увеличенного срока. Точнее, конечно, говорить о *нарушении должником увеличенного срока*, что, впрочем, и так ясно, поскольку это недвусмысленно установлено законом (п. 1 ст. 361, п. 1 ст. 363 ГК). Прежнее разъяснение данного аспекта не касалось. Хотя действующее разъяснение, в отличие от прежнего¹, буквально не указывает на сохранение поручительства при названном увеличении срока, это с очевидностью следует из контекста.

(б) Пленум делает исключение из своего суждения для случая появления оснований *досрочного исполнения* после увеличения срока основного обязательства. В такой ситуации кредитор, конечно, вправе потребовать исполнения до истечения увеличенного срока. С точки зрения юридической логики в этом уточнении нет необходимости, если считать, что досрочное истребование исполнения в случаях, предусмотренных законом или договором, является изменением первоначального срока (в данном контексте — увеличенного срока). Но едва ли стоит торопиться делать отсюда вывод, что Пленум считает досрочное истребование исполнения не влекущим изменения срока исполнения обязательства. Возможно, это исключение сделано, что называется, для пущей ясности.

В контексте дополнительных издержек выше уже было обосновано, что поручительство должно обладать функциональностью при наступлении оснований для досрочного исполнения основного обязательства (см. *комментарий к третьему примеру в п. «ж» п. 23 Поста-*

¹ См. абзац четвертый п. 37 Постановления № 42.

новления). Независимо от того, был прежде увеличен первоначальный срок исполнения основного обязательства или нет, при всяком правомочном досрочном истребовании исполнения от основного должника кредитор вправе предъявить требование поручителю, если должник не произведет надлежащего досрочного исполнения.

Что касается иллюстрации этого исключения, то можно привести такой простейший пример. Допустим, по договору процентного займа, также обеспеченного залогом, срок его возврата установлен через один год. Впоследствии стороны увеличивают этот срок до двух лет. До истечения двухлетнего срока предмет залога случайно гибнет. В такой ситуации займодавец вправе потребовать досрочного возврата займа и уплаты причитающихся на момент возврата процентов за пользование займом в соответствии со ст. 813 ГК. При неисправности заемщика кредитор вправе предъявить требование к поручителю, хотя бы двухлетний срок еще не прошел.

(в) Нужно обратить внимание на одну неточность, вкраившуюся в редакцию предложения первого рассматриваемого разъяснения. Суждение о том, что кредитор не вправе требовать от поручителя исполнения его обязанности до истечения увеличенного срока в основном обязательстве, снабжено излишней, на наш взгляд, оговоркой о том, что оно справедливо *при не согласованном с поручителем* увеличении срока исполнения основного обязательства. Здесь можно пойти от обратного (*a contrario*) и задаться вопросом, а вправе ли кредитор потребовать исполнения поручителем его обязательства до истечения увеличенного в основном обязательстве срока, если его увеличение было согласовано с поручителем? Кажется, что ответ в этом случае должен быть точно таким же: не вправе. Иначе получится весьма странный результат: кредитор обращается за согласованием изменения срока исполнения основного обязательства, чтобы поручитель в исключение из п. 2 ст. 367 ГК отвечал в большем объеме, поскольку увеличение срока, например, в процентном заемном обязательстве увеличивает объем обязательства заемщика, и вдобавок получает право требовать досрочного исполнения обязательства, на которое он и не рассчитывал, а поручитель мало того что обязан отвечать за больший объем, так еще и получает риск досрочного исполнения по основанию (наступление прежнего срока), которое в условиях увеличенного срока вообще нерелевантно отношениям сторон, т.е. получает весьма своеобразную неакцессорную перфекцию по требованию к себе. Рискнем предположить, что едва ли Пленум имел в виду такую несурезицу.

Возможно, указанная редакционная неточность возникла вследствие того, что, взяв за основу прежнее разъяснение, которое сроков предъявления требования к поручителю не касалось, трактуя о сроках действия поручительства, Пленум дополнил эту тему другими сроками — предъявления требования к поручителю, т.е. эффектами перфекции. Вследствие этого указанная фраза («При не согласованном с поручителем увеличении срока исполнения основного обязательства...») парадоксальным образом не подходит к предложению первому (где она содержится), но подходит к предложению второму (где она не содержится). Понимание данной эволюции дает основание предположить, что Пленум не имел в виду допустить предъявление кредитором требования по прежнему сроку исполнения основного обязательства как при не согласованном с поручителем увеличении такого срока, так и при согласованном.

Особняком нужно поставить случай *неакцессорной досрочной перфекции*, когда после просрочки должника срок исполнения его обязательства увеличивается по соглашению сторон, но кредитор договаривается с поручителем о том, что перфекция к нему, несмотря на отсроченное основное обязательство, сохраняется (см. п. «д» *комментария к п. 11 Постановления*).

Также надо принять во внимание, что поручительство чаще всего не ограничивает ответственность поручителя, и оно распространяется на все совокупное обязательство должника, структура которого такова, что увеличение срока исполнения по одному из обязательств в узком смысле не затрагивает просрочку должника по другим обязательствам, например охранительного характера. Приведем пример. Судебная практика исходит из того, что при заключении дополнительного соглашения, которым продлен срок исполнения обязательства уже после просрочки должника и которое не содержит положений об освобождении от уплаты неустойки, последняя подлежит взысканию, в том числе за период с момента нарушения первоначального срока¹. Иными словами, продление нарушенного срока последствия просрочки должника не очищает. Стало быть, если совокупное обязательство должника было обеспечено поручительством, кредитор не вправе потребовать от поручителя исполнения в размере отсроченного предоставления, но вправе это сделать в объеме, соответствующем причитающейся ему сумме неустойки, когда должник ее не уплачивает (*дискретная перфекция поручительства*).

¹ См., например: Определение СКГД ВС от 27 сентября 2016 г. № 4-КГ16-37; Определение СКЭС ВС от 31 августа 2017 г. № 305-ЭС17-6839.

(г) Когда Пленум трактует об отсутствии у кредитора в названных обстоятельствах права требовать от поручителя исполнения его обязанности до истечения указанного увеличенного срока, то из контекста ясно, что имеется в виду главная обязанность поручителя – обязанность уплатить. Если же в договоре поручительства предусмотрены другие обязанности, например те, о которых сказано в п. 7 [Постановления](#) (обязанность поддерживать определенный остаток на счетах в банке, раскрывать кредитору информацию об определенных фактах и т.п.), то они подлежат исполнению согласно условиям договора поручительства, а при отсутствии таких условий в отношении срока с указанного Пленумом момента – заключения договора поручительства.

(д) Если в предложении первом абзаца первого комментируемого пункта речь шла о сроке предъявления требования к поручителю, то в предложении втором содержится разъяснение в отношении срока действия поручительства. Это различные сроки. Срок действия поручительства, по доминирующему воззрению, является преклюзивным (пресекательным) сроком, т.е. сроком существования субъективного гражданского права (обязательственного требования) кредитора, истечение которого прекращает (пресекает) это право. Оно перестает существовать. Чтобы не наступала дисфункция обеспечения, пресекательный срок должен перекрывать срок, в который наступает перфекция требования кредитора (срок предъявления требования).

Пленум, следуя прежней правовой позиции, исходит из того, что увеличение срока исполнения основного обязательства не оказывает никакого влияния на срок действия поручительства, который *остается неизменным*, т.е. исчисляется так, как если бы основное обязательство не было изменено. Образно говоря, можно представить себе срок действия поручительства в виде некоторого периода, внутри которого вправо передвигается «бегунок» срока исполнения основного обязательства, при этом сам такой период остается неизменным.

Срок действия поручительства может быть установлен различным образом, в том числе не связанным со сроком исполнения основного обязательства (например, в виде периода, исчисляемого с момента заключения договора поручительства). В таком случае изменение срока исполнения основного обязательства логически не может влиять на продолжительность срока действия поручительства. Поэтому рассматриваемое разъяснение имеет практическое значение для тех случаев, когда согласно договору или диспозитивной норме (п. 6 ст. 367 ГК) срок действия поручительства исчисляется от срока исполнения основного обязательства, т.е. привязан к этому сроку.

Неизменность срока действия поручительства при изменении срока исполнения основного обязательства без согласия или одобрения поручителя нормативно обосновывается п. 2 ст. 367 ГК о том, что при изменении основного обязательства поручитель отвечает на прежних условиях. Здесь очевидно, что увеличение срока действия поручительства приводило бы к увеличению периода юридической связанности поручителя бременем обязательства, что всегда является для него неблагоприятным последствием, а потому интерес поручителя должен быть защищен. В этом аспекте ссылка Пленума на ст. 364 ГК, посвященную соответствующим возражениям поручителя, ничего не обосновывает. Видимо, это просто опечатка.

(е) Избранная редакция абзаца первого данного пункта **Постановления** такова, что предложение второе не имеет собственной гипотезы, отсылая правоприменителя к гипотезе предложения первого, поскольку предложение второе начинается со слов «В этом случае...».

Гипотеза предложения первого является кумулятивной (сложной), поскольку охватывает одно положительное условие (изменение срока) и одно отрицательное (отсутствие основания для досрочного требования). Такая юридическая техника влечет логическую ошибку, которую требуется исправить методом корректирующего толкования с учетом определения намерения законодателя в отношении защищаемого интереса поручителя. Дело в том, что для вывода о неизменности срока действия поручительства при изменении срока исполнения основного обязательства *наличие права досрочного требования* не имеет и не может иметь юридического значения. Это более чем очевидно, ибо в противном случае срок действия поручительства продлевался бы и определялся по увеличенному сроку исполнения основного обязательства в случае появления у кредитора права требовать досрочного исполнения, что приводило бы к нарушению защищаемого п. 2 ст. 367 ГК законного интереса поручителя. Причина допущенной ошибки тоже лежит на поверхности. Она произошла из-за технически упречного объединения гипотезы для различных по правовой природе сроков. Если прежнее разъяснение касалось только преклюзивного срока поручительства, то Пленум решил пойти дальше в стремлении охватить правовой позицией другой вопрос, но метод нормативной экономии в данном случае привел к дисфункции.

Таким образом, применяя разъяснение предложения второго, следует телеологически редуцировать предложение первое, оставив в нем только слова «При не согласованном с поручителем увеличении срока исполнения основного обязательства...». Тогда разъяснение приоб-

ретаает соответствующий целям закона вид: «При не согласованном с поручителем увеличении срока исполнения основного обязательства срок действия поручительства исчисляется так, как если бы основное обязательство не было изменено».

(ж) Рассматриваемое разъяснение о неизменности срока поручительства следует учитывать кредиторам при изменении срока исполнения основного обязательства, поскольку кредитор рискует увеличить свои риски пропуска срока действия поручительства либо вообще утратить обеспечение. Если обратиться к приведенному выше примеру с продлением срока возврата суммы займа на один год, то можно как раз увидеть такой случай. Ведь по общему правилу срок действия поручительства равен одному году со дня срока исполнения. Стало быть, это приводит к тому, что на следующий день после наступления увеличенного срока исполнения обязательства заемщиком поручительство прекратится. В подобных случаях, договариваясь с должником об увеличении срока исполнения его обязательства, кредитору следует озаботиться достижением соглашения с поручителем о сообразном увеличении срока действия поручительства. В противном случае кредитору необходимо следить за своевременным предъявлением иска к поручителю, чтобы не пропустить сократившийся *de facto* срок действия поручительства. Даже при отсутствии статистических исследований беглый взгляд на судебную практику показывает, что пропуск срока действия поручительства является достаточно распространенным явлением, что, помимо прочего, можно, наверное, объяснить сверхоптимизмом юристов в части их знаний и умений в отношении сроков в гражданском праве.

Что же касается интересов поручителя, то они могут быть затронуты в том случае, когда поручитель согласует увеличение срока исполнения основного обязательства с кредитором или одобрит его. Действующая редакция разъяснения допускает такую интерпретацию, при которой ее истолкование по методу *a contrario* позволяет предположить, что в такой ситуации срок действия поручительства в соответствующих случаях также увеличится.

При этом надо принимать во внимание, что совсем неочевидно, что Пленум имел в виду пропорциональное увеличение срока действия поручительства в случае согласования увеличения срока исполнения основного обязательства. Буквально это не сказано. Особенно неочевидным такой вывод выглядит для срока действия поручительства, не привязанного к сроку исполнения основного обязательства. Интересы, которые преследует кредитор, предлагая поручителю со-

гласиться с увеличением срока, могут быть связаны с устранением его возражения об увеличении ответственности. Например, как уже указывалось выше, при увеличении срока возврата процентного займа объем обязательства поручителя также увеличивается. Понятно, что увеличение срока поручительства, равно как и устранение исключений поручителя, желательно для кредитора, поскольку отвечает его интересам, но сам факт согласия поручителя на увеличение срока исполнения основного обязательства может и не означать его же согласие на пропорциональное увеличение срока поручительства. Иными словами, нельзя утверждать, что единственной целью сторон при согласовании с поручителем увеличения срока исполнения основного обязательства является пропорциональное увеличение срока действия поручительства.

Срок действия поручительства и срок исполнения основного обязательства, будучи различными сроками, обладают известной автономией, а потому даже при соответствующем согласии поручителя их изменение совсем необязательно должно быть синхронным, что видно из комментируемого фрагмента разъяснения.

Впрочем, в некоторых случаях, наверное, согласование увеличения срока исполнения может быть истолковано как намерение сторон пропорционально увеличить срок действия поручительства. Так, например, когда поручитель соглашается отвечать за исполнение обязательства должником с увеличением срока его исполнения, выходящего за первоначально согласованные пределы срока действия поручительства, рационально действующие стороны, скорее всего, в том числе имели в виду пропорциональное увеличение срока действия поручительства. Например, договор поручительства предусматривал, что он действует до 1 марта, а стороны согласовывают увеличение срока исполнения основного обязательства до 1 июня. Иное истолкование намерения сторон приводило бы к суждению об их иррациональности или о каком-то совершенно иезуитском методе изъявления воли. Ведь если срок исполнения основного обязательства выходит за пределы срока действия поручительства, это означает, что к моменту его нарушения должником поручительство уже перестанет действовать. Получается, что, согласовывая такое увеличение срока исполнения основного обязательства, стороны имели в виду, что поручительство сохраняется только на случай акселерации увеличенного срока в период до истечения первоначально согласованного срока действия поручительства. Конечно, такое соглашение (поручитель отвечает только при досрочном истребовании исполнения), хотя и не

является распространенным, само по себе возможно, но трудно поверить, что в описанных обстоятельствах оно достигается столь витиеватым образом.

Вследствие сложившейся по рассмотренному вопросу правовой неопределенности при согласовании увеличения срока исполнения основного обязательства сторонам договора поручительства настоятельно рекомендуется определить продолжительность срока действия поручительства.

(з) По рассматриваемой проблематике можно отметить один нюанс, который ни прежнее разъяснение, ни действующее не затрагивает, возможно, ввиду его незначительной практической актуальности.

Дело в том, что в судебной практике обсуждается вопрос увеличения срока исполнения обязательства. Все обязательства имеют срок исполнения. Он определяется условиями обязательства или законом. Так называемые бессрочные обязательства тоже могут быть обеспечены поручительством. Поэтому теоретически, пусть и в редких случаях, нельзя исключать ситуации, когда стороны такого обязательства установят в нем срок. Стало быть, в данном случае также потребуются определить, как это влияет на срок предъявления требования к поручителю и на срок действия поручительства. Законодатель и Пленум в указанном вопросе исходят из необходимости защиты интереса поручителя от невыгодных последствий изменения основного обязательства без его согласия. Установление срока исполнения в бессрочном обязательстве не может рассматриваться как ухудшение положения поручителя, поскольку и без такого изменения кредитор в силу п. 2 ст. 314 ГК мог поставить должника в просрочку в тот же срок, предъявив к нему требование об исполнении обязательства соответствующим образом. Поэтому в данном случае перфекция требования кредитора к поручителю наступает при неисполнении или ненадлежащим исполнением должником обязательства в установленный в изначально бессрочном обязательстве срок его исполнения. Таким же образом обстоит дело с обязательствами, которые позволяют определить разумный срок их исполнения, когда стороны увеличивают этот срок своим соглашением. Но иначе обстоят дела со сроком действия поручительства по бессрочным обязательствам. Этот срок, будь он установлен договором или определяется продолжительностью двухлетнего периода со дня заключения договора поручительства законом (п. 6 ст. 367 ГК), также остается неизменным при установлении в основном обязательстве срока исполнения. Поэтому для таких случаев актуальны соответствующие *комментарии п. «е» и «ж» выше.*

(и) В комментируемом пункте Пленум использует понятие «*срок действия поручительства*», в связи с чем уместно обратить внимание еще на один нюанс, вытекающий из п. 3 ст. 425 ГК, о сроке действия договоров, который рассматривается в п. «г» *комментария к п. 42 Постановления*.

(к) В абзаце втором Пленум обращается к влиянию *уменьшения* срока исполнения основного обязательства на перфекцию требования к поручителю, что прежней правовой позицией не охватывалось.

В случае нарушения уменьшенного срока основного обязательства в силу акцессорности перфекции поручитель мог бы быть привлечен к исполнению своего обязательства раньше, чем он рассчитывал. Как обосновано выше, риск досрочного истребования исполнения обязательства охватывается каузой договора поручительства (см. *комментарий к третьему примеру в п. «ж» п. 23 Постановления*), но это суждение верно, когда право на досрочное исполнение возникает вследствие соответствующего нарушения основного обязательства. Здесь же речь идет об изменении условия обязательства на регулятивной стадии отношений. В этом смысле интерес поручителя, который не давал согласия на уменьшение срока, мог бы быть нарушен, а потому по-порядку в силу п. 2 ст. 367 ГК следует предоставить защиту поручителю, установив неизменность его правового положения. Пленум это и делает, разъясняя, что кредитор вправе требовать от поручителя исполнения его обязанности только после истечения срока основного обязательства, который был установлен *первоначально*, в этот раз корректно нормативно обосновывая свое суждение ссылкой на п. 2 ст. 367 ГК.

Данное толкование закона влечет появление такой разновидности неакцессорной перфекции требования к поручителю, которую можно именовать отложенной. *Неакцессорная отложенная перфекция* в противоположность неакцессорной досрочной перфекции (см. п. «д» *комментария к п. 11 Постановления*) означает, что кредитор имеет созревшее требование к должнику в основном обязательстве, но еще не имеет созревшего требования к поручителю. Последнее станет годным к взысканию после наступления первоначального срока исполнения в основном обязательстве, который был уменьшен сторонами, но это не учитывается в отношениях между кредитором и поручителем. Получается, что для обеспечительных отношений наблюдается своего рода переживание срока исполнения обязательства, которого уже не существует, ибо это условие обязательства заменено другим, но оно продолжает оказывать влияние на отношения по поручитель-

ству. Неакцессорная отложенная перфекция может возникать и в других случаях (см. п. «д» комментария к п. 8 *Постановления*).

Чтобы избежать невыгоды неакцессорной отложенной перфекции требования к поручителю, кредитору следует озаботиться согласованием уменьшения срока исполнения основного обязательства с поручителем или получить его одобрение. Тогда перфекция требования к поручителю будет акцессорной, и при нарушении сокращенного срока исполнения обязательства должником кредитор будет иметь правовую возможность предъявить требование к поручителю сразу же. Интерес поручителя достаточно защищен Пленумом, поскольку он может не давать своего согласия на уменьшение срока в основном обязательстве или не одобрять такого изменения условия обязательства.

Если для случая увеличения срока в основном обязательстве Пленум уделяет соответствующее внимание праву кредитора на досрочное предъявление требований к должнику в основном обязательстве, то для случая уменьшения срока исполнения он этого не делает. Означает ли это, что при возникновении оснований для такого требования его неисполнение должником неакцессорной отложенной перфекции не отменяет? Ответ на данный вопрос должен быть отрицательным: не означает. Досрочное предъявление требований кредитора к должнику, в основании которого лежит нарушение прав или законных интересов кредитора, охватывается обеспечительным риском поручителя. Обеспечение выдается на случай нарушения должником обязательства. Коль скоро кредитор правомерно потребовал исполнения обязательства должником, а тот его не исполняет или исполняет ненадлежащим образом, имеет место нарушение обязательства должником. Последнее есть основание перфекции требования по договору поручительства, если он не предусматривает иного. Тот факт, что основания досрочного требования кредитора совпали с предшествующим этому соглашению об уменьшении срока исполнения, ничего менять не должен. Ведь кредитор имел бы точно такое же право на досрочное истребование исполнения и в том случае, если бы соглашение об уменьшении срока исполнения не имело места.

(л) Тот факт, что Пленум говорит о праве кредитора требовать исполнения «только после истечения *срока основного обязательства*», не означает, что речь идет о каком-то ином сроке (например, сроке существования обязательства), нежели сроке исполнения. Несмотря на выпадение нужного слова, контекст разъяснения не оставляет сомнения в его смысле. Основные обязательства, в отличие от обязательства поручителя, обычно не имеют каких-то иных сроков, кроме

сроков их исполнения. Исключение будет составлять случай с поручительством второго уровня (см. п. «г» комментария к п. 1 Постановления), но там истечение преклюзивного срока обязательства поручителя первого уровня в силу акцессорности влечет прекращение обязательства поручителя второго уровня, т.е. совсем иные последствия, к которым данное разъяснение не применяется.

(м) Если для увеличения срока исполнения в основном обязательстве Пленум рассматривает влияние этого обстоятельства на срок действия поручительства, то в отношении уменьшения названного срока данный аспект обходится стороной. Из прежнего разъяснения следовало, что и в этом случае срок действия поручительства остается неизменным. Опять созданная Пленумом фигура умолчания, возможно, не случайна, но в любом случае создает нежелательную неопределенность.

Если все предыдущие разъяснения, будь то в отношении перфекции требования к поручителю или неизменности срока поручительства, при увеличении срока исполнения обязательства интуитивно угадываемы и легко обосновываются как с точки зрения телеологии, так и нормативно, то здесь ситуация может показаться сложнее. Это предположение справедливо при условии, что интерес поручителя оценивается не по одному только сроку действия поручительства, а в его соотношении со сроком исполнения основного обязательства, т.е. комплексно, в системной взаимосвязи.

С данных позиций прежнее разъяснение о неизменности срока действия поручительства при уменьшении срока исполнения основного обязательства трудно обосновать аргументом о необходимой защите интересов поручителя. Положения ныне действующей нормы п. 2 ст. 367 ГК также едва ли могут быть положены в обоснование такого суждения. Дело в том, что сохранение срока действия поручительства, определенного по сроку исполнения основного обязательства до уменьшения последнего, совсем не отвечает интересам поручителя. Напротив, разумный и осмотрительный поручитель был бы заинтересован в том, чтобы срок действия поручительства, привязанный к сроку исполнения основного обязательства, соразмерно сократился. Наверное, можно рассуждать так, что, оценивая свои риски, расчетливый поручитель исходил не из календарного периода, после истечения которого он освободится от бремени, а придавал значение тому, насколько он продолжителен после реализации обеспечительного для него риска, т.е. после перфекции. Поэтому если интерес поручителя, защищаемый названной нормой, понимать как

интерес в сохранении соотношения срока действия поручительства со сроком исполнения основного обязательства, то прежнее разъяснение неверно. Может быть, такие или подобные рассуждения отвратили Пленум от подтверждения прежней правовой позиции? С уверенностью трудно это утверждать, ибо фигура умолчания не дает ничего, кроме умолчания.

Думается, что приведенные размышления можно подвергнуть критике как избыточно изощренные и не отвечающие более обыденным ожиданиям поручителей. Последние же можно усмотреть в том, что, предоставляя поручительство, разумный участник гражданского оборота рассчитывает, что он освободится от бремени по истечении календарного периода действия поручительства, который определяется по закону или условиям обязательства. Стало быть, поручитель не готов отвечать более этого периода, а только в его пределах. Тогда при уменьшении срока исполнения обязательства следует прийти к выводу, что неизменность срока действия поручительства интересов поручителя не затрагивает и оснований для его сокращения на основании п. 2 ст. 367 ГК не имеется. Срок действия поручительства определяется исходя из первоначальных условий, на что и указывало прежнее разъяснение.

Тем не менее, учитывая создавшуюся правовую неопределенность по рассматриваемому вопросу, до ее устранения кредиторам предпочтительнее получать согласие поручителя на сохранение срока действия поручительства. Если такого предварительного согласия получено не было, кредитору следует учесть названный юридический риск и предложить поручителю в последующем подтвердить его согласие отвечать по обязательству в течение первоначального срока поручительства. Если же он этого не сделает, необходимо предпринять меры к своевременному вчинению иска, с тем чтобы уложиться в срок действия поручительства, исчисляемый от уменьшенного срока исполнения основного обязательства.

(н) Ни прежнее, ни действующее разъяснение не касаются вопроса о последствиях уменьшения срока исполнения основного обязательства, возможность которого была предусмотрена первоначальными условиями обязательства. Здесь, видимо, следует исходить из содержания такого рода условий, ибо они могут быть самыми разными. Как уже отмечалось, досрочное истребование исполнения, связанное с нарушением прав или законных интересов кредитора, установленное законом или договором, охватывается обеспечительным риском поручителя. Но что, если обязательство предусматривает то или иное

сокращение срока исполнения, с нарушением обязательства должником не связанное?

Правопорядок объективно вменяет поручителю знание об условиях обязательства, по которому он выдает поручительство (см. п. «б» *комментария к п. 6 Постановления*). Когда поручитель выдал поручительство по такому обязательству, он согласился, что будет отвечать с учетом всех условий основного обязательства. Следовательно, необходимо считать, что поручитель принял на себя риск наступления обстоятельства, которое в программе основного обязательства влечет сокращение срока исполнения. В таком случае выдача поручительства по обязательству, которое изначально предусматривает изменение его параметров, равнозначно заранее данному согласию поручителя на изменение обязательства (п. 2 ст. 367 ГК) и имеет те же юридические последствия.

25. Заключение между кредитором и должником соглашения о подсудности, арбитражного соглашения, изменение должником и кредитором права, применимого к отношениям сторон основного обязательства, после заключения договора поручительства могут служить основаниями для вывода об ухудшении положения поручителя. При этом поручитель должен доказать, в чем состоит нарушение его прав и законных интересов.

Если суд признает, что такое нарушение имеет место, то поручитель вправе ссылаться в обоснование своих требований и возражений на право, которое применялось бы к отношениям сторон основного обязательства при отсутствии последующего соглашения сторон о выборе права, и на то, что на него не распространяется соглашение о рассмотрении спора в арбитраже или в суде иностранного государства (пункт 3 статьи 308, пункт 3 статьи 1210 ГК РФ).

Если суд признал, что оговорка о выборе суда, арбитражное соглашение или соглашение о применимом праве распространяются на поручителя, к которому перешли права кредитора, то дополнительные издержки поручителя, связанные с внесением должником и кредитором названных изменений, подлежат возмещению кредитором и должником солидарно (пункт 2 статьи 316, статья 322, пункт 4 статьи 382 ГК РФ).

(а) Изменение условий основного обязательства без согласия поручителя требует защиты интересов поручителя от ухудшения его положения чаще всего тогда, когда указанные изменения могли бы привести к увеличению объема ответственности поручителя или к более раннему исполнению им своего обязательства. Но структура и ха-

рактер обязательственных связей значительно более многообразны, чем количественные и темпоральные их параметры. Из числа самых разнообразных условий обязательств, изменение которых может оказывать влияние на интересы поручителя, судебная практика традиционно выделяет сугубо юридические аспекты соглашения, в частности условия о 1) подсудности, 2) арбитражной (третейской) оговорке, 3) применимом праве.

(б) Теоретически заключение названных соглашений может повлечь *de facto* или *de jure* увеличение ответственности поручителя и, соответственно, наличие основания для применения п. 2 ст. 367 ГК. Это наиболее очевидно для соглашений об изменении применимого права, нежели для соглашений о 1) подсудности и 2) арбитраже (третейском разбирательстве).

Например, одна правовая система устанавливает, допустим, императивный запрет на ограничение ответственности в случае виновного нарушения обязательства, а другая – нет. Предположим, что поручитель, оценивая свои юридические риски, принял во внимание действительность условия договора между кредитором и должником о таком ограничении ответственности и выдал поручительство, а впоследствии стороны заключили соглашение о применимом праве, подчинив его такой правовой системе, в которой названный запрет ограничения ответственности установлен. В данном случае ответственность поручителя может увеличиться. Приведем иллюстрацию: представим, что договор подряда, обязательство подрядчика по которому обеспечено поручительством, содержал условие об ограничении ответственности подрядчика определенным количественным пределом, в том числе и при виновном нарушении подрядчиком своего обязательства. При этом договор, будь то по соглашению сторон или в силу коллизионных норм, был подчинен такой правовой системе, в которой названное условие действительно. Впоследствии стороны подчинили договор российскому праву, в котором согласно п. 4 ст. 723 ГК условие договора подряда об освобождении подрядчика от ответственности за определенные недостатки не освобождает его от ответственности, если доказано, что такие недостатки возникли вследствие *виновных* действий или бездействия подрядчика. В данной ситуации поручитель уже не может рассчитывать на ограничение ответственности, и в случае совершения подрядчиком указанного виновного нарушения, размер ответственности за которое превысит ограниченный договором предел, в силу эффекта акцессорной трансляции это приведет к увеличению размера долга поручителя.

Сложнее представить себе случаи, когда размер ответственности поручителя поменяется при изменении подсудности или при заключении арбитражного (третейского) соглашения. Вернее, представить их можно, но нет уверенности, что они будут признаны нашей судебной практикой в качестве оснований, влекущих увеличение ответственности поручителя. Тем не менее их следует привести хотя бы гипотетически. Допустим, поручитель оценивает свои риски с учетом устоявшейся региональной судебной практики, которая отказывает кредиторам в определенных притязаниях, например в квалификации требования в качестве регулятивных процентов, если по условиям обязательства они подлежат взиманию с момента нарушения обязательства должником. Поручитель рассчитывает, что в случае предъявления иска кредитором о таких процентах, размер которых по договору достаточно значительный, он, согласно устоявшейся региональной практике, сможет доказать, что такое требование следует квалифицировать как явно несоразмерную неустойку, и, стало быть, участвуя в деле, сможет рассчитывать на применение ст. 333 ГК. Заключение прогностического соглашения относит спор к другому региону, в котором практика обратная. Хотя подобные случаи, как представляется, вполне реалистичны, сложно ожидать, что наши суды примут такую логику, ведь для этого надо будет признать, что существование различной региональной практики — явление нормальное и оно должно учитываться государственным судом при оценке интересов, основанных на неединообразной судебной практике. Между тем если перед правопорядком стоит задача защиты интересов субъектов гражданского оборота, действующих в реальном, а не в идеальном мире (которого не существует и не будет существовать, но к которому надо стремиться), где судебная практика абсолютно единообразна по всем вопросам, то поручитель должен получить защиту и в таких случаях.

Нетрудно привести примеры и с арбитражным (третейским) соглашением на примере той же статьи 333 ГК. Известно, что третейские суды, особенно международные, достаточно сдержанны в применении указанной нормы, в отличие от государственных судов. Стало быть, поручитель, ожидающий разрешения спора в государственном суде и оценивающий свой риск через призму размера установленной по обязательству неустойки, обманется в своих ожиданиях, когда спор будет отнесен к компетенции третейского суда. Но и здесь ожидать учета таких нюансов не приходится.

Однако рассматриваемый пункт **Постановления**, судя по всему, вовсе не имеет в виду названные ситуации, при которых объем долга

поручителя перед кредитором увеличивается вследствие заключения указанных в нем соглашений. Он ориентирован на другой феномен, когда поручитель несет невыгоды и издержки другого характера, не связанного с платежом в пользу кредитора. Поэтому дальнейшие комментарии рассмотренного выше аспекта не касаются и случаи увеличения размера долга поручителя в них не учитываются.

(в) Все три вида соглашений могут приводить к тому, что положение поручителя ухудшится по такому основанию, как наступление иных неблагоприятных последствий.

Самой яркой иллюстрацией, пожалуй, является возникновение у поручителя дополнительных издержек. При заключении пророгационного соглашения, изменяющего территориальную подсудность, поручитель может понести дополнительные издержки по защите своих интересов в суде по иску кредитора к должнику, если соответствующий спор будет территориально удален от места жительства или места нахождения поручителя. Такой же вид последствий может возникать и при заключении арбитражного (третейского) соглашения, особенно если местом рассмотрения спора окажется иностранное государство. Подобные последствия могут возникать и при заключении соглашения о применимом праве, например, когда привычное российское право для российского поручителя изменится на иностранное право. Это может вызвать необходимость привлечь экспертов по иностранному праву и понести дополнительные издержки на оплату их услуг.

(г) Из прежнего разъяснения можно было сделать вывод, что соглашение о подсудности не ухудшает положение поручителя. Такое последствие может наступать при заключении между кредитором и должником соглашения о рассмотрении дела в третейском суде или в суде иностранного государства, изменении должником и кредитором права, применимого к отношениям сторон обеспеченного обязательства¹. В отношении соглашения о подсудности предусматривалось, что изменение соглашением кредитора и должника подсудности спора государственному суду не прекращает поручительство; иное может быть предусмотрено договором поручительства².

Действующее разъяснение в абзаце первом не проводит различия между тремя названными видами соглашений, и Пленум обоснованно исходит из того, что они могут служить основаниями для вывода об ухудшении положения поручителя. Еще одно отличие обнаружи-

¹ См. абзац четвертый п. 38 Постановления № 42.

² См. там же, абзац первый.

вается в том, что действующее разъяснение в абзаце первом прямо не выделяет соглашение о рассмотрении дела в суде иностранного государства. Ясно, что и в этом случае для поручителя могут наступать неблагоприятные последствия, в связи с чем можно предположить, что Пленум не отвергает такой квалификации, а считает, что данный случай охватывается общим понятием соглашения о подсудности, хотя в абзаце втором суд иностранного государства назван, но в третьем опять не назван. Подробнее об этом будет сказано ниже.

Еще одно отличие прежнего разъяснения от действующего состоит в том, что Пленум не воспринял то исключение, которое предусматривалось ранее для констатации ухудшения положения поручителя. Считалось, что такое ухудшение из-за заключения названных соглашений не имеет места, когда будет доказана *согласованность действий должника и поручителя при выдаче поручительства*.

Трудно утверждать, почему оно не было воспринято, но, возможно, причина заключается в том, что содержательно оно не вполне понятно. Дело в том, что согласованность действий должника и поручителя при выдаче поручительства является общим правилом. Но тогда получается, что защита интересов поручителя ему не предоставляется в большинстве случаев, а разъяснение распространяется на такой достаточно редкий и в чем-то даже аномальный, хотя и допустимый, случай выдачи кредитору этого обеспечения поручителем по собственной инициативе. Даже при согласованных действиях должника и поручителя по выдаче поручительства последний заслуживает защиты своего интереса в отношении неизменности условий основного обязательства в отношении органа для разрешения спора и применимого права. Ничто в этом случае не указывает на то, что поручитель, действуя согласованно с должником при выдаче поручительства, утрачивает такой интерес. Можно было бы усмотреть данное последствие, если должник и поручитель действовали согласованно при изменении условий основного обязательства или поручитель согласился на такие изменения, но разъяснение было не об этом. Потому есть основания отказаться от этого прежнего разъяснения и более им не руководствоваться.

(д) И прежде, и действующее разъяснения исходят из того, что для защиты интереса поручителя от ухудшения своего положения вследствие заключения соответствующих соглашений ему требуется доказать, *в чем состоит нарушение его прав и законных интересов*.

Изменение условий основного обязательства в связи с заключением трех названных видов соглашений бремя доказывания того, что

это не привело к ухудшению положения поручителя, на кредитора не переносит.

При этом прежнее разъяснение оперировало понятием «возможное нарушение его прав и законных интересов». Пленум отказывается от предиката «возможное» — и, быть может, обоснованно. Это добавление кажется здесь избыточным, так как неясно, на что оно указывает. Если имелось в виду, что к моменту рассмотрения спора кредитора с должником нарушение прав поручителя еще не имеет места, а оно только будет возможным, когда кредитор предъявит требование к поручителю, то такое уточнение бьет мимо цели, ведь нарушенные права и законные интересы поручителя следует учитывать впоследствии, а не в момент рассмотрения спора с должником.

К вопросу об *onus probandi* поручителя надо добавить, что во всех случаях применения п. 2 ст. 367 ГК бремя доказывания лежит на нем как на ответчике по иску кредитора, который возражает полностью или в части против удовлетворения иска, а не только при названных обстоятельствах. Но применительно к рассматриваемому аспекту соответствующих соглашений он несет данное бремя и как истец, например, по иску к должнику после суброгации прав. Это вытекает из следующего абзаца, где сказано как о возражениях, так и о требованиях поручителя.

(е) В абзаце первом комментируемого пункта Пленум разъясняет применение законодательства для целей защиты законных интересов поручителя при заключении соответствующего *соглашения между кредитором и должником*. Тем самым повторяется та же методология, которая уже была использована для других случаев изменения основного обязательства и поэтому вызывает те же сомнения (см. п. «е» комментария к п. 23 *Постановления*).

Дело заключается в том, что изменение подсудности и применимого права по основному обязательству может иметь место и в тех случаях, когда никакое соглашение между указанными лицами не имело места. Например, такие изменения возможны вследствие перехода прав к другому лицу. Иными словами, они могут не зависеть от воли должника (например, если подсудность определена в соглашении по месту нахождения кредитора, права которого переходят к новому кредитору, находящемуся в другом месте, или в силу условий договора либо по коллизионной норме право определяется по domicilio кредитора, и он изменяется). Должны ли защищаться интересы поручителя и в этих случаях?

Из нормы закона (п. 2 ст. 367 ГК) следует, что интересы поручителя в том, чтобы его положение не ухудшалось, защищаются во всех

случаях изменения обязательства, а не только когда оно изменилось по соглашению сторон основного обязательства. Стало быть, имеются основания считать, что и в названных случаях этот интерес должен защищаться, но не за счет должника, от действий которого изменение основного обязательства не зависело, а за счет кредитора. Но что это означает для случаев, когда речь не идет о возмещении дополнительных расходов поручителя?

Например, если применимое право изменилось в связи с уступкой права кредитором, видимо, надо считать, что, согласно разъяснению Пленума, поручитель вправе возражать против требования нового кредитора, ссылаясь на прежнее применимое право. Но если поручитель произведет исполнение, то в споре с должником он требовать применения прежнего права не может, поскольку должник никаких действий, влекущих изменение применимого права, не совершал.

(ж) Пленум опять (*см. п. «л» комментария к п. 23 Постановления*) прибегает к понятию «ухудшение положения поручителя», которое закону неизвестно. Но здесь это понятие начинает преломляться в контексте данных разъяснений несколько иным образом. В связи с этим возникает вопрос: насколько данные им разъяснения опираются на цель законодательной нормы п. 2 ст. 367 ГК? Как и ранее, так и здесь, представляется, нет оснований усматривать какие-то отличия от законодательного понятия «иные неблагоприятные последствия», поскольку все те выводы, которые сделаны в комментируемом пункте ниже, вполне охватываются если не буквой, то обозначенной целью названной нормы. В любом случае для несколько отклоняющегося формально-юридически от указанной нормы вывода о возмещении дополнительных издержек поручителю замена понятия «неблагоприятные последствия» на понятие «ухудшение положения поручителя» ничего большего не дает, разве что, быть может, чисто стилистически чуть лучше отражает принцип, положенный в основу законодательного решения. Поэтому два указанных понятия используются далее как тождественные.

(з) Если в отношении применимого права говорится о его изменении, то в отношении подсудности и арбитражного соглашения говорится о заключении между кредитором и должником таких соглашений. Из контекста вроде становится понятным, что речь идет о ситуации, когда между кредитором и должником сначала не было никаких договоренностей о подсудности или об арбитраже, но после заключения договора поручительства такие соглашения были заключены.

По систематике пунктов **Постановления** есть основания полагать, что речь все же идет о толковании той же нормы – п. 2 ст. 367 ГК, но Пленум избегает использовать терминологию ее гипотезы – изменение основного обязательства без согласия поручителя, равно как и ссылки на нее. Поэтому и возникает некоторая неопределенность, в частности, по вопросу, релевантны ли для сделанных выводов указанные обстоятельства: 1) изменение основного обязательства и 2) отсутствие согласия поручителя. Как представляется, они имеют юридическое значение.

Если поручитель дал свое согласие на соответствующие изменения, то он не вправе считать свое положение ухудшившимся.

Если изменение обязательства по трем указанным параметрам имело место, данные выводы все равно подлежат применению, хотя бы предмет соответствующих соглашений оказался несколько иным, чем изложен выше в начале этого пункта комментария. Речь идет, например, о такой ситуации, когда изначально основное обязательство содержало условия о подсудности, арбитражной оговорке или применимом праве, но после заключения договора поручительства стороны отменили эти договоренности, исключив соответствующие условия из договора или расторгнув сепаратно оформленные соглашения, либо изменили их. Формально-юридически кто-то может усмотреть, что данная ситуация не подпадает под гипотезу комментируемого разъяснения, однако это было бы избыточно казуистичной интерпретацией правовой позиции Пленума. Названные случаи также подпадают под данное разъяснение, – во-первых, потому, что такие договоренности также охватываются понятиями соглашений о подсудности, арбитраже или применимом праве – только в негативном смысле, когда стороны отказываются по соглашению от ранее достигнутых договоренностей на их счет или заменяют их другими; во-вторых, потому, что такое понимание верно по существу, ибо для поручителя, который рассчитывал на применение соответствующего правового режима в отношениях сторон, также могут возникать неблагоприятные последствия.

Дело здесь заключается в том, что происходит изменение первоначального обязательства, которое может повлечь ухудшение положения поручителя, но именно этот интерес и защищается законом. Иными словами, неважно, вводится ли договорная подсудность или она отменяется либо изменяется, устанавливается ли третейская оговорка или она исключается либо заменяется другой, распространяется ли применимое право на отношения сторон или они возвращаются в лоно коллизионных правил либо избирается иное материальное право.

Во всех этих случаях интересы поручителя могут пострадать, а потому подлежат защите правом порядком.

(и) Прежнее разъяснение в условиях дореформенного регулирования для случаев заключения соглашения о применимом праве, арбитражного соглашения или установления компетенции суда иностранного государства устанавливало дифференциацию в отношении последствий этих обстоятельств. Если суд признает положение поручителя ухудшившимся, поручительство прекращается. Если суд не признает этого, поручитель имеет право на возмещение дополнительных издержек. Критерии разграничения ясным образом в разъяснении не обозначались.

Действующее разъяснение также проводит дифференциацию, но последствия иные. Варианта с прекращением поручительства не предусматривается, что объясняется изменившимся законодательным регулированием. Что касается последствий, то их тоже два: 1) поручитель не связан соглашениями кредитора и должника; 2) поручитель имеет право на возмещение дополнительных издержек.

Критерий разграничения между этими двумя видами последствий, судя по тексту разъяснения, сводится к наличию или отсутствию ухудшения положения поручителя. В абзаце первом комментируемого пункта последнее предложение сформулировано таким образом («*При этом поручитель должен доказать...*»), что позволяет прийти к выводу об ухудшении положения поручителя, если *при этом* он доказал, в чем состоит нарушение его прав и законных интересов. Стало быть, первое из названных последствий применимо, если какое-то право или законный интерес поручителя нарушаются вследствие заключения одного из трех видов соглашений кредитора и должника. Логическое затруднение здесь можно усмотреть в том, что второе последствие дает поручителю право на возмещение издержек, но последнее свидетельствует о нарушении либо права, либо законного интереса, в связи с чем издержки и возмещаются. Поэтому провести разграничение между первым и вторым последствиями оказывается непростым делом. Сложность в данном вопросе также заключается еще и в том, что влияние названных соглашений на правовое положение поручителя может быть достаточно разнообразным, а потому их исчерпывающий анализ и обобщение затруднительны.

Возможно, все просто сведется к степени невыгоды для поручителя: если она высока, поручитель свободен от последствий названных соглашений; если нет, то он может лишь требовать возместить дополнительные издержки, и только. Но такой подход означает весьма

высокую степень неопределенности в отношениях сторон, поскольку широкое дискреционное полномочие суда по оценке степени невыгод для поручителя не позволяет заранее спрогнозировать, каким же образом поручителю следует действовать.

Можно попробовать отыскать другой критерий, например, предположив, что имелась в виду такая методология. Если права и законные интересы не могут быть охранены возмещением издержек, применяется первое последствие, а во всех остальных случаях, соответственно, второе. Но такой подход имеет тот недостаток, что в имущественных отношениях почти все невыгоды считаются на деньги, следовательно, любое нарушение прав и законных интересов можно возместить за счет покрытия дополнительных издержек поручителя. Поэтому первое последствие вообще едва ли найдет место для применения.

Быть может, более удачным регулированием было бы предоставление права выбора поручителю: либо он воспользуется правом на возражение о том, что названные соглашения его не затрагивают, и он отвечает на тех условиях, как если бы они не были заключены; либо он потребует возмещения издержек. Формально-юридически всякое изменение, влекущее появление ответственности поручителя, ее увеличение, необходимость понести дополнительные издержки, всегда является нарушением прав и законных интересов. Поэтому получается, что поручитель может доказать данные обстоятельства и требовать первого вида последствий либо не доказывать этого, а доказать лишь причинно-следственную связь между заключением названных соглашений и возникновением дополнительных издержек и потребовать их возмещения (второй вид последствий).

Какую методологию в результате изберет судебная практика, прогнозировать сложно, но одно предположение можно сделать. Первое последствие, как будет показано ниже, может повлечь целый ряд затруднений, а методология возмещения понесенных поручителем издержек значительно более простая. Для поручителя, быть может, менее рискованным был бы второй вариант защиты интересов. Дело в том, что если поручитель посчитает себя свободным от соглашения кредитора и должника, рассчитывая на первое последствие, и будет действовать соответствующим образом, то он рискует тем, что суд впоследствии не согласится с его правовой квалификацией и посчитает его несвободным от них. Если же поручитель смирится с названными соглашениями, станет действовать сообразно с ними и понесет необходимые и разумные издержки, ожидать от суда перехода к первому последствию едва ли стоит, ибо это вступает в противоречие с прин-

ципом справедливости. Данные риски можно принять во внимание поручителям, принимающим решение о модусе своих действий в рассматриваемом аспекте, пока судебная практика не выработает ясных критериев разграничения первого и второго последствий заключения кредитором и должником рассматриваемых видов соглашений.

(к) Сочетание содержания разъяснений относительно первого последствия (абзац второй комментируемого пункта) и второго последствия (абзац третий комментируемого пункта) может привести к выводу, что первое последствие не предполагает возникновения и, соответственно, возмещение дополнительных издержек поручителя. Такие издержки у него не возникают, поскольку он не учитывает заключенные кредитором и должником соглашения и не совершает действий, влекущих возникновения издержек. Однако такой вывод хотя и согласуется с большинством случаев, тем не менее не может быть поддержан в качестве универсального суждения. Дело в том, что в целом ряде случаев, реализуя свое право требования или возражение, поручитель вынужден понести дополнительные издержки и тогда, когда соглашение кредитора и должника, как выражается Пленум, на него не распространяется. Например, если кредитор в соответствии с договорной подсудностью обратился с иском одновременно к должнику и к поручителю, а поручитель защищает свой интерес возражением о выделении требования истца к нему в отдельное производство и передаче дела на рассмотрение другого суда, он может понести дополнительные издержки, участвуя в таком процессе. Будучи последовательным в защите законных интересов поручителя при не согласованном с ним изменении основного обязательства, ему следует предоставить защиту по возмещению таких дополнительных издержек.

(л) Поскольку Пленум считает, что при доказанном ухудшении положения поручителя последний вправе по существу считать себя свободным от последствий заключения трех указанных видов соглашений, необходимо рассмотреть, в чем это может выражаться и к чему это может приводить. Как уже отмечалось, такой анализ объективно ограничен тем обстоятельством, что последствия заключения трех названных видов соглашений могут быть настолько разнообразными, что охватить их все не представляется возможным.

Соглашение о подсудности. Если кредитор и должник изменили подсудность их спора, заключив такое соглашение, это означает, что спор будет рассматриваться в другом суде, чем тот, на который поручитель ориентировался, давая поручительство. Применение первого последствия, согласно разъяснению Пленума, означает, что поручитель

вправе ссылаться в обоснование *своих требований и возражений* на то, что указанное соглашение *на него не распространяется*.

Однако остается неопределенность в отношении того, действительно ли второе последствие применимо и в отношении пророгационного соглашения, поскольку в абзаце втором комментируемого пункта оно прямо не названо, хотя и фигурирует в абзаце первом. Отсюда можно сделать вывод, что указание на это соглашение в абзацах первом и третьем означает, что первое последствие к такому соглашению неприменимо, что соответствует и прежнему подходу в арбитражной практике (см. п. «г» *выше*). Если это действительно имелось в виду, то такой подход может вызывать сомнения. Дело в том, что интерес должника на сохранение подсудности защищается Пленумом в случае, когда с использованием договора поручительства он нарушается (см. комментарий к п. 52 *Постановления*). По крайней мере в таких же случаях было бы противно принципу равенства не дать поручителю аналогичной защиты.

Если же это наше предположение неверно, следует рассмотреть проблематику применения первого последствия для соглашения о подсудности.

Правильное усвоение данного разъяснения осложняется тем, что пророгационное соглашение до суброгации и не может распространяться на поручителя, причем не только в силу принципа относительности обязательства (п. 3 ст. 308 ГК), но и потому, что поручитель не является стороной обязательства в отношении спора, по которому заключается такое соглашение. Нарушенное должником право кредитора по основному обязательству защищается судом по спору между ними, а потому и соглашение касается только их. Но тогда здесь нет дискреции суда по выбору первого или второго последствия, ибо всегда применимо только первое последствие, однако из разъяснения Пленума буквально следует иной вывод.

Упоминание о праве поручителя на требования и возражения дает основание предположить, что имелось в виду следующее.

При исполнении обязательства поручителем в силу суброгационной концепции к нему переходят права кредитора в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода. Следовательно, есть основания полагать, что поручитель оказывается связанным пророгационным соглашением как правопреемник оригинального кредитора, но это расходится с указанием Пленума о том, что поручитель вправе ссылаться в обоснование своих требований и возражений на то, что указанное соглашение на него не распространяется. Если

действительно имелось в виду сформулировать исключение из последствий суброгации, то необходимо рассмотреть альтернативный вариант понимания данного разъяснения.

В случае суброгации поручитель не связан пророгационным соглашением и вправе в обоснование своих требований к должнику в части подсудности спора рассчитывать на общие правила, установленные процессуальным законом, а соглашение о договорной подсудности на него не распространяется. Но здесь возникнет затруднение, если суброгация имела место уже после возбуждения дела в соответствующем суде по иску кредитора к должнику на основании соглашения о подсудности. Более того, она может иметь место и на стадии, когда решение суда уже принято или даже уже исполняется на стадии исполнительного производства. Неужели и в таких случаях поручитель может, доказав ухудшение своего положения, проигнорировать указанные обстоятельства? Есть основания полагать, что если это действительно имелось в виду, то наше процессуальное законодательство к такому повороту дел не вполне готово. Более того, во многих случаях и самому поручителю это будет невыгодно, ибо ему пришлось бы нести издержки на новый процесс.

Для рассматриваемого вопроса может представлять интерес правовая позиция, сформулированная Пленумом в отношении начатого цессионарием процесса при недействительности уступки. Здесь установлено, что, если при недействительности уступки требования цессионарием уже предъявлен иск к должнику по такому требованию, cedent вправе самостоятельно предъявить иск к должнику или вступить в начатое дело (ч. 4 ст. 1, ч. 1 ст. 44 ГПК; ч. 5 ст. 3, ч. 1 ст. 48 АПК)¹. Можно провести аналогии: если названное разъяснение касается ситуации, когда нарушение заключается в том, что процесс начинает неуправомоченное лицо (мнимый цессионарий), то в нашем случае процесс начат в суде, который утрачивает свою компетенцию в отношении поручителя после суброгации, что нарушает права суброгационного кредитора. Данный подход отвечает цели закона по защите законных интересов поручителя, поскольку кредитор мог вести дело нерадиво, что негативно отразится на имущественных правах поручителя, а потому последний может быть заинтересован провести процесс самостоятельно и заново. Другой вопрос, насколько обоснованна проведенная аналогия, и действительно ли Пленум имел в виду такие последствия нераспространения соглашения о подсудности на пору-

¹ См. п. 34 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

чителя? Не слишком ли далеко в этом случае зайдет защита интереса поручителя от не согласованного с ним пророгационного соглашения?

Если в приведенном случае новый процесс, начатый поручителем, будет означать отказ в иске кредитору, который не является обладателем права требования к должнику, то значительно сложнее обстоят дела с исполнительным производством. Может ли нераспространение пророгационного соглашения, которое введено Пленумом, распространиться и на эту стадию процесса? Если дело в защите интереса поручителя заходит так далеко, то следует обнаружить нормативные основания для того, чтобы остановить исполнительное производство в отношении должника, которому придется защищаться по новому иску суброгационного кредитора. Законодательство об исполнительном производстве не содержит такого основания, а по аналогии его подобрать затруднительно.

Что касается возражений, то здесь, возможно, имелось в виду следующее. Если кредитор согласно договорной подсудности предъявил иск одновременно и к должнику, и к поручителю, последний вправе возражать против рассмотрения данным судом иска к нему. В этом случае требование истца в отношении поручителя выделяется в отдельное производство (ч. 3 ст. 130 АПК; ч. 2 ст. 151 ГПК) и передается на рассмотрение другого суда (ст. 39 АПК; ч. 2, 2.1 ст. 33 ГПК). Соответственно, поручитель также вправе возражать против участия в деле по иску кредитора к должнику, если его привлекают в дело в качестве третьего лица (ст. 51 АПК; ст. 43 ГПК), не опасаясь негативных последствий для себя. Соответствующие возражения поручителя по материальному праву (см. п. 16 *Постановления*) в таком случае тоже сохраняются.

В связи с рассматриваемой концепцией для кредитора возникает риск неопределенности также и в том, что заранее неизвестно, воспользуется поручитель своим возражением или нет. Следовательно, его расходы по вчинению иска на основании измененной без согласия поручителя подсудности могут оказаться напрасными. Что касается должника в основном обязательстве, то после суброгации ему следует быть готовым защищаться от иска поручителя как по измененной подсудности, так и по прежней — в зависимости от выбора истца. Последнее по существу ставит поручителя в позицию кредитора с альтернативной подсудностью. Указанные риски могут быть нивелированы, если соответствующее лицо заключит с поручителем соглашение об отказе от его права выбора, что тождественно соглашению об одобрении поручителем изменений основного обязательства. Другое дело, что поручитель в силу автономии воли может быть не склонен действовать

в ущерб своему интересу и отказаться заключать такое соглашение. Отсюда банальный вывод: должнику и кредитору следует заранее озаботиться получением согласия поручителя на изменение подсудности спора, желательно сразу при заключении договора поручительства.

Арбитражное соглашение. Если участие поручителя в производстве в государственном суде при заявлении иска по договорной подсудности к должнику в основном обязательстве по процессуальному закону в принципе возможно, а потому у поручителя по первому последствию появляется возможность возражать против этого, то с арбитражем ситуация несколько сложнее. Предъявление иска к должнику и одновременно к поручителю, который стороной арбитражного соглашения не является, собственно, и не требует никаких возражений поручителя, чтобы его интерес был соблюден, ибо третейский суд не должен обнаружить у себя компетенции по рассмотрению иска к нему. В этом смысле первое последствие здесь применяется и без всяких возражений, разве что третейский суд ошибочно обнаружит свою компетенцию. Более того, в такой ситуации было бы достаточно спорным обнаружить какую-то дискрецию суда, который мог бы не согласиться с тем, что поручитель не связан арбитражным соглашением и оно на него не распространяется. Чтобы связать поручителя арбитражным соглашением, как представляется, получения его согласия на изменение основного обязательства недостаточно — поручитель должен стать участником соглашения об арбитраже. Только тогда появляется возможность одновременного предъявления иска как к должнику, так и к поручителю.

Что касается привлечения третейским судом поручителя в качестве третьего лица по иску к должнику в основном обязательстве, то оно мыслится, только если регламент соответствующего арбитражного учреждения предусматривает такую возможность. Но и здесь от поручителя не требуется никаких возражений, он может игнорировать извещения третейского суда, поскольку на участие в арбитраже не приглашался. Иное вступило бы в противоречие с принципом автономии воли, поскольку наличие в регламенте арбитражного учреждения положений, позволяющих привлекать в процесс третьих лиц, названного принципа умалить не может.

Применительно к требованию поручителя, к которому права перешли по суброгации, ситуация аналогична случаю с пророгационным соглашением. В соответствии с другим разъяснением Пленума, согласованное в договоре первоначального кредитора с должником арбитражное соглашение (арбитражная оговорка) сохраняет силу для

нового кредитора и должника, если иное не предусмотрено указанным договором либо договором между должником и новым кредитором¹. В рассматриваемом разъяснении указание Пленума на то, что поручитель вправе ссылаться в обоснование своих требований и возражений на то, что на него *не распространяется* соглашение о рассмотрении спора в арбитраже, возможно, имело в виду предусмотреть исключение из вышеприведенного разъяснения, посвященного перемене лиц в обязательствах. Но поскольку буквально это не установлено, нельзя исключать и альтернативного понимания данного разъяснения. Тогда это будет означать, что, если суброгация имела место до окончания арбитражного разбирательства, поручитель, заняв место кредитора по суброгации, вправе возражать против компетенции третейского суда. Сложнее обстоит дело со случаем, если в рамках арбитража уже принято решение. Но, видимо, и здесь при таком понимании правовой позиции Пленума следует прийти к выводу, что поручитель им не связан, а может предъявить иск к должнику по общим правилам подсудности спора. Если же арбитражное решение уже приведено в исполнение, то возникнут те же проблемы в исполнительном производстве, на которые указано выше.

Нельзя исключать и более узкую интерпретацию рассматриваемого разъяснения по данному аспекту. Пленум мог иметь в виду, что поручитель не связан третейским соглашением только в том случае, если оригинальный кредитор к этому альтернативному методу разрешения споров не обращался. Тогда поручитель сам решает, подчиниться третейской оговорке в основном обязательстве или считать себя не связанным ею и обратиться с иском к должнику по общим правилам подсудности в государственный суд. Но такая интерпретация имеет тот недостаток, что интерес поручителя оказывается незащищенным и зависит от произвольного выбора кредитора, который может сначала прибегнуть к защите нарушенного должником права в третейском суде либо, напротив, сначала вчинить иск поручителю.

Соглашение о рассмотрении спора в суде иностранного государства. Как уже отмечалось, Пленум не упоминает этот случай в абзаце первом комментируемого пункта, где сформулировано понятие ухудшения положения поручителя, но указывает на него в абзаце втором, посвященном первому последствию заключения соглашения между кредитором и должником, причем отдельно от соглашения от подсудности. Отсюда как минимум следует, что заключение и такого соглашения

¹ См. п. 31 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

все же может относиться к первому последствию. Сложность состоит только в том, что суд иностранного государства не связан разъяснением Пленума, и потому неочевидно, что к поручителю при привлечении его к участию в деле в качестве третьего лица или при предъявлении к нему иска одновременно с должником в основном обязательстве такой суд придет к тем же выводам, что и российский суд. Суд иностранного государства применяет собственное процессуальное законодательство, и все будет зависеть от его содержания, а также иностранной практики его применения. Однако при исполнении иностранного решения в отношении поручителя в российской юрисдикции суд, руководствуясь разъяснением Пленума, видимо, вправе будет отказать в выдаче экзекватуры, если нераспространение соглашения о рассмотрении спора в суде иностранного государства на поручителя будет пониматься достаточно широко.

Соглашение о применимом праве. Если суд признает, что вследствие заключения такого соглашения положение поручителя ухудшается, последний вправе, согласно правовой позиции Пленума, в обоснование своих требований и возражений ссылаться на право, которое применялось бы к отношениям сторон основного обязательства при отсутствии последующего соглашения сторон о выборе права. Получается такой своего рода обеспечительный депесаж, с которым российской юриспруденции еще придется научиться работать. *Обеспечительный депесаж* означает, что к отношениям между кредитором и должником по основному обязательству применяется один правовой статут, а в отношениях между поручителем и кредитором это же основное обязательство обсуждается по другому обязательственному статуту. Введем для служебных целей термины «основной статут» и «обеспечительный статут».

Прежде всего в каких-то случаях нельзя исключать такой коллизии, когда по избранному сторонами применимому праву (основной статут) нарушение основного обязательства имеет место, а по обеспечительному статуту — нет. Стало быть, для целей защиты интересов поручителя последний считается имеющим право ссылаться на «свой» обеспечительный статут и в такой ситуации требовать отказа в иске. Но обеспечительный депесаж к тому же является эксцепционным, поскольку поручитель вправе, но не обязан ссылаться на обеспечительный статут, причем исключительно по своему желанию. Это приводит к феномену своего рода *мерцающего абсолютно потестативного обеспечительного депесажа*, когда неизвестно, какой статут выберет поручитель при предъявлении им требования или возражения.

Трудно представить, к каким последствиям и коллизиям это может приводить, особенно когда сторонам требуется совершить какие-то действия, но еще неизвестно, по какому праву такие действия будут квалифицироваться. К этой неопределенности добавляется еще один элемент – дискреция суда, который либо признает, либо не признает ухудшение положения поручителя («Если суд признает, что такое нарушение имеет место...»).

Ничто в разъяснении Пленума не указывает на то, что обеспечительный депесяж не может быть применен поручителем после суброгации. И здесь можно усмотреть труднопреодолимые коллизии. Отношения между кредитором и должником, развиваясь тем или иным образом, подчинялись основному статуту, но после суброгации поручитель ссылается на то, что к отношениям сторон должен применяться обеспечительный статут. Соответственно, кредитор и должник, совершая те или иные действия в процессе эволюции основного обязательственного отношения, должны приравнивать их как к одному статуту, так и к другому.

Пределы депесяжной альтернативы поручителя еще предстоит оценить, поскольку в более сложных случаях их контуры пока просматриваются нечетко. Например, что, если по основному обязательству первоначально условия о применимом праве не было, но впоследствии кредитор и должник его согласовали, прибегнув при этом к ординарному депесяжу? Означает ли правомочие поручителя, что он вправе выбрать либо основной статут, либо обеспечительный, но не вправе считать себя не связанным лишь частью такого соглашения о применимом праве, отказавшись от одной правовой системы, применяемой к определенным правам, и согласившись с другой правовой системой, применяемой к другим правам? При первом приближении с учетом принципа защиты неизменности правового положения поручителя предпочтительно решение по принципу «или все, или ничего». Поручитель волен либо принять новое условие о применимом праве целиком, либо целиком отказаться от него.

Сложнее обстоит вопрос с таким случаем, когда применимое право меняется сторонами несколько раз. Следует ли и здесь исходить из того, что право поручителя дает ему возможность вернуться к исходному положению, но выбирать одно из выбранных условий, кроме последнего, он не может? Видимо, и здесь надо применять такой же метод. Однако ситуация, должно быть, поменяется, если при одном изменении применимого права поручитель даст на него согласие, а впоследствии стороны опять поменяют применимое право, но уже

не получив согласия поручителя. Здесь поручитель, надо полагать, вправе либо выбрать применимое право, на которое он давал согласие, либо подчиниться последнему выбору сторон применимого права.

Если говорить о нормативном обосновании вывода Пленума, то он опирается на общий принцип относительности обязательств (п. 3 ст. 308 ГК), хотя названные виды соглашений, строго говоря, обязательств не порождают. Что касается соглашения о выборе применимого права, то разъяснение подкрепляется специальной нормой п. 3 ст. 1210 ГК, согласно которой выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц и действительности сделки с точки зрения требований к ее форме, с момента заключения договора.

Подводя предварительный итог беглому анализу первого последствия, можно отметить, что эта новелла в нашей юриспруденции, неведомая ни закону, ни прежней судебной практике, кажется неоднозначной. Неизвестно, чего в ней больше — позитива или негатива. Последний можно усмотреть в столь значительной степени неопределенности для многих случаев, что ограничение защиты интересов поручителя возмещением издержек было бы более предпочтительным. Поэтому кредитору и должнику настоятельно рекомендуется всякий раз предварительно согласовывать с поручителем все аспекты, связанные с заключением трех рассмотренных видов соглашений. Поручителю же следует оценить названные и другие упущенные в комментарии юридические риски, чтобы определиться, какой вид последствий — первый или второй — для него предпочтительнее, принимая в том числе во внимание, что второй вид последствий значительно более простой и более определенный.

Ясно, что первый вид последствий заключения рассматриваемых соглашений кредитором и должником может не иметь места, если они не влекут ухудшение положения поручителя, т.е. нарушение каких-то его прав или законных интересов, например, если, скажем, все три лица находятся в Москве и после заключения договора поручительства кредитор и должник заключают соответствующее закону соглашение о том, что их спор подлежит рассмотрению в Арбитражном суде Московской области. Едва ли тут можно обнаружить какое-то нарушение прав и законных интересов поручителя, если не брать во внимание случаи, когда это соглашение заключено для целей использования иной сложившейся практики в данном суде (*см. п. «б» комментария выше*).

(м) Последний (третий) абзац комментируемого пункта описывает второе последствие заключения названных соглашений кредитором и должником.

Основание для его применения имеет место, если суд признал, что оговорка о выборе суда, арбитражное соглашение или соглашение о применимом праве распространяются на поручителя, к которому перешли права кредитора.

Как уже отмечалось, в каких случаях суд должен прийти к такому суждению, до конца неясно (см. п. «и» *комментария выше*). Кроме того, выше было обосновано, что в некоторых случаях поручитель должен иметь право на возмещение издержек и до перехода к нему прав требований по суброгации (см. п. «к» *комментария выше*).

Как видно, само второе последствие заключается в возмещении дополнительных издержек. Нормативное основание для возмещения названных издержек не приводится, а указанные в конце абзаца третьего комментируемого пункта законоположения направлены лишь на обоснование солидарного характера обязательства по возмещению дополнительных издержек. Думается, что таковым нормативным основанием должен выступать все тот же пункт 2 ст. 367 ГК, по смыслу которого ответственность поручителя на прежних условиях должна истолковываться не только в том смысле, что поручитель не обязан платить кредитору большего, но и не обязан принять на свой счет дополнительные издержки, связанные с изменением условий основного обязательства. Хотя Пленум не ссылается на эту норму в комментируемом пункте, об изменениях все же упоминается в последнем абзаце.

Рассмотрим некоторые аспекты таких издержек для различных видов соглашений кредитора и должника.

Соглашение о выборе суда. Некоторое осложнение здесь может возникнуть при соотношении понятия дополнительных издержек с понятием судебных издержек (ст. 106 АПК; ст. 94 ГПК). Дело в том, что они могут совпадать, но возмещаться по различным правилам. Например, в связи с заключением пророгационного соглашения поручитель был вынужден защищать свои интересы в ином суде, в связи с чем понес издержки, скажем, на привлечение и участие в деле эксперта, но в иске к поручителю было отказано. В такой ситуации поручитель не нуждается в помощи Пленума, поскольку такие издержки подлежат возмещению в составе судебных расходов по процессуальному праву. Но если требование кредитора было удовлетворено, наверное, можно ставить вопрос о том, что часть данных издержек все равно

подлежит возмещению поручителю в том объеме, который может быть квалифицирован как дополнительный. Таким образом, если бы эксперт участвовал в заседаниях суда, которому дело было подсудно первоначально, то эти расходы были бы меньше. Соответственно, это превышение подлежит возмещению, несмотря на то что решение принято не в пользу поручителя.

Соглашение о выборе суда иностранного государства. Как уже указывалось, по неясным до конца причинам этот вид соглашения не называется ни в абзаце первом, ни в абзаце третьем комментируемого пункта. Однако нет никаких политико-правовых или юридико-технических причин отказать поручителю в защите его прав в этом случае, тем более что во многих случаях именно для данного соглашения характерно значительное возрастание соответствующих издержек.

В некоторых правопорядках ряд судебных издержек не подлежит возмещению, поэтому единственным основанием получить возмещение по российскому праву будет являться данное разъяснение Пленума. В остальных случаях будет применим комментарий в отношении соглашения о выборе суда.

Арбитражное соглашение. Часть издержек, аналогичных приведенным в отношении пророгационного соглашения, подлежит такому же возмещению и в соответствующих случаях рассмотрения дела в арбитраже. Некоторые сложности можно усмотреть в отношении арбитражного сбора в том смысле, можно ли его в соответствующей части отнести к дополнительным издержкам. Если решение третейского суда принято в пользу поручителя, то возмещение этого сбора должником снимает вопрос, но что, если речь пойдет о солидарной обязанности кредитора? Во многих случаях если бы права поручителя, исполнившего обязательство, защищались по его суброгационному требованию к должнику в государственном суде, то расходы на государственную пошлину были бы меньше. Означает ли это, что поручитель вправе требовать возмещения с кредитора только разницы между размером арбитражного сбора и размером госпошлины в государственном суде, если бы дело было подсудно последнему? Можно ли вообще назвать такие издержки дополнительными, ведь поручитель воспользовался преимуществами альтернативного способа разрешения спора, пусть и не по своей воле? Ясности с этими нюансами пока нет.

Соглашение о применимом праве. Здесь, как уже упоминалось, могут учитываться дополнительные издержки, понесенные поручителем на привлечение экспертов по иностранному праву, установление его содержания и т.п.

(н) Так же как и в п. 23 **Постановления**, Пленум квалифицирует обязательство должника и кредитора по возмещению дополнительных издержек в качестве солидарного обязательства. Но, в отличие от указанного пункта, в данном разъяснении он приводит нормативное обоснование возникающего солидаритета, который усматривается в п. 2 ст. 316, ст. 322, п. 4 ст. 382 ГК.

Приведенный выше пункт 2 ст. 316 ГК может применяться к рассматриваемой Пленумом ситуации разве что по аналогии, поскольку в нем идет речь о расходах должника, возникающих вследствие изменения места исполнения обязательства. В случаях с заключением кредитором и должником трех обсуждаемых видов соглашений ничего такого не имеет места. Аналогию можно усмотреть лишь в том, что и в одном, и в другом случае речь идет о таком последующем изменении обязательства, которое влечет дополнительные расходы (издержки), хотя оно с поручителем не согласовывалось.

Надо отметить, что ст. 322 ГК сама по себе солидаритета обосновать не может, поскольку он не предусмотрен законом, договором, а обязательства кредитора и должника не являются предпринимательскими и не представляют собой случая неделимости предмета обязательства. Видимо, она приводится не для обоснования солидарности, а для отсылки к остальной части регулирования солидаритета в других статьях.

Что касается п. 4 ст. 382 ГК, то он в релевантной части предусматривает, что первоначальный кредитор и новый кредитор солидарно обязаны возместить должнику — физическому лицу необходимые расходы, вызванные переходом права, в случае, если уступка, которая повлекла такие расходы, была совершена без согласия должника. В рассматриваемых Пленумом отношениях первоначальным кредитором является оригинальный кредитор в основном обязательстве, а новый кредитор — это поручитель (суброгационный кредитор), тогда как Пленум объявляет солидарными должниками перед поручителем кредитора и должника в основном обязательстве. Как видно, приведенная норма по своей букве, да и по аналогии к рассматриваемому случаю неприменима. В ней можно, скорее, усмотреть некий политико-правовой принцип, согласно которому изменение в основном обязательстве (для уступки — по субъектному составу и все с этим связанное) может повлечь расходы другого лица (должника по уступленному праву), которое на такое изменение согласие не давало, и поэтому донные расходы подлежат возмещению лицами, от которых зависело изменение обязательства. В этом своем политико-правовом основании

она действительно схожа с правовым положением поручителя, чьи интересы защищаются правом порядком также в связи с изменением обязательства, на которое он согласие не давал, но от содержания которого зависят права поручителя. Хотя опять же различие обнаруживается в том, что должник при цессии является стороной обязательства, в котором происходит изменение субъекта, а поручитель стороной измененного обязательства не является, но его права затрагиваются вследствие акцессорности и суброгации.

В отношении этого фрагмента разъяснения возникают уже приводившиеся аналогичные сомнения (*см. п. «н» комментария к п. 23 Постановления*), которые связаны с тем, что изменение подсудности спора, равно как и применимого права, может произойти по воле одной стороны, например кредитора, при уступке требования, в связи с чем привлечение к ответственности должника не видится здесь обоснованным.

(о) Комментируемое разъяснение посвящено случаям, когда положение поручителя может ухудшаться из-за заключения трех названных видов соглашения, но что, если они, напротив, влекут улучшение положения поручителя. Может ли кредитор зеркальным образом рассчитывать на неизменность положения поручителя? Ничто в законе на это не указывает; п. 2 ст. 367 ГК сформулирован таким образом, что защищает поручителя от ухудшения его положения, возникшего вследствие не согласованного с ним изменения основного обязательства. Стало быть, если положение поручителя улучшилось и, скажем, объем его обязательства уменьшился, в силу акцессорности он не обязан платить больше. Последнее, правда, не вполне сочетается с другим эффектом — сохранением срока действия поручительства в части одного из вариантов толкования закона (*см. п. «м» комментария к п. 24 Постановления*).

(п) Поскольку Пленум нигде в данном разъяснении не ссылается на п. 2 ст. 367 ГК, а также не указывает на заключение рассматриваемых соглашений без согласия поручителя, может возникнуть ложное впечатление, что как первое, так и второе последствия могут наступать при согласовании названных соглашений с поручителем. Для такого вывода нет оснований. Косвенно это следует из того, что в абзаце первом говорится о заключении данных соглашений после заключения договора поручительства, поэтому когда договор поручительства заключается уже после изменения основного обязательства по указанным вопросам или если обязательство изначально их урегулировало, то права поручителя не нарушаются. Если соответствующие изменения

согласованы с поручителем, он не вправе претендовать на возмещение дополнительных издержек, а принимает их на себя.

(р) Достаточно часто договоренности сторон о подсудности спора, арбитражная оговорка, положение о выборе применимого права содержатся в том же договоре, из которого возникает обеспечиваемое поручительством обязательство, но не противоречит закону и заключение сепаратного договора по названным аспектам. В связи с этим может возникать вопрос, который в разъяснении не затронут, о правах поручителя, который не знал о наличии таких договоренностей и не мог предположить их наличие исходя из содержания основного обязательства. В данном случае, как представляется, права поручителя должны охраняться в соответствии с комментируемым разъяснением Пленума. Если должник и поручитель намерены использовать обеспечение, они должны предоставить поручителю достаточные данные об условиях, которые влияют на правовое положение поручителя, с тем чтобы тот мог оценить свои риски. Каждый поручитель имеет право знать, за что он поручается. Соответственно, кредитору, чей интерес может пострадать, прежде всего следует озаботиться, чтобы договор поручительства в таком случае содержал положения о согласии поручителя с условиями сепаратных договоров с указанным выше предметом соглашения.

(с) Если прежнее разъяснение прямо предусматривало, что *договором поручительства* могут быть определены *иные последствия* заключения рассматриваемых соглашений¹, то действующее разъяснение данный фрагмент не восприняло. Означает ли это, что Пленум решил таким образом ограничить свободу договора, не допустив согласования сторонами иных правил? Едва ли к этому есть основания. Было бы противно принципу свободы договора ограничить право сторон договора поручительства согласовать, например, условие о прекращении поручительства в случае изменения применимого к основному обязательству права, поскольку ничьих прав, кроме сторон самого договора, это не затрагивает. Другое дело, можно было бы опасаться, что кредитор, обладая сильной переговорной позицией, мог бы склонить поручителя отказаться от тех гарантий, которые предусмотрел Пленум, но и это опасение не может быть положено в основание ограничения свободы договора. Дело в том, что и прежняя арбитражная практика, а затем и законодатель, равно как и сам Пленум (см. *следующий пункт Постановления*), допускают заранее данное согласие поручителя на из-

¹ См. абзац пятый п. 38 Постановления № 42.

менение основного обязательства. Следовательно, правопорядок если и испытывает опасения в недобросовестной эксплуатации кредитором поручителя, то рассчитывает справиться с этим иными юридическими средствами, например с помощью доктрины недопустимости несправедливых условий договоров. Это позволяет сделать вывод: стороны договора поручительства вправе предусмотреть иные последствия заключения рассматриваемых соглашений, нежели те, что предусмотрены комментируемым пунктом [Постановления](#).

Кто-то может попытаться провести параллель между новым правилом, признавшим ничтожным соглашение об ограничении права поручителя на возражения, которые имеет должник (п. 5 ст. 364 ГК), с рассматриваемым правом поручителя, которое также реализуется в том числе с помощью исключения. Однако едва ли такое воззрение оправданно, поскольку последствия отказа от возражений должника и отказа от возражений в связи с заключением рассматриваемых соглашений не тождественны. Тем не менее сторонам договора поручительства следует принимать во внимание созданный фигурой умолчания юридический риск, поскольку истинного намерения Пленума установить пока не удастся.

26. Согласие поручителя отвечать перед кредитором на измененных условиях может быть как заранее данным, например, при заключении договора поручительства, так и последующим (пункт 2 статьи 367 ГК РФ).

Заранее данное согласие должно быть явно выраженным и предусматривать пределы изменения основного обязательства, при которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника, например, содержать указание на денежную сумму или размер процентов, на которые могут быть увеличены соответственно сумма долга и проценты по нему, или порядок определения такого размера; срок, на который может быть увеличен или сокращен срок исполнения основного обязательства. Заранее данное согласие, не содержащее указания на такие пределы, считается невыданным.

Заранее данное поручителем согласие охватывает все изменения основного обязательства в пределах, установленных таким согласием, и не требует оформления дополнительного соглашения между кредитором и поручителем на каждое последующее изменение основного обязательства.

(а) Как уже отмечалось выше, для современных экономических процессов характерна высокая степень динамичности. В процессе развития обязательственного отношения изменчивость различных

факторов оказывает воздействие на возможности и потребности его сторон, которые требуют корректировки программы обязательства. Вполне естественным интересом кредитора является не только сохранение обеспечения, но и его эффективность в отношении изменившегося положения дел. Развитие воззрений в обязательственном праве на последствие изменения основного обязательства без согласия поручителя, которые стремятся сохранить обеспечение, не может полностью удовлетворить упомянутый интерес. Кредитору желательно не только сохранить ответственность поручителя на прежних условиях, но и *расширить* ее на *изменившихся условиях* основного обязательства.

Отсюда продолжает оставаться актуальной договорная практика получения от поручителя согласия отвечать по договору поручительства с учетом измененных условий основного обязательства. Смягчение прежнего ригоризма правопорядка в отношении юридической судьбы поручительства при изменении основного обязательства без согласия поручителя отнюдь не отменяет актуальность согласия поручителя на сообразное расширение его ответственности.

(б) Как прежнее нормативное регулирование, так и действующее устанавливают определенные правовые последствия для поручителя при соответствующем изменении основного обязательства *без согласия поручителя*. Из закона методом *a contrario* можно было вывести, каково правовое положение сторон при наличии такого согласия: поручительство не прекращается, а поручитель отвечает с учетом измененных условий основного обязательства. Но ничего о самой согласии законодатель правоприменителю не сообщал. Ничто в нормативном регулировании не указывало ни на юридическую характеристику согласия, ни на его форму, ни на темпоральный аспект такого согласия, ни на его содержание.

Поэтому доктрина и судебная практика вынуждены были искать ответы на эти и другие вопросы, часть из которых была сформулирована в нашей юриспруденции.

(в) Согласие как таковое в гражданском праве представляет собой действие лица, совершение которого влечет вытекающие из закона юридические последствия. В самом широком смысле понятие согласия охватывает любое более или менее определенное деяние лица, которое подтверждает его позитивное отношение к чему-либо. Оно может быть волеизъявлением, которое направлено на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав — и тогда это сделка, но оно может и не иметь такой непосредственной направленности — и тогда

это юридический поступок (например, действие, свидетельствующее о признании долга¹).

Согласие поручителя на изменение условий основного обязательства влечет изменение объема или иных условий его обязательства по договору поручительства, равно как и иные неблагоприятные последствия для него. Стало быть, дееспособный поручитель, выдавая такое согласие, не может не осознавать, что он тем самым возлагает на себя дополнительные обязанности или меняет их условия либо подвергается действию неблагоприятных последствий. Следовательно, перед нами волеизъявление, направленное на изменение субъективного гражданского права и корреспондирующей ему обязанности. Поэтому рассматриваемое *согласие является сделкой*, а не юридическим поступком.

(г) Строгость российского законодательства в отношении обсуждаемого вида обеспечения проявляется, в частности, и в том, что само поручительство рассматривается в качестве двусторонней сделки. Этот ригоризм, возможно, и не вполне обоснован, поскольку выдачу поручительства доктринально и *de lege ferenda* можно было бы рассматривать и как одностороннюю сделку. Последнее увеличило бы юридические риски, но освободило бы кредитора от выдачи согласия на получение обеспечения, которое всегда идет ему на пользу и его права в негативном плане затронуть едва ли может. Так или иначе, поручительство по российскому праву является договором.

Коль скоро договор поручительства определяет обязанность поручителя и условия ее исполнения, выдача поручителем согласия отвечать с учетом изменений в основном обязательстве неминуемо влечет изменение содержания договора поручительства. Согласно п. 1 ст. 450 ГК изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом, другими законами или договором. Таким образом, согласие поручителя по общему правилу должно отвечать признакам акцепта оферты кредитора, содержащей предложение отвечать по договору поручительства на измененных условиях, либо оформляться двусторонним договором о таком изменении. Можно помыслить, что предложение отвечать на измененных условиях исходит от поручителя, а акцептует его кредитор. Например, должник, будучи аффилированным с поручителем,

¹ Вопреки усматриваемому суждению судебной практики (п. 50 Постановления № 25) такое действие сделкой не является, но может содержаться в ней, тем не менее не отождествляясь с самой сделкой.

просит последнего согласиться отвечать на измененных условиях и направить соответствующее согласие об этом кредитору. Последующее изменение основного обязательства на условиях, указанных в согласии поручителя, можно рассматривать как акцепт кредитора (п. 3 ст. 438 ГК). Сложнее обстоит дело, когда по просьбе должника поручитель дает согласие в виде одобрения, т.е. уже после изменения условий основного обязательства. Здесь обнаружить акцепт кредитора, который просто удовлетворился получением одобрения поручителя, затруднительно, особенно когда изменение условий основного обязательства не требует совершения от кредитора каких-либо действий, которые хотя бы с натяжкой можно было бы признать акцептом. Остается, пожалуй, одно основание — увидеть здесь соглашение об изменении договора, признать, что должник, предлагающий поручителю согласиться отвечать на измененных условиях, действует в интересе и от имени кредитора, т.е. делает предложение поручителю изменить договор поручительства, а последний, одобряя состоявшееся изменение условий основного обязательства, акцептует это предложение. Как видно, концепция изменения договора поручительства в связи с согласием поручителя на изменения в основном обязательстве испытывает затруднения с обоснованием связанности поручителя.

Из процитированной выше нормы п. 1 ст. 450 ГК прямо следует, что договор может быть изменен иным образом, нежели как по соглашению сторон. Это способно послужить нормативной опорой для суждения о том, что договор поручительства может предусматривать выдачу согласия поручителя отвечать на измененных условиях в виде односторонней сделки поручителя. Последнее могло бы несколько ослабить строгость и формализм нашего закона, однако подтверждения такой возможности в нашей практике пока не имеется, а потому кредитору следует учитывать этот риск юридической неопределенности. Другой вопрос, который можно возбудить в связи с рассматриваемой нормой, — это возможность квалификации законодательного установления согласия поручителя в качестве нормативного изменения общего правила. Иными словами, можно было бы рассматривать указанное в законе согласие поручителя отвечать на измененных условиях в качестве предусмотренного ГК изменения договора поручительства односторонней сделкой поручителя. Это позволило бы поддержать такие случаи, когда, например, по просьбе должника поручитель в одностороннем порядке выдает письменное согласие отвечать на измененных условиях по договору поручительства, которое передается сначала должнику, а затем кредитору или непосредственно направ-

ляется кредитору. Концепция квалификации согласия поручителя на изменения основного обязательства имеет преимущества перед договорной концепцией изменения соглашения о поручительстве (еще об одном затруднении см. п. «п» комментария ниже). Однако и этот модус действий не имеет подтверждения в нашей практике, а потому такое изменение договора может подвергаться риску признания его незаключенной сделкой. Вместе с тем, если поручитель в одностороннем порядке выдал в письменной форме явно выраженное согласие отвечать на измененных условиях, в том числе в виде одобрения, и такое согласие не имеет никаких иных юридических пороков, кроме его одностороннего характера, появляется основание для защиты интересов кредитора принципом *venire contra factum proprium non valet* (он же эстоппель) и отклонять ссылку поручителя на то, что соглашение об изменении договора поручительства не заключено ввиду отсутствия акцепта кредитора.

Хотя практика не свидетельствует о попытках поручителей опорочить одностороннее согласие, для нивелирования названных выше юридических рисков вплоть до устранения правовой неопределенности нашей практикой кредитору следует стремиться к оформлению согласия поручителя в виде договора.

(д) Что касается *формы согласия*, то, как бы оно ни было квалифицировано, такое согласие должно быть выражено в письменной форме¹. И дело здесь не только в п. 1 ст. 452 ГК, согласно которому соглашение об изменении совершается в той же форме, что и договор, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев не вытекает иное. Это следует из телеологического толкования ст. 362 ГК о письменной форме самого договора поручительства. Устное принятие поручителем на себя обязательства влечет высокую степень риска неопределенности в отношении как самого наличия воли поручителя, так и ее содержания. Коль скоро согласие поручителя отвечать на измененных условиях определяет содержание его обязательства, то и оно должно подвергаться действию правила о форме.

В каких-то случаях можно гипотетически рассуждать об очередном обращении к принципу эстоппель, например, когда поручитель дал устное согласие отвечать на измененных условиях и впоследствии произвел исполнение кредитору, которое в точности отвечает его измененному обязательству. Правда, это будет ставить точно такой же

¹ См. п. 2 Обзора судебной практики ВС РФ (по гражданским делам) за IV квартал 2011 г. (утв. Президиумом ВС РФ 14 марта 2012 г.).

вопрос и в отношении собственно устного договора поручительства. В отличие от некоторых других правопорядков, исцеление порока формы договора поручительства исполнением нашему закону неизвестно, а ожидать от судебной практики комплиментарного подхода по этому аспекту едва ли было бы реалистичным делом.

(е) Из прежнего разъяснения следовало, что заранее данное согласие поручителя отвечать на измененных условиях основного обязательства содержится в договоре поручительства¹. Это, наверное, отвечает наиболее распространенной практике и является вполне разумным договорным решением. Но ничто не мешает оформить такое согласие сепаратно. Это особенно актуально, когда заранее данное согласие выдается после заключения договора поручительства. Потому совсем необязательно оформлять его методом согласования новой редакции договора поручительства в целом. Пленум избегает этой неточности, и ничто не указывает в разъяснении на то, что заранее данное согласие оформляется в тексте договора поручительства.

Прежнее разъяснение о темпоральном аспекте рассматриваемого согласия поручителя содержало правовую позицию о принципиальной возможности заранее данного согласия, не упоминая последующее согласие. При этом как прежнее нормативное регулирование, так и действующее буквально о последующем согласии поручителя не говорят, несмотря на то что сугубо технически в момент внесения соответствующего изменения в некоторых случаях ранее предусматривалось прекращение поручительства². При этом судебная практика, видимо, считала настолько очевидной и разумной допустимость последующего согласия поручителя, что не полагала необходимым трактовать об этом. Юриспруденция интересов с очевидностью должна отбросить схоластическую логику, согласно которой в ту же юридическую секунду, когда без согласия поручителя внесены соответствующие изменения в основное обязательство, поручительство прекращается, а потому поручитель уже не может с чем-нибудь согласиться, ибо он уже не поручитель. Это настолько расходится с представлением об интересах кредитора и поручителя, согласившихся отвечать по измененному обязательству, что такая формальная логика не выдерживает критики. Но данный вопрос утратил свою остроту с изменением воззрения на последствия изменения основного обязательства без согласия поручителя, поскольку поручительство в этом случае не прекращается.

¹ См. п. 16 Постановления № 42.

² См. п. 6 Информационного письма № 28.

Действующее разъяснение *expressis verbis* провозглашает *допустимость как заранее данного согласия, так и последующего*, устраняя всякие сомнения на этот счет и не оставляя никакого шанса ни одному вокабулисту.

Из текста разъяснения недвусмысленно следует, что заранее данное согласие поручителя может иметь место в различные временные моменты развития отношения сторон. В качестве примера приводится момент заключения самого договора поручительства. Действительно, если кредитор к этому времени уже может предположить, каких будущих изменений основного обязательства следует ожидать, ему предпочтительнее сразу же связать соответствующим согласием поручителя, не полагаясь на его последующую благосклонность по этому вопросу. Между тем Пленум достаточно тонко подходит к указанному аспекту, и заранее данным согласием будет и такое, которое дается поручителем впоследствии, т.е. после заключения договора поручительства, но до изменения основного обязательства.

Пленум говорит о согласии поручителя *отвечать перед кредитором на измененных условиях*. Стало быть, речь идет об измененных условиях обязательства поручителя. Но здесь надо принять во внимание свойство акцессорности поручительства, что технически может приводить к такому феномену, когда визуальное условия обязательства поручителя не изменяются литерально, а изменяются условия основного обязательства, но юридически эвентуально меняется и обязательство поручителя, о чем несколько подробнее будет сказано ниже, поскольку это касается содержания согласия, а не времени его выдачи.

Естественно, согласие поручителя может быть смешанным в том смысле, что оно одновременно охватывает как предполагаемые пределы изменения основного обязательства в будущем, так и уже состоявшиеся изменения.

Указание на допустимость как заранее данного согласия, так и последующего призвано устранить всякие сомнения в их допустимости. Что же касается их разграничения между собой, то их темпоральный аспект имеет некоторое значение для особенностей обозначения содержательной стороны согласия (*см. ниже*).

(ж) Ввиду молчания закона о содержании заранее данного согласия поручителя прежнее разъяснение выдвигало два критерия, которым должно отвечать такое согласие. Считалось, что оно должно 1) быть *явно выраженным* и 2) предусматривать *пределы изменения* обязательства. Необходимо рассмотреть эти критерии подробнее.

(з) Как уже было обосновано выше, согласие поручителя является его литеральным письменным волеизъявлением. Поскольку это волеизъявление состоит в словах и выражениях, оно может оказаться и не вполне ясным. В гражданском праве для таких случаев принято применять правила толкования волеизъявлений для выяснения действительной воли (ст. 431 ГК). Означает ли требование о *явно выраженном согласии* поручителя запрет толкования неясного согласия?

Представляется, что для отказа в применении правил толкования не вполне ясного согласия поручителя отвечать на измененных условиях оснований не имеется. В судебной практике встречались такие случаи, когда согласие поручителя на сохранение поручительства при изменении основного обязательства пытались обосновать тем обстоятельством, что в условиях основного обязательства устанавливалась тем или иным образом возможность их изменения в будущем. Кредитор, стремившийся не потерять обеспечение, пытался представить дело так, что поручителю было известно содержание основного обязательства, оно предусматривало возможность его изменения, а значит, поручитель был согласен на это. Такие случаи и следует относить к неявному согласию, а на самом деле речь надо вести о том, что согласие поручителя на измененных условиях не предполагается.

Но даже такое понимание не может обосновать критерий явно выраженного согласия поручителя. На самом деле этот критерий избыточен, а потому им можно пренебречь. Он был бы оправдан, если бы был единственным, но ведь он соединяется с другим необходимым требованием — установлением пределов изменения обязательства. Конечно, обладая достаточным воображением, можно попытаться измыслить такой случай, когда поручитель выразится настолько косноязычно, что даже при обозначенных пределах изменения обязательства, за которые он отвечает, его согласие все равно будет неявным. Нам таких случаев пока не попадалось.

Важно отметить, что если законодатель поддержал судебную практику в части необходимости установления в заранее данном согласии поручителя пределов, в которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника, то о явно выраженном характере согласия он никакого требования не выдвигает. Тем не менее Пленум вслед за прежним разъяснением также устанавливает два критерия, то ли не соглашаясь с законодателем, то ли не замечая этого преобразования критериев при их переходе из судебной практики в закон. Так или иначе, кредиторам следует по возможности формулировать согласие

поручителя таким образом, чтобы оно отвечало явно выраженному согласию.

(и) Прежнее законодательное регулирование не содержало не только ответа на вопрос о допустимости заранее данного согласия поручителя на будущие изменения основного обязательства, но, следовательно, также не устанавливало никаких требований к содержанию этого согласия. Гипотетически на основании широко понимаемого принципа свободы договора можно было бы попытаться обосновать, что данное согласие может быть абсолютно любым, в том числе абстрактным («согласен на любые изменения»). Такая судебная практика, пусть и немногочисленная, имела¹.

Однако указанный подход вызывал сомнения с точки зрения принципов гражданского права, теории обязательственного права и должного баланса интересов сторон. Дело в том, что обязательство поручителя оказывается в таком случае настолько неопределенным, что это расходится с принципом определения предмета договора. Более того, при данном подходе имущественное положение поручителя полностью находилось бы во власти других лиц, причем настолько, что поручитель мог бы подвергнуться риску постоянного изъятия всего принадлежащего ему имущества, и притом навечно. Это уже напоминает экономическое рабство. Ясно, что и в таких условиях право нашло бы способ защитить автономию воли поручителя, которая здесь полностью попирается, но стоит ли создавать почву для этого, если разбалансировка интересов столь очевидна? Никакое дееспособное лицо не может подчинить всю свою экономическую судьбу воле другого лица. Принцип автономии воли противится такому положению вещей.

Поскольку изменения основного обязательства, ухудшающие положение поручителя, могут быть самыми разнообразными, ни закон, ни судебная практика, ни доктрина не могут описать их все исчерпывающим образом. Поэтому и прежнее разъяснение, и действующее ограничиваются приведением наиболее актуальных примеров обозначения названных выше пределов, в которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника.

Действующее разъяснение по сравнению с прежним увеличивает перечень лишь на один пример 2), в остальном отличаясь от него лишь редакционно. Всего имеется три примера:

¹ См.: определения СКГД ВС от 21 декабря 2010 г. № 16-В10-25, от 22 февраля 2011 г. № 11-В10-16, от 12 июля 2011 г. № 16-В11-9; п. 8 Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.).

- 1) указание на денежную сумму или размер процентов, на которые могут быть увеличены соответственно сумма долга и проценты по нему;
- 2) порядок определения такого размера;
- 3) срок, на который может быть увеличен или сокращен срок исполнения основного обязательства.

Как видно, все примеры, обозначающие пределы изменений основного обязательства, характеризуются количественными показателями (суммой, размерами процентов, сроками). Но ухудшение правового положения поручителя может иметь место и в других случаях изменения основного обязательства, в том числе рассмотренных самим Пленумом. Тот факт, что в числе примеров Пленум их не приводит, не означает, что они не подпадают под понятие пределов изменений. Например, вполне согласуется с требованием закона об определении пределов ответственности поручителя указание на согласие поручителя с изменением подсудности спора, установлением или изменением арбитражной оговорки или изменением применимого права. Но даже если не согласиться с этим суждением, едва ли найдутся убедительные аргументы для того, чтобы не позволить поручителю согласиться с такими изменениями, в том числе заранее, определив тем самым принятие на себя рисков и дополнительных издержек, возникающих в связи с ними.

Другое дело, что может возникать неопределенность в адаптации понятия «*пределы изменения* основного обязательства» для названных случаев. Означает ли это требование закона, что в согласии поручителя должны быть конкретно поименованы применимое право, суд или третейский суд? Или поручитель может согласиться с любым применимым правом, выбранным кредитором и должником, равно как и с любой подсудностью и любым третейским судом? Судебная практика не дает пока ответов на эти вопросы. Поскольку в подобных случаях предполагаемые дополнительные расходы поручителя имеют естественные границы, нельзя сказать, что вся имущественная сфера поручителя вверяется во власть других лиц. Поэтому здесь правопорядку нет необходимости проявлять излишний ригоризм, допустив абстрактное согласие поручителя на изменение названных параметров по усмотрению кредитора и должника. Но до появления устоявшейся судебной практики по данному вопросу кредитору следует проявлять осторожность, стремясь к конкретизации указанных условий там и тогда, где и когда это представляется возможным.

Следует принимать во внимание, что разъяснение содержит именно примеры тех пределов, в которых поручитель соглашается отвечать

на измененных условиях. Но и способ обозначения этих пределов также является частью примера, а потому не следует считать, что они могут обозначаться только таким образом, на который указывает Пленум. Дело в том, что разъяснение трактует об указании на денежную сумму или размер процентов, *на которые могут быть увеличены* соответственно сумма долга и проценты по нему. Это означает, например, что, давая согласие на увеличение суммы долга в 1 млн на 200 тыс., в согласии должна указываться последняя сумма, поскольку именно на нее увеличивается сумма долга. Но названные пределы могут быть обозначены и другим образом. Ничуть не хуже согласие поручителя, в котором применительно к приведенному примеру будет указано, что поручитель соглашается отвечать в пределах 1,2 млн. Точно так же нужно подходить и к вопросу увеличения или сокращения срока.

(к) Технически согласие поручителя может оформляться различным образом. Главное, что оно должно отвечать требованию выявления воли поручителя в отношении его согласия на то или иное изменение основного обязательства.

Согласие может быть оформлено в виде отдельного документа, содержащего описание изменений и их количественные характеристики, если они имеются. Точно так же оно может быть оформлено в виде дополнительного соглашения к договору поручительства. Договор поручительства может быть полностью изложен в новой редакции, учитывающей состоявшиеся или предполагаемые в будущем изменения.

Заранее данное согласие поручителя отвечать с учетом изменения основного обязательства по объему может быть относительно абстрактным, т.е. предусматривать, что поручитель согласен с любыми будущими изменениями основного обязательства по размеру предоставления, но в пределах определенной в согласии суммы или ставки процента.

Но в отношении уже состоявшегося изменения основного обязательства последующее согласие поручителя может быть дано без технического изменения каких-либо положений договора поручительства (например, если на дополнительном соглашении кредитора и должника об изменении условий основного обязательства поручитель поставит отметку о своем согласии). Если для самого заключения договора поручительства достаточно отметки кредитора (*см. об этом п. «в» комментария к п. 5 Постановления*), то и для согласия поручителя отвечать на измененных условиях должно быть достаточно отметки поручителя на таких изменениях, оформленных письменно.

Конечно, и в этом случае последующее согласие может быть оформлено указанными выше описательными способами, однако этот метод

менее предпочтителен, поскольку при дескриптивном изложении изменений в них могут вкрасться противоречия с самими аутентичными изменениями.

(л) Выражение законодателя о пределах, в которых поручитель согласен отвечать *по обязательствам должника*, равно как и аналогичное выражение Пленума о пределах изменения основного обязательства, при которых поручитель согласен отвечать *по обязательствам должника*, уже традиционно некорректно, и, будучи последовательным, следует сделать уточнение. Поручитель отвечает по своему обязательству, а не по обязательствам должника (см. п. 1 **Постановления**). Изменение условий основного обязательства, на которое дает согласие поручитель, означает, что в силу акцессорности поручительства изменяются условия, на которых поручитель отвечает по договору поручительства. Это может повлечь увеличение объема его обязательства или увеличить те или иные риски, а также повлечь дополнительные расходы. Выдавая согласие, поручитель все это принимает на себя.

(м) Ни п. 2 ст. 367 ГК, ни другие законоположения не предусматривают последствий на случай несоблюдения требований закона в отношении заранее данного согласия поручителя отвечать на измененных условиях. Прежнее разъяснение, установившее такие требования, предусматривало, что если пределы изменения обязательства в договоре поручительства не установлены, но обеспеченное обязательство изменилось, то поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обеспеченного обязательства. Обращает на себя внимание то, что про нарушение требования в отношении явно выраженного согласия ничего сказано не было. Юридической характеристики самого порочного согласия не давалось.

Действующее разъяснение еще более лаконично, ибо исходит из того, что заранее данное согласие, не содержащее указание на соответствующие пределы, считается невыданным. Видимо, из этого должно следовать, что поручитель отвечает на прежних условиях. К такой ситуации подлежат применению предыдущие разъяснения, касающиеся изменения без согласия поручителя основного обязательства, влекущего ухудшение его положения. Здесь тоже уместно заметить, что неясно выраженное согласие поручителя невыданным не объявляется.

Юридической квалификации порочного согласия также не дается, — возможно, ввиду того, что это обстоятельство не имеет практического значения. Можно было бы рассматривать ничтожность порочной сделки поручителя или признание того обстоятельства, что сделка не заключена. Теоретически, наверное, есть основания полагать, что

при несоблюдении требований закона об установлении пределов изменения основного обязательства это означает, что сделка не совершена, поскольку таковые пределы составляют предмет данной сделки. Коль скоро предмет не определен, то никаких последствий это не влечет, причем неважно, признавать согласие поручителя односторонней сделкой или договором.

(н) В процессе развития обязательственного отношения между кредитором и должником может потребоваться несколько изменений основного обязательства. Такие изменения могут укладываться в пределы данного поручителем заранее согласия на них либо выходить за его пределы. В последнем случае требуется новое согласие поручителя. Но что, если новые изменения укладываются в пределы данного поручителем согласия, требуется ли подтверждение согласия поручителя? Прежнее разъяснение не затрагивало этого аспекта, возможно, в силу очевидности ответа на поставленный вопрос. Действующее разъяснение, напротив, почему-то придает ему значение и содержит вполне ожидаемый ответ. Оформления дополнительного соглашения между кредитором и поручителем на каждое последующее изменение основного обязательства не требуется, если изменения укладываются в пределы данного поручителем согласия.

(о) В отличие от прежнего разъяснения, действующее [Постановление](#) не содержит правовой позиции о защите прав поручителя по ст. 428 ГК, если положение о согласии поручителя на изменение основного обязательства содержится в *типовом договоре поручительства*. Ранее предусматривалось, что в случае если суд установит, что договор поручительства является типовым, с заранее определенными условиями, и поручитель был фактически лишен возможности влиять на его содержание, условия договора поручительства о том, что при изменении обязательства поручитель отвечает на изменившихся условиях, об ответственности поручителя за нового должника при переводе долга могут быть оспорены поручителем применительно к п. 2 ст. 428 ГК¹. Это порождает соответствующие риски (подробнее *см. п. «д» комментария к следующему пункту Постановления*).

(п) Еще один вопрос, который не имеет буквального ответа в позитивном праве, встает в связи с *частичным согласием*. Если к поручителю обращаются с предложением (кредитор или должник) согласиться отвечать на измененных условиях основного обязательства с указанием соответствующих пределов этих изменений, а поручитель

¹ См. п. 18 Постановления № 42.

выдает согласие, но уменьшает данные пределы, следует ли считать его согласие имеющим юридические последствия? С особенной остротой указанный вопрос встает тогда, когда основное обязательство будет изменено на условиях первоначальных пределов, а не тех, с которыми согласился поручитель. Здесь концепция квалификации согласия поручителя в качестве акцепта сталкивается с затруднением, поскольку согласно п. 1 ст. 438 ГК акцепт должен быть полным. Это еще один аргумент в пользу того, чтобы считать согласие поручителя односторонней сделкой, акцептом не являющимся. Дело в том, что трудно подобрать аргументы, опровергающие естественное чувство связанности поручителя данным согласием. Ведь воля поручителя отвечать на новых условиях изъявлена. Ясно, что кредитор предпочтет частичное согласие с изменением, нежели отсутствие согласия. Однако осмотрительному кредитору желательно акцептовать такое согласие поручителя, чтобы избежать юридических контроверз, основанных на концепции договорного изменения соглашения о поручительстве (см. п. «г» комментария выше).

27. В случае перевода долга на другое лицо кредитор должен получить согласие поручителя отвечать за нового должника (пункт 3 статьи 367 ГК РФ). Если такое согласие поручителя не получено кредитором в разумный срок после направления поручителю уведомления о переводе долга, поручительство прекращается.

Договор поручительства может предусматривать заранее данное согласие поручителя отвечать перед кредитором при переводе на другое лицо долга по основному обязательству. Такое согласие поручителя должно быть явно выраженным, а также содержать критерии, позволяющие с высокой степенью определенности установить лицо или круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу (пункт 3 статьи 367 ГК РФ).

(а) Как уже не раз отмечалось выше, чаще всего поручитель является аффилированным с должником лицом. Эта связанность с должником объясняет, почему поручитель принимает на себя обязательство перед кредитором. Отсюда с очевидностью следует, что для поручителя *личность должника имеет существенное значение*, ибо за другое лицо он поручаться не стал бы. Но даже если особой тесной связанности поручителя с должником не просматривается, можно сделать предположение, что и в таком случае личность должника имеет для него не меньшее значение. Разумный и осмотрительный

участник гражданского оборота, прежде чем выдать поручительство за другое лицо, в той или иной степени оценивает свои риски, которые в значительной степени зависят именно от личности должника. Если поручительство выдается исходя из семейных, дружеских иных личных отношений поручителя с должником (дружеское поручительство), то и здесь личность должника для него имеет существенное значение, причем, может быть, даже не только (или не столько) в аспекте оценки рисков, сколько в мотиве оказать помощь именно данному лицу, а не любому другому.

Все эти соображения обосновывают законный интерес поручителя в неизменности личности должника в основном обязательстве, пока поручитель отвечает по нему. Поэтому правопорядок должен определиться с методом защиты названного интереса.

Оставить заботу над интересом поручителя на его собственное усмотрение было бы опрометчивым законодательным решением, в том числе из-за того, что кредитор имеет значительно более сильную переговорную позицию до возникновения основного обязательства, а потому склонен игнорировать этот интерес, рассчитывая на то, что потребность в кредите сподобит как должника, так и поручителя принять его условия. Интерес самого кредитора в неизменности личности должника в основном обязательстве достаточно защищен законом, поскольку перевод долга на другое лицо без его согласия ничтожен (п. 2 ст. 391 ГК)¹. Поэтому было бы справедливым уравнивать в правах кредитора и поручителя, учитывая схожесть их интересов.

В силу названных обстоятельств традиционным общим правилом для поручительства является его *прекращение* с переводом на другое лицо долга по основному обязательству без согласия поручителя.

Первоначальная редакция нормы закона была достаточно лаконичной, предусматривая, что поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника (прежний пункт 2 ст. 367 ГК). Представляется, что данная норма была вполне приемлемой для обозначения общего законодательного принципа. Тем не менее в процессе реформирования она была изменена. Действующая норма предусматривает, что поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель *в разумный срок после*

¹ В этом и последующих пунктах комментария рассматривается только привативный перевод долга. О кумулятивном переводе долга см. последний пункт комментария.

направления ему уведомления о переводе долга не согласился отвечать за нового должника (п. 3 ст. 367 ГК).

Судя по всему, изменение редакции было связано с некоторой неопределенностью судьбы поручительства при последующем одобрении поручителем замены должника. Дело в том, что логически основанием прекращения поручительства следовало бы признать такой юридический факт, как перевод долга; отсюда с неизбежностью следует, что, как только долг переведен, поручитель уже не является таковым, а потому и соглашаться ему не с чем, ибо он уже не поручитель. Однако столь иезуитская логика едва ли приемлема, причем независимо от редакции нормы. Нет никаких причин не допустить согласие поручителя отвечать и за нового должника, которое имеет форму одобрения. Ничьих интересов это не нарушает, и, соответственно, большой необходимости в изменении редакции, как представляется, не было. А вот действующая редакция по внешней видимости получилась претендующей на установление стандартного модуса действий при переводе долга в основном обязательстве, обеспеченном поручительством. Но разумному и осмотрительному кредитору, напротив, так действовать не стоит, хотя закон вроде бы к этому подталкивает.

Предпочтительность вариантов в отношении перевода долга для кредитора выстраивается по такой шкале: 1) заранее данное согласие поручителя при заключении договора поручительства на будущий перевод долга; 2) предварительное согласие на предстоящий перевод долга; 3) одобрение поручителем перевода долга. Как видно, рассматриваемая законодательная модель стоит на последнем месте.

(б) Как прежнее разъяснение¹, так и действующее в отношении перевода долга содержат правовую позицию о том, что кредитор *должен получить согласие* поручителя отвечать за нового должника. Естественно, это не означает наличия у кредитора субъективной обязанности перед кем бы то ни было действовать таким образом; никакого долга у кредитора, конечно же, нет. Речь идет о том, что кредитор рискует потерять обеспечение, если согласия поручителя отвечать за нового должника получено не будет. Можно сказать, что в предложении первом комментируемого пункта по методу нормативной экономии опущен один фрагмент, реконструкция которого дает корректное суждение: для целей сохранения поручительства в случае перевода долга на другое лицо кредитор должен получить согласие поручителя отвечать за нового должника.

¹ См. абзац первый п. 17 Постановления № 42.

Точно так же обычно выражение «отвечать за нового должника» означает не исполнение поручителем обязанности нового должника, а исполнение собственной обязанности в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства этим новым должником.

При сравнении прежней и действующей правовой позиции бросается в глаза, что ранее говорилось о согласии поручителя отвечать за *определенного* должника, на которого будет либо уже переведен долг, а Пленум трактует просто о согласии отвечать за нового должника. Это различие объясняется тем, что соотношение абзацев первого и второго комментируемого пункта дает основания полагать, что в абзаце первом имеется в виду согласие на уже состоявшийся перевод долга, а во втором — заранее данное согласие поручителя. Рассматриваемый фрагмент прежнего разъяснения обнимал как будущий, так и состоявшийся перевод долга. Поэтому в действующем разъяснении из контекста следует, что, давая согласие на уже состоявшийся перевод долга, поручитель тем самым определяет личность нового должника.

(в) В предложении втором абзаца первого, как, впрочем, и во всем абзаце комментируемого пункта, на самом деле никакого разъяснения не содержится. Пленум просто изложил содержание п. 3 ст. 367 ГК в иной редакции и с добавлением ненужного долженствования кредитора по получению согласия.

Таким образом, в позитивном праве содержится описание части картины, связанной с метаморфозами отношений четырех лиц при переводе долга. Полная же картина в общих чертах модельной ситуации выглядит следующим образом. Первоначальный и новый должник заключают договор о переводе долга, кредитор дает свое согласие на такой перевод, после чего замена лица в обязательстве на стороне должника является состоявшейся. Далее кредитор предлагает поручителю дать согласие отвечать по договору поручительства за нового должника. Если в разумный срок такое согласие выдано, поручитель отвечает за нового должника. Если поручитель в разумный срок такого согласия не дал, поручительство прекращается.

С момента перевода долга обязательство поручителя переходит в стадию *абсолютной потестативной ремиссионной подвешенности*, поскольку зависит исключительно от воли поручителя; если он за нового должника отвечать не пожелает, поручительство прекратится. Срок жизни этого правового состояния равняется разумному сроку.

Уведомление кредитором о переводе долга и согласие поручителя отвечать за нового должника могут рассматриваться соответственно

как оферта и акцепт в договоре изменения договора поручительства. Личность должника выступает субъектным элементом основного обязательства, которое является существенным условием договора поручительства. Стало быть, изменение личности должника в основном обязательстве должно быть согласовано в той же форме, что и сам договор поручительства, т.е. в письменной форме. Поэтому и уведомление кредитора, и согласие поручителя должны быть оформлены письменно. Гипотетически можно помыслить себе случаи конклюдентного акцепта оферты кредитора поручителем. Это можно наблюдать, например, в таком случае, когда в ответ на письменную оферту кредитора отвечать за нового должника, соединенную с требованием исполнить обязательство, поручитель произведет платеж в пользу кредитора. В таком случае договор поручительства следует считать измененным, а платеж поручителя — основательным, ибо этим юридическим актом поручитель одновременно изъявил свою волю на изменение договора и исполнил обязательство по нему.

Закон говорит о *разумном сроке* согласия поручителя отвечать за нового должника. Трудно сказать, какая именно продолжительность этого срока является приемлемой. Но, как представляется, для излишней строгости телеологический метод толкования оснований не дает. Дело в том, что срок для ответа на оферту в значительной степени установлен в договорном праве в пользу оферента, чтобы обеспечить ему определенность в вопросе о том, когда он перестает быть связанным сделанной офертой и может уже не ожидать ее акцепта. В противном случае задавненный акцепт мог бы навредить оференту, который оказался бы обязанным исполнять заключенный договор, к которому он за давностью, может быть, уже не готов и (или) в котором не заинтересован. Но обеспечительный характер поручительства такого риска не влечет, поскольку обычно ни в чем не обязывает кредитора, суля ему одни выгоды. Следовательно, даже относительно запоздалое согласие поручителя отвечать за нового должника суду отвергать не следует.

Хотя закон говорит о прекращении поручительства в случае отсутствия согласия поручителя отвечать за нового должника в разумный срок, точно такое же последствие должно наступать и при выраженном им *несогласии* отвечать за него. Это более чем очевидно, а потому не требует обоснования.

Несмотря на то что закон описывает модель направления уведомления и получения согласия, ничто не мешает сторонам договора поручительства изменить договор наиболее распространенным на прак-

тике способом — подписать дополнительное соглашение, в котором изъявлена воля поручителя отвечать за нового должника.

Более того, нет существенных причин, чтобы не удовлетвориться вообще одним лишь письменным согласием поручителя отвечать за нового должника, сделанным в ответ на устную просьбу кредитора, прежнего должника или нового должника. Это не увеличивает рисков, которые стремится нивелировать правопорядок, устанавливая письменную форму договора поручительства. В этом аспекте можно усмотреть расхождение разъяснения Пленума с текстом закона. Закон не говорит, что уведомление о переводе долга должно направляться кредитором, равно как не уточняет, кому адресовано согласие. Пленум же и в том, и в другом случае подставляет кредитора, что не представляется обоснованным, хотя и является обычно наблюдаемой картиной. Если поручитель выдал письменное согласие новому или прежнему должнику, которые передали документ кредитору, едва ли есть основания лишать кредитора обеспечения только по этому основанию. Можно и нужно пойти еще дальше: даже если никакое уведомление поручителя о переводе долга не имело места, но поручитель получил сведения об этом иным образом и выдал согласие отвечать за нового должника, поручительство сохраняется.

Если поручитель дает согласие отвечать под условием, то такое волеизъявление следует рассматривать как предложение поручителя кредитору изменить договор на условиях поручителя. Естественно, кредитор волен согласиться или не согласиться на такое предложение, как и всякий адресат оферты. В этом случае разумный срок на акцепт кредитора следует исчислять не с момента направления поручителю уведомления о переводе долга, а по общим правилам. Согласно п. 1 ст. 441 ГК, когда в письменной оферте не определен срок для акцепта, договор считается заключенным, если акцепт получен лицом, направившим оферту, в течение нормально необходимого для этого времени.

К данному сроку должны предъявляться более строгие стандарты, поскольку поручитель как обязанное лицо по договору нуждается в определенности по поводу того, когда он вправе считать себя свободным от собственного предложения изменить договор поручительства.

(г) Как указывалось в п. «а» комментария, прежнее регулирование влияния перевода долга по основному обязательству на поручительство не предусматривало требований к рассматриваемому согласию поручителя.

Первоначально в судебной практике считалось, что в договоре поручительства может быть установлена обязанность поручителя отвечать за любого нового должника в случае перевода долга по обеспечиваемому обязательству¹. Надо сказать, что этот подход игнорировал интересы поручителя (см. п. «а» комментария выше).

В дальнейшем судебное толкование продемонстрировало иной подход², согласно которому соответствующая норма ст. 367 ГК квалифицировалась в качестве диспозитивной. Кроме того, было установлено, что согласие поручителя отвечать за нового должника, на которого будет переведен долг, должно быть явно выраженным, а также содержать критерии, позволяющие с высокой степенью определенности установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу.

Законодатель в редуцированном виде воспринял эту судебную практику, кодифицировав ее. Согласно п. 3 ст. 367 ГК согласие поручителя отвечать за нового должника должно быть явно выраженным и должно позволять установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу.

Если в отношении других изменений основного обязательства из закона прямо следует допустимость заранее данного согласия, то в отношении такого изменения основного обязательства, как замена его субъекта на стороне должника, подобного установления не обнаруживается. Как и прежняя судебная практика, действующее разъяснение восполняет этот пробел, причем более артикулированным образом. Пленум недвусмысленно, *expressiss verbis* разъясняет, что такое *заранее данное* согласие поручителя может быть предусмотрено *договором поручительства*. Но тем самым Пленум допускает ту же неточность, которая была ранее допущена в арбитражной практике в отношении заранее данного согласия на иные изменения основного обязательства (см. п. «е» комментария к п. 26 *Постановления*). Нет необходимости ограничивать свободу сторон в оформлении своих договоренностей, поэтому заранее данное письменное согласие может быть выдано поручителем в отдельном документе, равно как об этом может быть заключен сепаратный договор.

Далее, как и в прежнем разъяснении, указываются требования к такому согласию, т.е. именно к заранее данному. Сама же процитированная выше норма сформулирована таким образом, что соответствующие

¹ См. п. 9 Информационного письма № 28.

² См. абзац второй п. 17 Постановления № 42.

требования могут быть распространены на всякое согласие поручителя. Хотя, конечно, ее актуальность особенно выражена именно в отношении заранее данного согласия.

Содержательно к заранее данному согласию закон предъявляет два требования: 1) оно должно быть *явно выраженным* и 2) позволять установить *круг лиц*, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу.

Если в отношении сомнительного первого требования (см. п. «з» *комментария к п. 26 Постановления*) Пленум ничего не добавляет, повторяя его в своем разъяснении, то со вторым требованием дело обстоит не так.

Пленум то ли не замечает случившейся законодательной редукции прежнего разъяснения при его кодификации, то ли не считает необходимым отказываться от чуть более строгого подхода прежней правовой позиции¹. Дело состоит в том, что, по буквальному значению действующего разъяснения, требуется не просто определить круг лиц новых должников, но сделать это надо так, чтобы согласие поручителя *содержало критерии, позволяющие с высокой степенью определенности установить лицо или круг лиц*, составляющих новых должников. Нельзя сказать, что эта строгость что-то сильно меняет, но для кредитора здесь все же обнаруживается некоторая степень юридического риска. Поскольку вопрос степени определенности по существу носит весьма оценочный характер, те или иные договорные методы индивидуализации соответствующего лица или круга лиц могут быть признаны негодными. Поэтому кредитору следует принять во внимание данный нюанс и предпринять меры для большей конкретизации нового должника или должников. Вместе с тем текущая судебная практика не свидетельствует о распространенности проявления рассматриваемого юридического риска, а потому определить, какие критерии признаются недостаточными, эмпирически не представляется возможным. Приведем только две иллюстрации. Допустим, поручитель заранее соглашается отвечать за нового должника, если он будет входить в состав определенного холдинга. Если, скажем, этот поручитель является специализированной дочерней компанией, управляющей финансовыми потоками холдинга, то такое условие представляется вполне рациональным, имея в виду, что может предполагаться перевод долга при определенных обстоятельствах с одной дочерней компании на ту или иную другую дочернюю компанию. Отвечает ли такой критерий

¹ См. абзац третий п. 17 Постановления № 42.

требованиям Пленума о достаточной степени определенности круга лиц, относящихся к новым должникам? Представляется, что вполне отвечает, и это суждение не должно быть поколеблено даже в том случае, если в составе холдинга появится новое дочернее хозяйственное общество, которого не существовало к моменту дачи согласия поручителя отвечать за нового должника. Возьмем другой пример: представим, что поручитель дал согласие отвечать за любого нового должника, если он будет являться собственником определенного здания. Кажется, круг возможных новых должников потенциально бескрайний, ибо любое правоспособное лицо может стать собственником здания. Значит, критерий достаточной степени определенности круга лиц не соблюден? Но что, если поручитель выступил таковым по обязательству должника, которое связано с капитальной реконструкцией этого дома, принадлежащего знаменитому родичу поручителя? Тут поручитель заинтересован в продолжении реконструкции, кто бы ее ни осуществлял. Не покажется ли его интерес и, соответственно, подобный риск вполне приемлемыми и рациональными? Даже такой предельно лаконичный иллюстративный материал наталкивает на мысль, что при оценке критериев степени определенности новых должников, введенных нашей судебной практикой, следует учитывать те интересы, которые подвигают поручителя согласиться отвечать за нового должника.

(д) Прежнее разъяснение предусматривало, что, в случае если суд установит, что договор поручительства является *типовым*, с заранее определенными условиями, и поручитель был фактически лишен возможности влиять на его содержание, условия договора поручительства о том, что при изменении обязательства поручитель отвечает на изменившихся условиях, об ответственности поручителя *за нового должника* при переводе долга могут быть оспорены поручителем применительно к п. 2 ст. 428 ГК¹.

Пленум не воспринял эту правовую позицию по неясным причинам. Можно было бы предположить, что в связи с изменением положений указанной статьи, ограничивавшей ранее защиту прав субъектов предпринимательской деятельности, разъяснение перестало быть настолько актуальным, но данное предположение едва ли оправданно, поскольку действующее разъяснение имеет общий характер и касается любых поручителей. Другое предположение связано с тем, что, в отличие от прежнего разъяснения, действующее не содержит суждения о диспозитивности правил о поручительстве при переводе долга

¹ См. п. 18 Постановления № 42.

и Пленум считает п. 3 ст. 367 ГК императивным, а потому заранее определенные условия типового договора поручительства в отношении перевода долга, отклоняющиеся от содержания названной нормы, будут ничтожными. Однако и такое предположение следует поставить под сомнение, поскольку столь ригоричный подход, если он действительно имелся в виду, скорее, все же был бы обозначен в разъяснении буквальным образом, а не через фигуру умолчания. Другая версия могла бы опираться на представление о том, что прежнее разъяснение нереалистично, имея в виду требования судебной практики о высокой степени определенности критериев в отношении нового должника или круга лиц, относящихся к возможным новым должникам. Иными словами, в типовом договоре поручительства просто невозможно заранее определить условия о новых должниках, чтобы они отвечали указанному требованию, и поэтому защита по ст. 428 ГК просто не понадобится. Однако и эта версия вызывает сомнения. Если наше рассуждение выше в п. «г» комментария о допустимости определения круга лиц через указание, например, на входящих в холдинг субъектов верно, это может служить иллюстрацией обратного, т.е. типизировать положение о новых должниках, при переводе долга на которых поручительство сохраняется. Но в таком случае предоставить защиту поручителю, присоединившемуся к типовому договору поручительства, в котором не были индивидуально согласованы условия о сохранении поручительства, а поручитель был фактически лишен возможности влиять на их содержание, кажется вполне обоснованным.

Поскольку нельзя исключать, что последняя версия все же имеет под собой основания, поручителям следует принимать во внимание этот риск и предпринимать усилия по индивидуальному согласованию условий о переводе долга, чтобы соблюсти свои интересы. Юридический риск отказа в предоставлении им защиты по ст. 428 ГК создан фигурой умолчания, и он требует управления.

(е) Поддерживая в целом прежние подходы арбитражных судов по вопросу влияния перевода долга на поручительство, Пленум оставляет в стороне дифференциацию перевода долга на *привативный* и *кумулятивный*. Если ранее кумулятивный перевод долга мог иметь место на основании принципа свободы договора¹, то теперь он кодифицирован.

В соответствии с абзацем вторым п. 1 ст. 391 ГК в обязательствах, связанных с осуществлением их сторонами предпринимательской дея-

¹ См., например, Определение СКЭС ВС от 3 декабря 2015 г. № 310-ЭС14-8672.

тельности, перевод долга может быть произведен по соглашению между кредитором и новым должником, согласно которому новый должник принимает на себя обязательство первоначального должника. При этом первоначальный должник и новый должник несут солидарную ответственность перед кредитором, если соглашением о переводе долга не предусмотрена субсидиарная ответственность первоначального должника либо первоначальный должник не освобожден от исполнения обязательства, а первоначальный должник вправе отказаться от освобождения от исполнения обязательства. Но более всего к обсуждаемой проблематике поручительства имеет отношение п. 2 ст. 392.1 ГК, согласно которому, если при переводе долга первоначальный должник освобожден от обязательства, обеспечение исполнения обязательства, предоставленное третьим лицом, прекращается, за исключением случая, когда такое лицо согласилось отвечать за нового должника. Из взаимосвязи приведенных законоположений можно сделать вывод, что, если первоначальный должник при кумулятивном переводе долга не освобожден от долга, поручительство не прекращается даже при отсутствии согласия поручителя с переводом долга, равно как и при его несогласии с таким кумулятивным переводом долга.

Приведенное нормативное регулирование позволяет усмотреть противоречие с п. 3 ст. 367 ГК, которое требует разрешения, что и могло бы стать предметом внимания Пленума, но не стало.

Создается впечатление, что системное противоречие является следствием упущения в законотворческой технике в том смысле, что введение кумулятивного перевода долга не повлекло должного согласования других норм ГК о переводе долга с появившейся в законе дифференциацией. Но этого впечатления недостаточно, чтобы обособить необходимое разрешение коллизии.

Можно попытаться подойти к решению вопроса, применив (хотя и с некоторой натяжкой) юридический метод *lex specialis derogat generali*, имея в виду, что п. 2 ст. 392.1 ГК является специальной нормой, посвященной именно кумулятивному переводу долга, тогда как п. 3 ст. 367 ГК — общей нормой.

Однако более убедительными выглядят политико-правовые доводы и методология юриспруденции интересов. Дело в том, что защита интересов поручителя при переводе долга по основному обязательству устанавливается для того, чтобы его положение не ухудшалось. При кумулятивном переводе долга новый должник может отвечать наряду с прежним должником, и шансы исполнения обязательства из-за увеличения ответственных лиц перед кредитором увеличиваются. Кроме

того, при суброгации прав к поручителю его положение тоже улучшается по той же причине. Поэтому в данном случае положение поручителя в целом не ухудшается, а то и улучшается. Лишь в том случае, если первоначальный должник освобождается от долга, правовое положение поручителя ухудшается и становится тождественным со случаем привативного перевода долга. Это учитывается законодателем в п. 2 ст. 392.1 ГК, который и подлежит применению преимущественно перед п. 3 ст. 367 ГК. Но в части согласия поручителя отвечать за нового должника при кумулятивном переводе долга, когда первоначальный должник освобождается от долга, подлежат применению абзац второй п. 3 ст. 367 ГК и, стало быть, разъяснения Пленума в комментируемом пункте.

Прекращение и недействительность поручительства

28. Поручительство прекращается по основаниям, предусмотренным законом или договором поручительства (статья 407 ГК РФ).

(а) С одной стороны, сформулировать комментарий к данному тексту представляется весьма сложной задачей в силу его предельной простоты. Трудно измыслить, какому уровню юридического интеллекта данный текст может принести пользу. Ведь для этого надо представить себе цивилиста, который нуждается в таком суждении помимо нормы закона.

С другой стороны, несмотря на этот трюизм, он порождает неопределенность. В п. 1 ст. 407 ГК, посвященной основаниям прекращения обязательств вообще, на которую имеется ссылка, их перечень несколько шире: там также названы такие основания, которые предусмотрены: 1) ГК и 2) иными правовыми актами. Если ГК подпадает под понятие «закон», то иные правовые акты и законы последовательно разграничиваются как в самом ГК, так и в правоприменительной практике, равно как и в нашем лексиконе, используемом в доктрине и других юридических текстах. Получается, что единственный логический смысл данного разъяснения заключается в том, чтобы исключить возможность установления оснований прекращения поручительства иным правовым актом, т.е. согласно п. 6 ст. 3 ГК указами Президента и постановлениями Правительства. Однако сложно объяснить, почему именно по этому вопросу следовало ограничить судебным толкованием компетенцию указанных государственных органов по вопро-

сам установления норм гражданского права. Потому есть основания предполагать, что такой цели не преследовалось, а рассматриваемое разъяснение имеет сугубо информационное значение.

Прежнему разъяснению такое положение известно не было.

(б) Хотя никаких ограничений свободного усмотрения сторон по установлению основания прекращения поручительства ни закон, ни Пленум не устанавливают, текущая практика экстракассации самого ВС обнаруживает такие примеры, которые вызывают большие сомнения.

Так, например, по одному из дел¹ договор поручительства предусматривал, что поручительство прекращается при увольнении поручителя из организации – должника в основном обязательстве. Это условие было признано ничтожным по трем основаниям: 1) в ст. 367 ГК такое основание не упомянуто; 2) не допускается включение в договор отменительного условия, зависящего исключительно от воли должника; 3) возможность включения в договор условия о праве поручителя заявить односторонний отказ от договора не соответствует ст. 310 ГК. Ни один из приведенных мотивов не дает основания для сделанного вывода. Конечно, подобное условие достаточно рискованно для кредитора, но ничто не препятствует ему в силу принципа свободы договора пойти на такой риск.

29. Если иное не предусмотрено договором поручительства, действие договора поручительства не зависит от отношений между должником и поручителем, в связи с которыми поручительство было выдано (пункт 3 статьи 308 и пункт 3 статьи 365 ГК РФ). Например, поручительство не прекращается в связи с расторжением или недействительностью соглашения между должником и поручителем о выдаче поручительства, отпадением общих экономических интересов между указанными лицами и т.п.

(а) Отношения кредитора, должника и поручителя в совокупности складываются в три отдельные правовые связи: 1) по основному обязательству между кредитором и должником; 2) по договору поручительства между кредитором и поручителем и 3) по отношениям между должником и поручителем. Если правовая связь поручительства является относительно акцессорной к правовой связи по основному обязательству, то такая акцессорность не имеет места между поручительством и отношениями должника с поручителем. Это и не-

¹ См. Определение СКГД ВС от 5 декабря 2017 г. № 9-КГ17-14.

удивительно, ведь кредитор в правовой связи между должником и поручителем не состоит и никак на нее влиять не может. Следовательно, если бы его обеспечительные права зависели от прочности, да и от самого наличия правовой связи между должником и поручителем, то обеспечительная функция поручительства в значительной степени оказалась бы иллюзорной, легко нивелировалась бы, а обеспечение было бы крайне ненадежным. Обеспечение, чья юридическая судьба всецело зависит от произвольного усмотрения должника и лица, предоставившего обеспечение, есть непригодное для достижения необходимых целей средство. Поэтому правопорядку следует защитить стабильность правовой связи между кредитором и поручителем и ее независимость от правовой связи между должником и поручителем.

Каким же образом данная цель достигается нормативно в ГК? Никаким. Законодатель не позаботился об этом, видимо, полагая, что юриспруденция может справиться с этим и без позитивного на сей счет установления, исходя из фундаментальных постулатов теории обязательственного права и общих принципов законодательного регулирования. Именно так и обстоят дела, а комментируемый пункт — тому доказательство.

(б) Прежнее разъяснение обращалось к рассматриваемой проблематике начиная с анализа одного из *мотивов* выдачи поручительства, а именно безымянного договора между должником и поручителем, для которого вводилось наименование — *договор о выдаче поручительства*¹. Соответственно, оно выявляло смысл нормы посредством толкования п. 3 ст. 365 ГК, который был единственным законоположением, упоминавшим этот договор. Мотив, который движет поручителем, в каузу договора поручительства не входит, а потому его изменение, отпадение и даже отсутствие на действие договора юридического влияния не оказывают.

Как уже указывалось, практика свидетельствует, что наиболее распространенным мотивом выдачи поручительства является не договор о выдаче поручительства, а наличие между должником и поручителем отношений связанности, а именно корпоративных или семейных отношений, равно как и иных личных отношений. Возможно, поэтому Пленум не без оснований меняет акценты, обращаясь не к извлечению смысла п. 3 ст. 365 ГК, в котором упоминается названный договор, а к отношениям между должником и поручителем вообще. При этом он обоснованно провозглашает основной принцип — независимость дей-

¹ См. абзац первый п. 9 Постановления № 42.

ствия договора поручительства от таких отношений, ссылаясь вместе с тем на п. 3 ст. 308 ГК. Но, что немаловажно, в отличие от прежнего разъяснения, Пленум прямо устанавливает, что эта независимость — лишь общее правило и договор поручительства может предусматривать иное. Стало быть, в договоре поручительства может быть обусловлена своего рода акцессорность договора поручительства к отношениям между поручителем и должником. По буквальному значению текста разъяснения, иное правило может предусматриваться договором поручительства в отношении *действия договора поручительства*. И в самом деле схожая практика имеется: так, по одному из дел ВС пришлось поддерживать законность нетипичного условия договора поручительства, согласно которому поручитель вправе был отказаться от договора поручительства, если он не получил от основного должника вознаграждение за выдачу поручительства. При этом было обоснованно указано, что положения ст. 367 ГК, устанавливающие основания прекращения поручительства и не предусматривающие такого основания, как отказ поручителя от договора, не могут толковаться как ограничивающие возможность согласования сторонами договора поручительства иных оснований прекращения договора¹. Однако принцип свободы договора допускает установить и другие виды проявления акцессорности поручительства к отношениям между должником и поручителем. Например, можно было бы предусмотреть, что объем ответственности поручителя пропорционально уменьшается, если указанное выше вознаграждение выплачено в части.

Что касается ссылки на п. 3 ст. 365 ГК, то надо отдавать себе отчет, что эта норма сделанного вывода обосновать не может, да и вообще к нему не относится. Указанная статья посвящена правам поручителя, исполнившего свое обязательство, а не действию договора поручительства. В прежнем разъяснении она была оправдана, поскольку речь шла о значении договора о выдаче поручительства, который только в ней и упоминался, а механистическое перенесение этой ссылки в действующую редакцию большого смысла не имеет. Дело в том, что применение правила данной нормы, в том числе на основании договора о выдаче поручительства, не имеет значения для действия поручительства: от всего этого действие договора поручительства не зависит. Тем не менее это не умаляет справедливости самого вывода по существу.

Верность разъяснения Пленума не следует абсолютизировать, поскольку действие договора в известном смысле может зависеть от от-

¹ См. Определение СКЭС ВС от 15 мая 2017 г. № 308-ЭС16-19725.

ношений между должником и поручителем. Например, если поручитель заключил договор под влиянием насилия со стороны должника, то появляется основание для его оспаривания. Поэтому в таком случае действительность поручительства зависит от отношений должника и поручителя, хотя и не только от них.

(в) В предложении втором комментируемого пункта Пленум сохраняет имя по закону безымянного договора между должником и поручителем: он по-прежнему называется *соглашением о выдаче поручительства*.

Иллюстрируя понятие *отношений между должником и поручителем*, от которых не зависит действие договора поручительства, Пленум приводит три примера: 1) расторжение соглашения о выдаче поручительства; 2) недействительность соглашения о выдаче поручительства; 3) отпадение общих экономических интересов.

По сравнению с прежними разъяснениями комментируемое положение сделалось чуть более узким и немного более абстрактным. Так, ранее указывалось также на признание договора о выдаче поручительства незаключенным. Что касается наличия общих экономических интересов, то это иллюстрировалось такими примерами, как отношения основного и дочернего общества, преобладающего и зависимого общества, обществ, взаимно участвующих в капиталах друг друга, лиц, совместно действующих на основе договора простого товарищества¹. Все это остается актуальным, поскольку Пленум сохраняет концептуальный подход по данному вопросу, а его перечень является примерным.

Как указывалось выше, мотив поручителя может не только лежать в области имущественного интереса, но и опираться на его личные отношения с должником. Их расстройство также не оказывает никакого юридического воздействия на договор поручительства. Так, например, расторжение брака между супругами, которые выступили основным должником и поручителем, не имеет юридического значения для поручительства. Более того, даже ошибочный мотив не оказывает воздействия на поручительство, поскольку он в принципе не входит в каузу сделки. Так, например, если выяснится, что отец должника в основном обязательстве, выдавший за недавно объявившегося сына поручительство, в действительности биологическим отцом не является, поручительство этим не затрагивается.

¹ См. абзац второй п. 9 Постановления № 42.

Но нужно пойти еще дальше. Договор поручительства заключается между кредитором и поручителем, должник в нем не участвует. Поэтому договор поручительства не зависит не только от отношений должника и поручителя, но и от отсутствия таких отношений вообще, хотя здесь есть свои нюансы (подробнее *см. комментарий к п. 4, 52 Постановления*).

При этом следует отметить, что отношения между должником и поручителем могут иметь юридическое значение в сфере несостоятельности¹, что выходит за рамки данного комментария и здесь не рассматривается.

30. По общему правилу, прекращение основного обязательства влечет прекращение поручительства. В частности, поручительство прекращается в результате надлежащего исполнения должником своего обязательства перед кредитором (пункт 4 статьи 329, пункт 1 статьи 367, пункт 1 статьи 408 ГК РФ).

Если обязательство должника было обеспечено поручительством частично, произведенный должником платеж прекращает основное обязательство в необеспеченной части (абзац второй пункта 1 статьи 367 ГК РФ). Договором поручительства может быть предусмотрено иное.

Если исполнение должника по основному обязательству признано судом недействительным, в связи с чем основное обязательство считается не прекратившимся таким исполнением, то обязательства по договору поручительства также считаются непрекратившимися.

(а) Как уже указывалось, поручительство не является самостоятельным договором, оно всегда служит основному обязательству. Если основного обязательства уже нет, поручительство оказывается ненужным кредиторю, поскольку оно установлено на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, но нельзя нарушить обязательство, которого более не существует. Отсюда возникает феномен *акцессорности прекращения* поручительства. Если обеспеченное обязательство прекращается, то прекращается и дополнительное — поручительство. Последнее разделяет юридическую судьбу первого.

При этом надо принимать во внимание структуру обязательства. Поручительство обычно обеспечивает все обязательства должника в уз-

¹ См., например, определения СКЭС ВС от 24 декабря 2018 г. № 305-ЭС18-15086 (3), от 15 февраля 2019 г. № 305-ЭС18-17611, от 23 сентября 2019 г. № 306-ЭС18-6320 (2), от 19 ноября 2020 г. № 307-ЭС20-2151 (4-8).

ком смысле, реже одно или несколько, но не все обязательства. Поэтому, пока сохраняется хотя бы одно обязательство должника в узком смысле, поручительство не прекращается, если только ответственность поручителя не была ограничена таким образом, что она не покрывает сохранившееся обязательство. Приведем простейшую иллюстрацию. Договор поручительства обеспечивал исполнение обязательств заемщика по договору процентного займа без каких-либо ограничений. Заемщик вернул сумму займа, уплатил все проценты за пользование займом, но им была допущена просрочка, за которую он отвечает. Правоохранительное обязательство заемщика (возместить убытки, уплатить неустойку и (или) охранительные проценты) сохраняется, а потому не прекращается и поручительство, оно продолжает обеспечивать исполнение должником соответствующего правоохранительного обязательства. Изменим пример: договор поручительства предусматривал ограничение ответственности поручителя обязательством по возврату суммы займа и процентов за пользование займом. В таком случае при названных обстоятельствах поручительство прекращается, поскольку охранительное обязательство не было обеспечено поручительством.

(б) Согласно предложению первому п. 1 ст. 367 ГК поручительство прекращается с *прекращением обеспеченного им обязательства*. Норма сформулирована таким образом, будто бы она не знает исключений, что на самом деле не так. Комментируемая правовая позиция проясняет ситуацию. Из разъяснения Пленума буквально следует, что могут иметь место случаи как исключение из общего правила, когда, несмотря на прекращение основного обязательства, поручительство сохраняется. Примеров таких исключений в комментируемом пункте не приводится. Но отыскать пример не составит труда, ибо он следует из предложения второго п. 1 ст. 367 ГК. Прекращение обеспеченного обязательства в связи с ликвидацией должника после того, как кредитор предъявил в суд или в ином установленном законом порядке требование к поручителю, не прекращает поручительство (см. об этом подробнее п. 32 [Постановления](#) и [комментарий к нему](#)). Из ст. 419 ГК в качестве общего правила, в частности, следует, что обязательство прекращается ликвидацией юридического лица, в том числе должника. Стало быть, перед нами предстает *исключение из правила об акцессорности прекращения*, когда основное обязательство, обеспеченное поручительством, прекратится, а поручительство — нет. Понятно, что наступление основания для этого исключения повлечет драматические последствия для имущественного интереса поручителя, ибо, уплатив кредитору, он ничего не получит по суброгации, если только

не сработает еще одно исключение, позволяющее удовлетворить интересы кредиторов ликвидированного юридического лица (п. 5.2 ст. 64 ГК). Но надо принимать во внимание, что отпадение акцессорности прекращения поручительства в некоторых случаях не означает отмену других свойств, следующих из связи поручительства с основным обязательством, хотя бы последнее и прекратилось. Поручителю по-прежнему доступны возражения, которые мог бы представить должник (п. 1 ст. 364 ГК).

Другой пример – прекращение обязательства новацией. Согласно п. 2 ст. 414 ГК новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным обязательством, если иное не предусмотрено соглашением сторон. Поручительство является дополнительным обязательством, связанным с первоначальным обязательством, которое прекращается. Но если поручитель согласится отвечать и по новому обязательству должника, поручительство не прекращается, а обеспечивает исполнение должником нового обязательства. Тут, правда, кто-то может увидеть, что упомянутое согласие поручителя на самом деле означает заключение нового договора поручительства в отношении нового обязательства, а прежнее поручительство прекращается. Однако это не следует делать, поскольку до новации у поручителя могли оставаться неисполненные обязательства перед кредитором (например, по охранительному обязательству за собственную просрочку, установленную договором поручительства). В судебной практике говорится именно о сохранении поручительства, а не о возникновении нового обязательства поручителя¹. Но если новация имела место по уже просроченному должником обязательству, то у кредитора созрело требование к поручителю по прежнему обязательству. После новации, если иное не предусмотрено договором о новации, все требования кредитора к должнику прекращаются², а потому наступает своеобразная *purgatio morae* поручителя. Если поручитель находился в просрочке перед кредитором до новации, то последняя очищает эту просрочку в связи с прекращением просроченного обязательства. Далее отношения сторон обсуждаются согласно условиям нового основного обязательства.

(в) Одним из частных случаев прекращения поручительства в силу акцессорности является *надлежащее исполнение должником* основного обязательства, на который и указывает Пленум. При этом в качестве

¹ См. п. 26 Постановления № 6.

² См. там же, п. 25.

нормативного основания для данного вывода приводятся ссылки: на п. 4 ст. 329 ГК, согласно которому прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором; на п. 1 ст. 367 ГК, который предусматривает, что поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства, а также на п. 1 ст. 408 ГК, устанавливающий, что надлежащее исполнение прекращает обязательство.

Прежнее разъяснение не содержало рассматриваемого суждения, — видимо, потому, что в части прекращения поручительства по акцессорности оно более чем очевидное, а исключение из этого общего правила ранее действовавшее законодательство не знало, в связи с чем оно было сформулировано отдельно¹.

Надлежащее исполнение должником своего обязательства означает, что обеспечение оказалось не востребуемым, поскольку не реализовался тот риск, ради покрытия которого поручительство выдавалось. Поручительство отпадает по миновании надобности, а поручитель освобождается от своего бремени.

Однако надо учитывать, что приведенная Пленумом гипотеза прекращения поручительства именно при названных обстоятельствах может быть полностью опровергнута исключениями, когда не будет ни *надлежащего* исполнения, ни вообще *исполнения*, ни исполнения *должника*, однако поручительство все равно прекратится по отпадении надобности, что рассматривается в следующем пункте комментария.

(г) Необходимо учитывать, что приведенный Пленумом случай прекращения поручительства *надлежащим* исполнением основного обязательства должником является наиболее иллюстративным примером акцессорности поручительства, а не указанием на то, что обратное невозможно. Дело в том, что поручительство может прекращаться и при ненадлежащем исполнении обязательства должником. Так, например, если должник исполняет обязательство с просрочкой, но не несет за нее ответственность по тем или иным основаниям, предусмотренным законом или в соответствии с ним договором, то поручительство также прекращается, хотя исполнение никак нельзя квалифицировать в качестве надлежащего.

Еще один пример можно привести в связи с зачетом, когда обязательство должника прекращается суррогатом исполнения, которое, строго говоря, также нельзя назвать надлежащим исполнением,

¹ См. п. 21 Постановления № 42.

ибо реальное исполнение не имеет места. Но и здесь поручительство по общему правилу отпадает за ненадобностью. Исключение составляет несовершеннолетний зачет (*compensatio imperfecta*) третьего лица (п. 4 ст. 313 ГК) без возложения (п. 2 ст. 313 ГК), который влечет не прекращение обязательства должника, а суброгацию требования к нему (п. 5 ст. 313 ГК). В таком случае поручительство продолжает обеспечивать обязательство должника в пользу суброгационного кредитора (третьего лица, сделавшего заявление о зачете).

Следует принимать во внимание *видимость* надлежащего исполнения, которое лишь по внешним признакам выглядит как надлежащее, что впоследствии может быть опровергнуто. Сюда относятся, например, случаи скрытых недостатков в предоставлении по неденежным обязательствам, исполнение которых обеспечено поручительством без соответствующего ограничения. Для последнего случая это могут быть ситуации, характерные для подряда, в особенности строительного подряда, когда результат работ принят заказчиком без замечаний, но впоследствии вскрываются недостатки. В таком случае у подрядчика может созревать охранительная обязанность по возмещению убытков, за неисполнение которой отвечает поручитель. В других случаях, например в купле-продаже, при возврате товара с недостатками обязательство также не прекратится.

Близкая ситуация складывается при депонировании исполнения на основании п. 1 ст. 327 ГК. Как известно, здесь имеет место юридическая фикция исполнения, когда обязательство считается исполненным. Однако аномальное законодательное решение, допускающее возврат должником депонированного, влечет отмену фикции, и тогда обязательство не считается исполненным (п. 3 ст. 327 ГК), а следовательно, прекращенным. В такой ситуации поручительство также не должно прекращаться. К сожалению, Пленум не коснулся этой актуальной проблематики.

Естественно, рассматриваемое разъяснение не подойдет для соответствующего вида глобального поручительства (см. п. «е» *комментария к п. 3 Постановления*).

Хотя Пленум трактует о надлежащем исполнении *должником* своего обязательства, ясно, что такой же вывод о прекращении необходимо будет сделать и в том случае, когда исполнение произведено третьим лицом, на которое должник его возложил, и оно принято кредитором (п. 1 ст. 313 ГК).

(д) Чаще всего поручительство выдается без каких-либо ограничений ответственности поручителя, что объясняется сильной пере-

говорной позицией кредитора до возникновения обязательства. В некоторых, достаточно ограниченных случаях могут быть обнаружены ситуации, когда поручительство ограничивает ответственность поручителя. Данное ограничение может быть установлено различным образом, в том числе таким, что поручитель отвечает лишь за *часть обязательства* в узком смысле (частичное или неполное поручительство). Эта часть может быть выражена в виде дроби (процента), например $\frac{1}{2}$ (50%) от размера основного долга, либо в виде конкретной суммы, меньшей по размеру всего обязательства. Такое положение вещей может вызывать неопределенность в случае частичного исполнения должником своего обязательства, а именно в счет какой части обязательства – обеспеченной или необеспеченной – следует зачислять (атрибутировать) произведенное исполнение?

Несмотря на то что такие случаи не являются распространенными, а решение интуитивно лежит на поверхности, прежнее разъяснение, а вслед за ним и законодатель обращаются к ответу на поставленный вопрос. Прежняя правовая позиция на этот счет гласила, что, если обязательство должника было обеспечено поручительством частично, считается, что произведенный должником платеж прекращает обязательство в необеспеченной части¹. Законодатель почти дословно воспринимает данную идею. Если основное обязательство обеспечено поручительством в части, частичное исполнение основного обязательства засчитывается в счет его необеспеченной части (абзац второй п. 1 ст. 367 ГК). Пленум в свою очередь воспринимает почти без изменений прежнюю правовую позицию.

Ясно, что правопорядок стоит тут перед выбором продебиторской или прокредиторской концепции. Поскольку обеспечение является важной социальной функцией доступа к кредиту, от чего зависят развитие экономики и в конечном счете благосостояние людей, выбор делается в пользу большей эффективности обеспечительной функции поручительства, т.е. в поддержку прокредиторской концепции.

Если же говорить о практическом значении разъяснения предложения первого абзаца второго комментируемого пункта, то, учитывая появление новой нормы в законе, оно равно нулю. Никакого разъяснения на самом деле здесь нет, поскольку этот комментируемый фрагмент просто повторяет буквальное значение нормы несколько иными словами. Другое дело с предложением вторым, в котором, быть может, все дело и заключается (*см. ниже*).

¹ См. абзац первый п. 32 Постановления № 42.

(е) Частичное обеспечение обязательства должника может быть произведено, в отличие от договорного метода, указанного в предыдущем пункте комментария, иным образом. Речь идет об избирательном методе, при котором выделяется определенный вид обязательства должника, за который и поручается поручитель (*избирательное поручительство*). Например, договор поручительства может предусматривать, что поручитель отвечает только за исполнение обязательства должника по уплате регулятивных процентов. В таком случае можно столкнуться с видимой коллизией. Допустим, должник частично исполняет обязательство, не указывая, в счет какого именно своего просроченного долга он платит – в счет основного долга или в счет процентов. При отсутствии издержек на получение исполнения согласно ст. 319 ГК исполненное следует зачислять в счет процентов, а согласно абзацу второму п. 1 ст. 367 ГК – в счет основного долга. Поскольку последняя норма является специальной по отношению к ст. 319 ГК, она имеет приоритет. Но ситуация может оказаться несколько сложнее.

Модернизируем пример. Предположим, договор между кредитором и должником как изменение диспозитивного правила ст. 319 ГК предусматривает, что в случае частичного платежа исполнение засчитывается сначала в счет процентов и лишь затем в счет издержек и основного долга. При частичном исполнении в силу той же специальной нормы зачисление следует осуществлять в счет необеспеченной части, т.е. в счет основного долга, игнорируя волю сторон в основном обязательстве.

Здесь мы можем наблюдать такой феномен, как *реверсивная акцессорность* зачисления платежей. Считается, что обеспечительное обязательство зависит от основного обязательства, а основное обязательство от него не зависит, т.е. не акцессорно обеспечительному (дополнительному) обязательству. Именно эта логика обнаруживается в соотношении п. 2 и 3 ст. 329 ГК, согласно которым по общему правилу недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечения (акцессорность недействительности), но не наоборот – недействительность обеспечительного обязательства не влечет недействительность основного обязательства. Акцессорность проявляется в той или иной степени и по другим аспектам, однако это всегда зависимость дополнительного от главного обязательства, но не наоборот. Иногда в указанном аспекте используют образное выражение (без связи с известной идиомой), что хвост (обеспечение) не может вилять собакой (основное обязательство). Но хвост хвосту рознь. Описанный феномен на основании специальной нормы приво-

дит к такой ситуации, что основное обязательство в частном вопросе начинает подчиняться, т.е. зависеть от наличия дополнительного, стало быть, проявляется акцессорность в обратную сторону (реверс).

Важно отметить и еще один нюанс: если прежнее разъяснение о зачислении частичного исполнения должника в счет необеспеченной части его обязательства было сформулировано без каких-либо изъятий, а специальная норма не содержит явного реквизита диспозитивности, Пленум вносит в этот вопрос ясность. Иное правило по зачислению исполнения может быть предусмотрено договором поручительства. Ясно, что разворот в обратную сторону реалистично ожидать при сильной переговорной позиции поручителя, который выговорит себе такую индульгенцию, что частичный платеж должника прекращает именно обеспеченную им часть обязательства. Наверное, могут встречаться и такие специфические ситуации, когда кредитору важно, чтобы прежде всего была погашена именно обеспеченная поручительством часть обязательства, например, когда поручительство без просьбы должника устанавливалось после длительной просрочки и по этой части вскоре должна истечь исковая давность. Нетрудно заметить, что и Пленум исходит из реверсивной логики акцессорности, поскольку порядок зачисления исполнения по основному обязательству определяется не условиями этого обязательства, а договором поручительства. Так что хвост иногда может влиять собакой.

(ж) В отличие от комментируемого разъяснения, Пленум не воспринял другую правовую позицию, что, видимо, объясняется изменением законодательного регулирования. Ранее предусматривалось, что, если между должником и кредитором существовало несколько обязательств, одно из которых было обеспечено поручительством, а другое — нет, и должник не указал, какое из обязательств он исполняет, считается, что им исполнено необеспеченное обязательство¹.

Как известно, до реформы 2015 г. общие положения об обязательствах не содержали правила о зачислении исполнения в счет нескольких обязательств. Этот пробел судебная практика заполняла применением по аналогии ст. 522 ГК, предусматривающей такое правило для отношений по договору поставки. Реформа заполнила названный пробел и расширила регламентацию отношений по данному вопросу по сравнению с названной выше статьей.

Согласно п. 2 ст. 319.1 ГК, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон, в случаях, когда должник не указал, в счет какого

¹ См. абзац второй п. 32 Постановления № 42.

из однородных обязательств осуществлено исполнение, и среди таких обязательств имеются те, по которым кредитор имеет обеспечение, исполнение засчитывается в пользу обязательств, по которым кредитор не имеет обеспечения.

Таким образом, ранее сформулированная в судебной практике правовая позиция по поручительству генерализирована в отношении обеспечения вообще, поэтому в прежнем разъяснении необходимости более не имеется. Впрочем, так же обстоят дела и с комментируемым разъяснением, однако оно почему-то вошло в действующее разъяснение (хотя новое правило прямо предусмотрено именно в нормах о поручительстве), тогда как изложенное, схожее по идеологии разъяснение не вошло (хотя оно непосредственно в нормах о поручительстве законодателем не установлено).

Здесь надо обратить внимание на одну деталь. При частичном исполнении должник не может по своей воле изменить общее правило, установленное законом, оно может быть изменено только договором, т.е. здесь учитывается интерес кредитора, который может не согласиться изменять общее правило, сформулированное в его пользу (прокредиторская концепция). Вместе с тем при исполнении в счет нескольких обязательств перед кредитором должник волен выбирать, по какому обязательству произвести исполнение, а интерес кредитора — получить исполнение по необеспеченному обязательству — игнорируется (продебиторская концепция). Трудно сказать, какой логикой руководствовались как при установлении прежнего разъяснения, так и при законодательной реформе. Возможно, исходили из того, что лишить должника его автономии воли в этом вопросе означает зайти слишком далеко в ограничении данного принципа гражданского права, хотя в ст. 319 ГК такое ограничение должника уже сделано.

Будучи последовательным, следует признать, что отсутствие буквального реквизита диспозитивности в п. 1 ст. 319.1 ГК не препятствует договориться о том, что в отношениях с данным кредитором должник отказывается от своего права определять, в счет какого обязательства он производит исполнение. Тогда будет действовать п. 2 ст. 319.1 ГК, а недостаточное исполнение будет зачисляться в счет обязательств, по которому обеспечения, в том числе поручительства, не имеется.

(з) Признание исполнения основного обязательства недействительным означает, что поручительство не прекратилось исполнением. Это характерно для таких случаев, когда произведенное должником исполнение основного обязательства эффективно оспаривается, например, по специальным основаниям, предусмотренным законодательством

о банкротстве. Поскольку недействительность сделки по исполнению не влечет последствий, на которые она направлена, т.е. не влечет прекращения обязательства исполнением, поручительство не считается прекращенным, так же как не прекращалось и основное обязательство. При этом, когда в судебной практике и доктрине говорят о восстановлении прав кредитора, это не более чем фигура речи, а не точное юридическое описание положения дел. Но если обратиться к другой концепции юридической природы банкротного оспаривания исполнения, согласно которой речь не идет о классическом оспаривании сделки (исполнение — не сделка), то придется говорить о некоем феномене *sui generis* — восстановления прекращенных обязательств. Какая из этих концепций имеет больше преимуществ, в том числе с учетом вещно-правовых последствий перехода прав на имущество несостоятельного лица (что нехарактерно для оспаривания денежного исполнения), выходит за рамки настоящего комментария.

Пленум же говорит о том, что в таком случае обязательства по договору поручительства считаются непрекратившимися. Здесь акцессорность действует ординарным образом: коль скоро основное обязательство не прекратилось исполнением, ибо последнее признано судом недействительным, не прекратилось и поручительство. Это разъяснение является основанием, чтобы отбросить прежнюю ошибочную практику¹, поскольку верной является другая практика², которую теперь закрепил и Пленум.

Оспаривание исполнения по основному обязательству может иметь место в условиях, когда срок, предусмотренный договором поручительства или законом (п. 6 ст. 367 ГК), уже истек. В связи с этим с неизбежностью встает вопрос: должен ли засчитываться в пресекательный срок поручительства период с момента исполнения основного обязательства до вступления в законную силу судебного акта о признании этого исполнения недействительным и возврата полученного банкроту (мнимая ремиссия)?

Ни закон, ни комментируемый пункт [Постановления](#), ни другая судебная практика ответа не содержат. Пока основное обязательство имело видимость исполнения, хотя последнее содержало порок оспоримости, кредитор не имел права предъявить иск поручителю, как

¹ См. определения СКГД ВС от 10 ноября 2015 г. № 80-КГ15-18, от 11 октября 2016 г. № 32-КГ16-13.

² См.: Определение СКЭС ВС от 27 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-2344 (13); п. 26 Обзора судебной практики ВС РФ № 3 (утв. Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.).

и должнику, поскольку получил исполнение. Можно было бы обратиться к известному принципу о том, что срок исковой давности не течет, пока у кредитора нет права на иск (*agere non valenti non currit praescriptio*). Но пресекательный срок не является сроком исковой давности, а вопрос применения тех или иных положений о сроках исковой давности к сроку поручительства по аналогии является спорным, и устоявшаяся судебной практики на этот счет не имеется.

Однако и политико-правовое обоснование разрешения поставленного вопроса неочевидно, поскольку обнаруживает конкурирующую аргументацию.

С одной стороны, обеспечительная функция поручительства в значительной степени оказалась бы подорванной, если бы мнимая ремиссия не учитывалась. Обеспечение вообще и поручительство в частности в значительной степени нужны именно на случай несостоятельности должника. Обычным делом является исполнение должником тех или иных обязательств в преддверии банкротства, когда распознать порочность его действий контрагентам не всегда просто. Требовать от кредитора вернуть полученное только на основании его подозрений в несостоятельности должника, каковой может и не случиться, может показаться излишне ригоричным подходом. Интересы поручителя, который чаще всего значительно теснее связан с должником, здесь не должны учитываться, поскольку осмотрительный и заботливый поручитель может определить наличие или отсутствие признаков несостоятельности у должника и осознавать свои риски, связанные с мнимой ремиссией. Иными словами, он должен понимать, что риск оспаривания произведенного исполнения, освобождающего его от финансового бремени, достаточно высок.

С другой стороны, когда исполнение признается недействительным по мотиву недобросовестности кредитора, получившего исполнение от *de facto* несостоятельного лица, о чем ему известно, учет мнимой ремиссии означал бы предоставление защиты недобросовестному лицу. Кроме того, требования такого кредитора в соответствующих случаях субординируются, что можно считать справедливым при его недобросовестности, но поручитель, оказавшись на его месте по суброгации, также окажется субординированным, хотя он никаких действий вообще не совершал. Однако интерес поручителя, который знает о порочности исполнения и рассчитывает на истечение пресекательного срока в период мнимой ремиссии, в этом аспекте также не выглядит законным и добросовестным. Кроме того, приняв на себя поручительство, он считается априорно рискующим на случай

банкротства должника и полной потерей своих средств в размере исполненного кредиторю.

Следовательно, здесь можно усмотреть тот случай, когда методология добросовестности дает сбой, ибо оба спорящих субъекта (кредитор и поручитель) не могут похвастаться своей добросовестностью, если только не пуститься в отыскание всех оттенков и степеней недобросовестности, что может привести к достаточно спекулятивным оценкам. Результат применения принципа справедливости, который мог бы приводить к суждению о разделении риска между кредитором и поручителем поровну, интуитивно кажется довольно вульгарным.

Возможно, перед нами такая ситуация, когда следует, не мудрствуя лукаво, отдать приоритет защите обеспечительной функции поручительства, имея в виду социально полезный результат всего института обеспечения в целом, и вычитать срок мнимой ремиссии поручительства из пресекательного срока поручительства. В любом случае этот особенно спорный вопрос требует более глубокого осмысления, а обозначенные выше суждения можно рассматривать лишь как повод для продолжения дискуссии.

31. После расторжения договора, из которого возникло основное обязательство (статьи 310, 450 ГК РФ), поручительство продолжает обеспечивать обязанности, которые сохраняются при расторжении такого договора (например, обязанность по возврату основной суммы долга и процентов по кредитному договору, по внесению арендной платы) либо связаны с его расторжением (например, обязательства по возвращению того, что было предоставлено стороной по договору, либо по выплате стоимости предоставленного имущества).

(а) Акцессорность обеспечения, в том числе поручительства, требует ее гармонизации с отношениями, возникающими при расторжении договора, из которого возникло основное обязательство. Основными критериями, которые позволяют выстроить адекватную методологию в этой сфере, являются верный анализ метаморфозы структуры обязательства и функциональное назначение института обеспечения.

Согласно п. 2 ст. 453 ГК при расторжении договора обязательства сторон *прекращаются*, если иное не предусмотрено законом, договором или не вытекает из существа обязательства. В соответствии с п. 4 этой же статьи в случае, когда до расторжения договора одна из сторон, получив от другой стороны исполнение обязательства по договору, не исполнила свое обязательство либо предоставила другой стороне не-

равноценное исполнение, к отношениям сторон применяются правила об обязательствах вследствие *неосновательного обогащения* (гл. 60 ГК), если иное не предусмотрено законом или договором либо не вытекает из существа обязательства.

На первый взгляд в силу акцессорности прекращения обеспечения при расторжении договора оно должно прекращаться, т.е. разделять юридическую судьбу основного обязательства. Коль скоро основное обязательство прекращается, прекращается и дополнительное, в том числе поручительство. Что же касается возникновения отношений по неосновательному обогащению, то, поскольку это другое обязательство, а не то договорное обязательство, которое обеспечивалось, на такие отношения обеспечение не распространяется. При данном подходе, даже если договор расторгается кредитором в ответ на нарушение должника, обеспечение прекращается. Такие воззрения можно было усмотреть в нашей практике ранее, хотя уже тогда они обоснованно отвергались. Так, по одному из дел, в котором кредитное обязательство было обеспечено залогом, а займодавец требовал расторжения кредитного договора по причине его существенного нарушения заемщиком, предлагалось считать, что залог прекращается, поскольку кредитный договор расторгается (ст. 453 ГК). Однако суд обоснованно отказался соглашаться с этим исходя из следующих тезисов. Расторжение кредитного договора означало прекращение обязательства банка по предоставлению кредита на будущее. Оно не прекратило основного обязательства заемщика по возврату ранее полученных кредитных средств и уплате процентов за пользование ими. При этом одновременно с основным обязательством заемщика продолжает действовать и обеспечивающее его обязательство — залог¹.

Ремиссионное последствие расторжения договора вкпе с так называемой кондикционной теорией последствий расторжения действительно способно сбить с толку. Ведь логически с момента расторжения договора стороны перестают быть им связанными, иначе в чем смысл его расторжения? Коль скоро договора более нет, их дальнейшие отношения обсуждаются по иным правилам, регулирующим внедоговорные обязательства, а они и в самом деле обеспечением не охватывались, разве что стороны специально об этом договорились. С указанной точки зрения так называемая ликвидационная теория последствий расторжения договора менее противоречивым образом пытается обосновать структуру обязательственных отношений после расторжения

¹ См. Постановление Президиума ВАС РФ от 21 мая 1996 г. № 6278/95.

договора. В самых общих чертах она исходит из того, что отношения сторон по-прежнему являются договорными, переходя на свою ликвидационную стадию, которая предусматривает приведение сторон в состояние имущественной сбалансированности на основании того, что было ими предоставлено и использовано до расторжения договора. Последнее позволяет обосновать (хотя также с некоторой натяжкой) распространение обеспечения в отношении договорных обязательств на их ликвидационной стадии. При таком подходе обеспечение не демонстрирует своей дисфункции, лишая кредитора по расторгнутому договору соответствующих гарантий.

Начало ликвидационной теории было положено в арбитражной практике, где предусматривалось два разъяснения, касающихся последствий расторжения договора в отношении обеспечения.

Если предметом расторгнутого договора является обязанность одной стороны передать имущество в собственность другой стороне договора, принявшей на себя обязанность по возвращению имущества такого же рода и качества (например, заем, в том числе кредит; хранение товара с обезличением), то к отношениям сторон подлежат применению положения договора о порядке исполнения обязательства по возврату имущества, а также нормы закона, регулирующие исполнение соответствующего обязательства. Все условия расторгнутого договора о процентах, неустойке, а также все обязательства, *обеспечивающие* исполнение обязанности по возврату имущества, *сохраняются* до полного исполнения этой обязанности. В таких случаях положения гл. 60 ГК к отношениям сторон расторгнутого договора применению не подлежат¹.

Если к моменту расторжения договора, исполняемого по частям, поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги, в том числе по ведению чужого дела (по договору комиссии, доверительного управления и т.п.), не были оплачены, то взыскание задолженности осуществляется согласно условиям расторгнутого договора и положениям закона, регулирующим соответствующие обязательства. При этом сторона сохраняет право на взыскание долга на условиях, которые установлены договором или законом, регулирующих соответствующие договорные обязательства, а также *права, возникшие из обеспечительных сделок*, равно как и право требовать возмещения убытков и взыскания неустойки по день фактического исполнения обязательства (п. 3 и 4 ст. 425 ГК)².

¹ См. п. 9 Постановления № 35.

² См. там же, п. 10.

Но нельзя сказать, особенно с учетом последующего установления законодателем прямой ссылки на кондикцию в п. 4 ст. 453 ГК, что она прочно утвердилась в нашем праве как доминирующая концепция. Правда, нельзя не заметить, что указанная норма в части кондикционной теории буквально предусматривает изъятия ее применения, если иное предусмотрено законом или договором либо вытекает из существа обязательства. Последнее может послужить нормативным основанием для дальнейшего развития ликвидационной теории.

Развитие законодательства и теоретических воззрений все больше дает почву для того, чтобы увидеть в обеспечении не гарантию для обязательства в узком смысле, а юридическое средство защиты кредитора в его имущественном взаимоотношении с должником в целом. Получается, что обеспечение устанавливается не по конкретному обязательству или по набору обязательств (совокупное обязательство должника), а по всему правоотношению, включая будущие обязательства. Если последнее, как бы оно ни развивалось, обнимает хоть какое-то притязание кредитора, связанное, пусть и опосредованно, с тем изначальным юридическим фактом, породившим обязательственное отношение, обеспечение эффективно. При таком подходе лицу, предоставляющему обеспечение, в том числе поручителю, имеющему интерес в ограничении предмета обеспечения, следует озаботиться специальным условием в договоре о таком ограничении.

Несмотря на теоретическую разногласию, практика нуждается в ясных ответах на вопросы о последствиях расторжения договора для обеспечения вообще и для поручительства в частности. Каковы же последствия расторжения договора, из которого возникло обеспеченное поручительством обязательство, для поручительства?

(б) Вслед за прежними разъяснениями¹, которые незначительно (за исключением, пожалуй, двух важных уточнений) редакционно изменены, Пленум выделяет две группы обязанностей, исполнение которых продолжает обеспечивать поручительство после расторжения договора, повлекшего возникновение основного обязательства, что будет рассмотрено в п. «в» комментария. Здесь же следует проанализировать одну деталь, которая может рассматриваться как недостаток действующего разъяснения.

Давая разъяснение о сохранении соответствующих обязанностей поручителя, Пленум определяет гипотезу, при которой наступает данное последствие. Она характеризуется таким юридическим фактом, как

¹ См. абзац первый п. 15 Постановления № 42.

расторжение договора, из которого возникло основное обязательство. При этом данное суждение снабжено ссылкой на ст. 310 и 450 ГК. Сравнительный анализ показывает, что указанный фрагмент текста, включая нормативное сопровождение, заимствован из прежнего разъяснения. В связи с этим оказалось неучтенным последующее изменение законодательства, а именно включение в ГК ст. 450.1, посвященной отказу от договора (исполнения договора) и от осуществления прав по договору. В этой статье (п. 1) имеется буквально установленная логическая связь со ст. 310 ГК, посвященной одностороннему отказу от обязательства. Кроме того, еще до указанного законодательного развития нашего права в арбитражной практике было дано толкование, согласно которому в соответствии со ст. 310 и п. 3 ст. 450 ГК односторонний отказ от исполнения договора, когда такой отказ допускается законом (например, ст. 328, п. 2 ст. 405, ст. 523 ГК) или соглашением сторон, влечет те же последствия, что и расторжение договора по соглашению его сторон или по решению суда¹. Тем самым была установлена логическая связь между ст. 310 и ст. 450 ГК.

Таким образом, применяя системную интерпретацию совокупности разъяснений высших судебных инстанций, есть основание полагать, что комментируемый фрагмент разъяснения определяет гипотезу не только в отношении случаев расторжения договора по соглашению сторон и по решению суда, но и при *одностороннем отказе* от исполнения обязательства. Но, что более важно, телеологическое толкование позволяет утверждать, что квалификация отношений, связанных с воздействием отказа от договора или осуществления прав по нему, для определения обязанностей поручителя требует учитывать не названную Пленумом новую статью 450.1 ГК. Последнее особенно важно в отношении *отказа от осуществления прав по договору*. Дело в том, что ни прежнему законодательному регулированию, ни названным Пленумом ст. 310, 450 ГК этот юридический феномен неизвестен. Однако отказ кредитора от осуществления тех или иных прав по договору, из которого возникло основное обязательство, в силу эффектов статической акцессорности и акцессорной трансляции оказывает влияние на обязанности поручителя, что необходимо учитывать. Кроме того, несмотря на то что в ст. 450.1 ГК прямо не устанавливается право на отказ от возражения, теоретических препятствий к этому не имеется, что также может повлиять на структуру обязанностей поручителя. Однако здесь надо учитывать, что даже при отказе должника от того или иного

¹ См. п. 1 Постановления № 35.

возражения поручитель в силу специальной нормы (п. 1 ст. 364 ГК) вправе воспользоваться таким возражением.

(в) Пленум выделяет первую группу обязанностей должника, которые, несмотря на расторжение договора, не прекращаются. Поручительство обеспечивает не договор, а возникшие из него обязанности. Расторжение договора, как правило, влечет прекращение обязательств на будущее, а потому не исполненные должником до расторжения договора обязательства *сохраняются* и подлежат исполнению. Более того, для определенных видов договоров характерен своего рода эффект переживания расторгнутого договора, условия которого продолжают действовать (заем, аренда). Это положение дел позволило Пленуму привести соответствующие примеры, отнеся к таким сохраняющимся обязанностям: 1) обязанность по возврату основной суммы долга и 2) процентов по кредитному договору, 3) по внесению арендной платы. Расторжение договора не переводит отношения его сторон в плоскость внедоговорного регулирования, пока основная сумма долга не возвращена; обязательства заемщика по уплате процентов за пользование суммой займа не только сохраняются за прежние периоды до расторжения договора, но возникают вновь — после расторжения договора, причем это именно договорные обязательства, поскольку их размер и весь комплекс всего договорного дизайна продолжают определяться расторгнутым соглашением. Аналогично и с арендой: пока арендованное имущество не возвращено, арендатор продолжает им пользоваться и обязан к уплате арендной платы, а правовая связь сторон не превращается в кондикционное отношение. В этом аспекте важно верное понимание выражения Пленума о сохранении обязанности, поскольку речь идет не только о сохранении ранее возникших обязательств, но и о *перфекции новых*, ибо последние сохраняются в том смысле, что они предусмотрены договором и в этой части расторжением не затрагиваются. В данном аспекте важным редакционным уточнением, о котором упоминалось выше, является изменение прежнего выражения о «задолженности по выплате арендной платы» на чуть более точное выражение об обязанности «по внесению арендной платы». Ранее действовавшая редакция могла ввести в заблуждение, если бы она стала пониматься как обязанность по уплате возникшей до расторжения договора аренды задолженности по выплате арендной платы, тогда как и после расторжения договора арендатор, не вернувший объект аренды, продолжает им пользоваться и обязан вносить арендные платежи.

Соответственно, во всех описанных и подобных случаях поручитель продолжает обеспечивать надлежащее исполнение соответствующих

обязательств должника. Естественно, последнее верно, если ответственность поручителя не ограничена таким образом, что он за те или иные обязательства не отвечает.

Вторая группа обязательств выделяется по тому признаку, что они *связаны с расторжением договора*. К этой классификационной группе Пленум относит такие обязательства, как: 1) обязательства по возвращению того, что было предоставлено стороной по договору, либо 2) по выплате стоимости предоставленного имущества. Здесь наблюдается расширение акцессорности объема поручительства, поскольку поручитель начинает отвечать не по тому обязательству, за исполнение которого он поручился, а за другое обязательство. Образно говоря, поручительство как бы переносится или переходит (мигрирует) на другие обязательства (*мигрирующая динамическая акцессорность*). Если, скажем, поручительство обеспечивало исполнение обязательства продавца по передаче оплаченного покупателем товара, а последний не передан, покупатель вправе потребовать возврата суммы предварительной оплаты за товар (п. 3 ст. 487 ГК). При неисполнении продавцом этой обязанности покупатель вправе предъявить поручителю требование об уплате названной суммы. Например, если поручительство обеспечивало обязанность покупателя оплатить полученный им товар по договору купли-продажи и вследствие существенной просрочки в его оплате продавец отказался от договора и потребовал возврата товара (п. 3 ст. 488 ГК), то неисполнение покупателем этой обязанности дает продавцу право потребовать выплаты стоимости предоставленного имущества с поручителя.

Во всех указанных случаях поручитель отвечает не за то обязательство, которое должно было быть исполнено по договору, а за другое обязательство, перфекция которого обусловлена реализацией кредитором своих прав в связи с нарушением основного обязательства. Говоря о расширении акцессорности (мигрирующей динамической акцессорности), следует понимать всю условность этого понятия, поскольку расширение — это скорее лишь внешняя видимость, нежели подлинная сущность. Дело в том, что такие обязанности входят в понятие совокупного обязательства должника, поскольку предопределены каузой (видом) обязательства в широком смысле (договора). Приведем иллюстрацию. Каждый покупатель товара, заключая договор купли-продажи, принимает на себя не только обязательство оплатить товар, но и обязанность его вернуть, если в связи с нарушением им обязательства этого потребует продавец. Иными словами, если договором ответственность поручителя не ограничена, он отвечает за неиспол-

нение всех без исключения обязательств должника в узком смысле, как бы ни развивались события в связи с динамикой обязательственного отношения. В этом смысле прежний словесный оборот о том, что обязательства «образуются» в результате расторжения договора, не вполне точен. Пленум же обоснованно не говорит о возникновении (образовании) обязанностей должника в связи с расторжением договора, а указывает на обязанности, связанные с расторжением договора. В момент такого расторжения и в связи с предъявлением кредитором соответствующего требования обязанность должника становится зрелой, т.е. наступает ее перфекция, а само непокрытое обязательство возникло в момент заключения договора. Но перфекция этого обязательства не предопределена, поскольку зависит от соответствующего нарушения должника и от того, воспользуется ли кредитор соответствующим требованием. Впрочем, последнее характерно для всех охранительных обязательств, которые по общему правилу также обеспечиваются поручительством.

Расширение акцессорности также можно усмотреть в тех случаях, когда указанные обязанности должника окажутся большими по объему вследствие эффекта акцессорной трансляции. Например, если товар, полученный и не оплаченный должником (покупателем), возрастет в цене, а кредитор (продавец) потребует его возврата, обратив в связи с неисполнением этой обязанности должником свое требование к поручителю, то последний будет обязан оплатить его стоимость по более высокой цене, нежели была согласована в договоре купли-продажи. Поручитель не вправе возражать против такого требования, ссылаясь на то, что он рассчитывал на определение своего объема ответственности договорной ценой.

(г) Сравнительный анализ показывает, что Пленум не воспринял следующее прежнее разъяснение, которое ранее добавлялось к правовой позиции, посвященной последствиям расторжения договора: «Кроме того, согласно абзацу второму статьи 361 ГК стороны договора поручительства вправе предусмотреть, что поручительство обеспечивает не только обязательства, возникающие из договора (например, о возврате кредита и процентов за его пользование), но и требование о возврате полученного (требование о возмещении в деньгах стоимости полученного) по такому договору при его недействительности или возврате неосновательного обогащения при признании договора незаключенным»¹.

¹ См. абзац второй п. 15 Постановления № 42.

В части недействительности договора данное разъяснение потеряло свою актуальность, поскольку согласно п. 3 ст. 329 ГК при недействительности соглашения, из которого возникло основное обязательство, обеспеченными считаются связанные с последствиями такой недействительности обязанности по возврату имущества, полученного по основному обязательству. Потому в договоре поручительства нет необходимости предусматривать, что поручительство распространяется на реституционную обязанность должника, ибо это уже сделано законодателем.

Что касается условия о распространении обязательства поручителя на отношения по возврату неосновательного обогащения при признании договора незаключенным, то уяснение отказа Пленума от этого разъяснения оказывается несколько более сложной задачей.

С теоретической точки зрения сложно обосновать, почему поручитель отвечает по реституционному обязательству, но не отвечает по кондикционному обязательству, поскольку и то, и другое отношение направлено на защиту интересов соответствующего кредитора, а потому кажется вполне справедливым распространить обеспечение на данные отношения, последовательно ослабив действие принципа акцессорности. Хорошо известно, что введение реституционного отношения для недействительных сделок в истории советского гражданского права, скорее всего, обусловлено политическими причинами, что привело к искусственной дифференциации последствий недействительности сделки и последствий признания договора незаключенным, которое влечет возникновение кондикции. Равным образом будет непросто обосновать, почему при расторжении договора поручитель продолжает отвечать по обязательству должника вернуть полученное или его стоимость, а в отношении точно такой же обязанности, основанием возникновения которой является признание договора незаключенным, он к этому не обязан.

Изложенное позволяет заключить, что, во-первых, договор поручительства может предусматривать обязанность поручителя отвечать и по обязательству должника вернуть полученное неосновательное обогащение на случай, если договор окажется незаключенным. Это объясняется действием принципа свободы договора и тем обстоятельством, что комментируемое разъяснение, не воспринявшее прежнюю правовую позицию, отменить действие названного принципа не может. Более того, в связи возникшей неопределенностью это желательно сделать, чтобы устранить ненужные контрверзы на сей счет, избавив кредитора от такого юридического риска.

Во-вторых, даже если данное условие договором поручительства не предусмотрено, поручитель все равно отвечает за исполнение должником такого обязательства, поскольку в силу конституционного принципа равенства кредитор по расторгнутому договору и кредитор по незаключенному договору не могут быть поставлены в неравное положение.

Кроме того, здесь надо учесть, что риски признания договора незаключенным в условиях, когда должник получил по нему исполнение, в современных условиях должны быть менее вероятными. Это объясняется тем, что согласно п. 3 ст. 432 ГК сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо иным образом подтвердившая действие договора, не вправе требовать признания данного договора незаключенным, если заявление такого требования с учетом конкретных обстоятельств будет противоречить принципу добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК). Снижает риски признания договора незаключенным и принцип толкования договора *favor contractus*¹.

(д) В связи с расторжением договора может возникать вопрос о влиянии этого юридического факта на *срок действия поручительства*, который ни прежним, ни действующим разъяснением не затрагивается. Этот вопрос актуален для второй группы обязательств. Вследствие действия мигрирующей динамической акцессорности поручительство обеспечивает иное обязательство. Второй и третий методы определения преклюзивного срока поручительства, а также в соответствующих случаях и первый метод определяют сроки в привязке к обеспечиваемому обязательству (о методах определения срока действия поручительства см. п. «б» и «в» комментария к п. 42 *Постановления*). Могут ли измениться сроки поручительства, коль скоро обязательство поменялось? Технически такое изменение можно обосновать, если учесть, что поручительство эвентуально обеспечивает обязательства, связанные с расторжением договора. При этом можно даже говорить о том, что речь вообще не идет об изменении срока, а дело обстоит таким образом, что срок поручительства исчисляется по каждому обязательству отдельно (см. п. «а» и «б» комментария к п. 45 *Постановления*).

Приведем пример, где вопрос о сроке действия поручительства получает свое практическое значение. Допустим, поручительством было обеспечено обязательство продавца поставить товар в срок до 1

¹ См. п. 44 *Постановления* № 49.

марта 2022 г. Срок действия поручительства был определен в один год с момента наступления срока исполнения основного обязательства. 1 января 2023 г. покупатель (кредитор) отказался от договора в связи с существенной просрочкой поставки товара и потребовал возврата предоплаты. 15 марта 2023 г. кредитор вчинил иск о взыскании суммы, равной предоплате, к поручителю, получив возражение о пропуске срока. Если срок поручительства исчислять по первоначальному условию, то оно прекратилось 1 марта 2023 г., и в иске следует отказать. Если годичный срок поручительства исчислять с момента, когда должник был обязан вернуть предоплату, т.е. с 1 января 2023 г., то срок поручительства не истек, а иск подлежит удовлетворению.

Если обнаружить в правопорядке принцип защиты интересов поручителя от не согласованного с ним увеличения срока действия поручительства, то следует признать, что миграционная динамическая акцессорность меняет предмет обеспечения, но не меняет срока действия поручительства, который исчисляется применительно к первоначальному обязательству (для приведенного примера – с момента нарушения должником обязательства по поставке товара). Частное проявление принципа защиты интересов поручителя от несогласованного изменения срока действия поручительства можно обнаружить в п. 24 [Постановления](#) Пленума.

Поскольку определенности по рассмотренному вопросу в нашей юриспруденции пока не сложилось, кредитору настоятельно рекомендуется согласовать в договоре поручительства условия о сроке по такого рода обязательствам. При этом нет препятствий в установлении различных сроков действия поручительства для данных обязательств. Тем же кредиторам, которые не согласовали такого срока, для устранения юридического риска следует уложиться с предъявлением иска в первоначальный срок. Остальным придется обосновывать, что миграционная динамическая акцессорность означает, что поручитель изначально обеспечил исполнение обязательств, связанных с расторжением договора, а потому срок поручительства определяется исходя из этих обязательств.

32. Прекращение основного обязательства в связи с ликвидацией должника – юридического лица или исключение его из единого государственного реестра юридических лиц как недействующего после предъявления кредитором в суд или в ином установленном законом порядке требования к поручителю не прекращает поручительство (пункт 1 статьи 642 и пункт 1 статьи 367 ГК РФ).

При этом под иным установленным законом порядком предъявления требований к поручителю понимаются, в частности: направление претензии, если претензионный порядок урегулирования спора предусмотрен законом или договором; обращение в суд с заявлением о включении требований кредитора в реестр требований к поручителю; заявление требования ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя.

(а) Поручительство обладает свойством акцессорности прекращения. Поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства (п. 1 ст. 367 ГК). Одним из оснований прекращения обязательства является исчезновение из оборота его стороны, в том числе должника, без правопреемства. Согласно п. 1 ст. 61 ГК ликвидация юридического лица влечет его прекращение без перехода в порядке универсального правопреемства его прав и обязанностей к другим лицам. Как указано в ст. 419 ГК, обязательство прекращается ликвидацией юридического лица (должника или кредитора), кроме случаев, когда законом или иными правовыми актами исполнение обязательства ликвидированного юридического лица возлагается на другое лицо (по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и др.). Следовательно, в силу упомянутой акцессорности поручительства оно должно было бы прекратиться в связи с ликвидацией должника в основном обязательстве, если последний являлся юридическим лицом.

Так и обстояли дела в относительно недавней истории российской юриспруденции. Это ослабляло обеспечительную функцию поручительства, а кроме того, вызывало ощущение несправедливого исхода дела. Дело в том, что поручитель, выдавая поручительство, должен быть готов потерять соответствующую сумму, уплаченную кредитору, поскольку никогда нельзя исключить банкротства должника без какого-либо удовлетворения требований его контрагентов. Ровно такое экономическое последствие наступает, если поручитель уплатит кредитору причитающее, а должник в основном обязательстве окажется ликвидированным. Кроме того, практика свидетельствовала, что нередко встречались случаи, когда должник в основном обязательстве специально ликвидировался для того, чтобы освободить от ответственности поручителя, в том числе и тогда, когда он прямо или косвенно получил выгоду от кредитования должника. Правовые и фактические возможности кредитора предотвратить ликвидацию должника достаточно ограничены, даже когда ему становится известно о начале процедуры ликвидации. Попытки кредиторов успеть

получить исполнение от поручителя до ликвидации должника часто терпели фиаско вплоть до таких, например, иллюстративных случаев, когда перед вынесением решения суда о взыскании с поручителя причитающегося он заявлял возражение, основанное на ликвидации должника в основном обязательстве, нередко до этого специально затягивая судебный процесс. Но суд в силу акцессорности прекращения поручительства, не знающей исключения, вынужден был отказывать в иске кредитору.

Принцип справедливости настоятельно требовал от правопорядка введения некоторых ограничений акцессорности прекращения поручительства. Того же требовал и сам обеспечительный функционал поручительства, поскольку в указанном аспекте он демонстрировал свою дисфункцию. Риски неэффективного обеспечения с неизбежностью влекут негативные последствия для развития экономики, поскольку участники гражданского оборота обычно стараются заложить их в цену трансакций. Анализ и обобщение арбитражной практики в результате привели к установлению следующей правовой позиции. Прекращение основного обязательства вследствие исключения из Единого государственного реестра юридических лиц (далее — ЕГРЮЛ) юридического лица, являющегося должником по этому обязательству, не прекращает поручительство, если кредитор до исключения должника из названного реестра реализовал свое право в отношении поручителя посредством предъявления иска, заявления требования ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя или подачи заявления об установлении требований в деле о его банкротстве¹. Нетрудно заметить, что нормативного обоснования это суждение не имело, что и неудивительно, ибо сформулировать его было затруднительно. Здесь наблюдается такое явление, как развитие права судом в условиях отставания законодательного регулирования от развивающихся социально-экономических взаимодействий.

Схожая практика обнаруживалась и в судах общей юрисдикции².

Впоследствии законодатель воспринял этот подход, дополнив п. 1 ст. 367 ГК новым предложением. Прекращение обеспеченного обязательства в связи с ликвидацией должника после того, как кредитор предъявил в суд или в ином установленном законом порядке требование к поручителю, не прекращает поручительство.

¹ См. п. 21 Постановления № 42.

² Определения СКГД ВС от 31 июля 2012 г. № 5-КГ12-18, от 22 января 2013 г. № 83-КГ12-8.

Как видно, гипотеза нормы состоит из двух последовательно расположенных во времени элементов, при наличии которых действует ее диспозиция (поручительство не прекращается): первый, но последующий по времени элемент – ликвидация должника; второй, но темпорально предшествующий элемент – предъявление кредитором соответствующего требования к поручителю. Этот элемент, в свою очередь, по принципу дихотомии включает требования кредиторов к поручителю из двух групп: 1) те, которые предъявлены в судебном порядке, и 2) те, которые предъявлены в ином установленном законе порядке.

(б) Пленум, несколько перефразируя прежнее разъяснение с учетом законодательной новеллы, концептуально сохраняет прежний подход, установивший *ограниченную акцессорность прекращения поручительства*.

Бросается в глаза, что как прежнее разъяснение, так и действующее оперируют понятием исключения юридического лица из ЕГРЮЛ, тогда как законодатель использует понятие ликвидации юридического лица.

Эта терминология связана с двумя нетождественными процессами прекращения юридического лица: 1) его ликвидацией (ст. 61 ГК) и 2) прекращением недействующего юридического лица (ст. 64.2 ГК). Может показаться, что законодатель считает допустимым не прекращать поручительство только при ликвидации должника в основном обязательстве, но не при его *прекращении как недействующего юридического лица*, а Пленум расширительно толкует эту норму, чтобы она распространялась также и на последний случай. На самом деле в расширительном толковании тут просто нет необходимости, поскольку в соответствии с п. 2 ст. 64.2 ГК исключение недействующего юридического лица из ЕГРЮЛ влечет правовые последствия, предусмотренные настоящим Кодексом и другими законами применительно к ликвидированным юридическим лицам. Стало быть, можно считать, что понятие ликвидации юридического лица охватывает также исключение недействующего юридического лица из ЕГРЮЛ, а поручительство сохраняется.

Иными словами, для вывода о сохранении поручительства не имеет правового значения, был ли должник ликвидирован на основании ст. 61 ГК или исключен из ЕГРЮЛ по ст. 64.2 ГК после предъявления кредитором релевантного требования к поручителю.

Независимо от того, считал ли Пленум, что анализируемое законоположение включает исключение недействующего юридического лица

из ЕГРЮЛ или применил расширительное толкование этой нормы, его правовая позиция, позволяющая сделать указанный выше вывод, не вызывает никаких сомнений.

На самом деле и при ликвидации юридического лица по ее завершении юридическое лицо исключается из ЕГРЮЛ, поэтому это последнее понятие могло бы охватить оба случая.

Еще одно текстуальное различие разъяснения абзаца первого комментируемого пункта с нормой закона, помимо уже привычной технической замены понятия «обеспечиваемое обязательство» понятием «основное обязательство», не имеет содержательного смысла, поскольку Пленум лишь уточняет, что под термином нормы «ликвидация должника» следует понимать ликвидацию не всякого должника, а именно юридического лица. Это, однако, и так ясно, ибо прекращение других субъектов как участников гражданского оборота, а именно граждан, согласно терминологическому аппарату гражданского права, именуется не ликвидацией, а смертью (например, ст. 418 ГК). Кроме того, в отличие от ликвидации юридического лица, в большинстве случаев обязательство умершего гражданина не прекращается вследствие универсального правопреемства (ст. 1112 ГК), а потому здесь нет места для действия акцессорности прекращения поручительства.

(в) Прежнее разъяснение более точно обозначало тот критический момент, определяющий темпоральный аспект второго по времени элемента гипотезы рассматриваемого правила, нежели это сделано законодателем и Пленумом. Для сохранения поручительства требуется, чтобы соответствующее требование к поручителю было предъявлено до прекращения юридического лица, являющегося должником в основном обязательстве, а не позднее. Дело в том, что как для одной процедуры (ст. 61 ГК), так и для другой процедуры (ст. 64.2 ГК) момент прекращения организации один и тот же — исключение юридического лица из ЕГРЮЛ, на что общим образом и указывало прежнее разъяснение. Что же касается указанной в норме и в [Постановлении](#) Пленума ликвидации, то последняя имеет известную протяженность во времени, являясь определенным процессом (процедурой), но в разъясняемой Пленумом норме имеется в виду окончание этого процесса. Согласно п. 9 ст. 63 ГК ликвидация юридического лица считается завершённой, а юридическое лицо — прекратившим существование после внесения сведений о его прекращении в ЕГРЮЛ в порядке, установленном законом о государственной регистрации юридических лиц. Хотя Пленум не ссылается в качестве нормативного основания на данную норму, по существу это ничего не меняет.

Стало быть, сам факт нахождения юридического лица в процедуре ликвидации не имеет правового значения для определения необходимого темпорального момента. Таким юридическим фактом является внесение соответствующей записи в ЕГРЮЛ. Поэтому, если кредитор предъявляет соответствующее требование к поручителю после начала процедуры ликвидации, а указанная выше запись вносится позднее, поручительство не прекращается. Точно так же обстоят дела и с исключением недействующего юридического лица, которое тоже является протяженным во времени определенным процессом (процедурой). Если поручитель предъявляет названное требование после принятия решения о предстоящем исключении юридического лица из ЕГРЮЛ (п. 2 ст. 21.1 Закона о государственной регистрации юридических лиц), поручительство не прекращается, если еще не сделано соответствующей записи об исключении юридического лица из ЕГРЮЛ (п. 7 ст. 22 указанного Закона).

(г) Оставляя в стороне «достоинства» слога законодателя в отношении предъявления требования («в суд или в ином установленном порядке»)¹, отметим, что ограничения акцессорности поручительства кредитор может добиться предъявлением некоего требования.

Концептуально восприняв судебную доктрину по рассматриваемому вопросу, законодатель не стал перечислять, предъявление каких именно требований к поручителю является приемлемым для сохранения поручительства при прекращении основного обязательства, как это было сделано в прежнем разъяснении, ограничившись указанием на предъявление требования в суд или *в ином установленном законом порядке*. Это обоснованное по содержанию законодательное решение позволяет учитывать возможное развитие законодательства. Данное обстоятельство принимается во внимание и Пленумом, который, раскрывая нормативное понятие об установленном законом порядке, приводит соответствующий перечень требований, обоснованно и недвусмысленно указывая на то, что он не является исчерпывающим, что не учитывалось в ранее сформулированной правовой позиции.

Вслед за прежними разъяснениями, добавляя к ним еще одно (п. 1) ниже), Пленум выделяет три вида требований кредитора к поручителю, пресекающих акцессорность прекращения поручительства: 1) направление претензии, если претензионный порядок урегулирования спора

¹ Как тут не вспомнить хрестоматийное: «Шли дождь и два студента». Конечно, надо было выразиться иначе, сформулировав норму о предъявлении требования таким образом: «в судебном или в ином установленном законом порядке», а так получилось: предъявление (куда?) в суд и (как?) в установленном порядке — и все это в одном ряду.

предусмотрен законом или договором; 2) обращение в суд с заявлением о включении требований кредитора в реестр требований к поручителю; 3) заявление требования ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя.

Оставим и здесь в стороне такую несурзаицу, что под иным по сравнению с обращением в суд порядком понимается обращение в суд с заявлением (и что здесь иного?)¹, заметив, что указанное добавление (п. 1) выше), хотя и может вызывать сомнение², видимо, объясняется тем, что все четыре случая (включая вчинение иска поручителю) характеризуются *началом* реализации своего субъективного права кредитором в условиях, соблюдающих принцип акцессорности (основное обязательство еще не прекращено). Последующее прекращение основного обязательства обнимается риском поручителя, который в известных пределах является его лучшим носителем, поскольку может оперативно, а в некоторых случаях и организационно управлять им. Что уж говорить о случаях, когда поручитель сам является источником названного риска, например, когда он является материнским обществом должника в основном обязательстве и сам принял решение о его ликвидации.

В связи с претензионным порядком можно обратить внимание на один нюанс. Все три вида предъявления требования оказывают юридическое влияние на течение пресекающего срока. Поэтому уместно сравнить подход Пленума к вопросу воздействия на течение другого срока — срока исковой давности. Такое сравнение доступно по одному из видов требований — претензионному порядку. Здесь бросается в глаза, что для исковой давности Пленум придает юридическое значение только такому претензионному порядку, который установлен законом (приостановление течения давности)³, а для пресекающего срока, как видно, также и претензионному порядку, установленному договором. Формально-юридически это различные сроки в гражданском праве, но у них есть и общее: и тот, и другой срок защищает интересы ответчика и, соответственно, побуждает истца соблюсти срок притязания; и тот, и другой срок предотвращает состояние не-

¹ На самом деле различие заключается не в том, к какому органу обращается кредитор, а с каким заявлением или, еще точнее, в каком порядке (общем или специальном). Обычный случай — предъявление искового заявления, специальный случай — подача заявления о включении требования в реестр требований кредиторов в деле о банкротстве поручителя.

² Ранее практика такого основания не признавала (см. Определение СКГД ВС от 19 ноября 2019 г. № 5-КГ19-178).

³ См. п. 16 Постановления № 43.

определенности. В этом смысле неочевидно, что имеются основания для такого дифференцированного подхода.

(д) Как указывалось выше, перечень требований кредитора к поручителю, пресекающих акцессорность прекращения поручительства, не является исчерпывающим. Какие еще требования могут пополнить названный перечень?

Хотя законодательное решение, допускающее взыскание с поручителя на основании *исполнительной надписи нотариуса* (п. 2.2 ст. 90 Основ законодательства о нотариате), как уже указывалось, вызывает большие сомнения (*см. п. «д» комментария к п. 20 Постановления*), применительно к рассматриваемому аспекту оно может служить нормативным основанием для расширения указанного перечня. Обращение кредитора к нотариусу за учинением исполнительной надписи также должно пресекать прекращение поручительства по тому основанию, что впоследствии должник в основном обязательстве исключен из реестра.

Сложнее обстоят дела с *медиацией*, хотя если этот альтернативный способ разрешения споров рассматривать как социально полезный, то можно было бы предложить такое толкование рассматриваемой нормы ГК, согласно которому обращение кредитора к медиатору по спору с поручителем также влечет ограничение акцессорности прекращения поручительства. Что же касается другого альтернативного способа разрешения споров — арбитража, то тут никаких сомнений, напротив, не возникает.

(е) Текущая судебная практика экстракассации может обнаружить еще один случай ограничения акцессорности прекращения поручительства, который не предусмотрен ни законом, ни Пленумом.

Если должник ликвидирован, а *кредитор об этом не знал*, обязательство поручителя не прекращается, даже если кредитор не успел предъявить требование к основному должнику до ликвидации¹. Действительно, если права кредитора нарушены вследствие того, что в противоречии с п. 1 ст. 63 ГК он не был уведомлен в письменной форме о ликвидации юридического лица, кредитору может быть неизвестно о наступлении срока исполнения обязательств такого юридического лица перед ним, который считается наступившим с момента принятия решения о ликвидации (п. 4 ст. 61 ГК). Поэтому кредитор в таких обстоятельствах может не знать о возникновении оснований требовать исполнения от поручителя.

¹ Определение СКГД ВС от 25 апреля 2017 г. № 5-КГ17-52.

(ж) Реализация кредитором своих прав в отсутствие полной акцессорности прекращения поручительства означает, что по общему правилу поручитель, уплативший кредитору по своему обязательству, не сможет получить возмещения по суброгации с должника, поскольку такого субъекта в обороте более не существует.

Некоторое техническое осложнение может возникать в случае обнаружения имущества исключенного из ЕГРЮЛ должника в основном обязательстве. В этой ситуации согласно п. 5.2 ст. 64 ГК заинтересованное лицо вправе обратиться в суд с заявлением о назначении процедуры распределения обнаруженного имущества среди лиц, имеющих на это право.

Затрагивая данную норму, Пленум в другом своем [Постановлении](#) разъяснил, что участники ликвидированного юридического лица, равно как и его *кредиторы*, не вправе самостоятельно обращаться с обязательственными требованиями юридического лица к его должникам, в частности с требованием вернуть переданное в аренду имущество, оплатить стоимость переданных товаров и т.п. В этом случае следует руководствоваться положениями п. 5.2 ст. 64 ГК, устанавливающего процедуру распределения обнаруженного обязательственного требования¹.

Сложность можно усмотреть в том, что поручитель, исполнивший свое обязательство перед кредитором, в условиях, когда правоспособность должника в основном обязательстве прекратилась, не сможет ничего получить по суброгации, ибо прекращенное право переходить не может. Если норма ГК говорит о заинтересованных лицах, то Пленум трактует о кредиторах.

Однако это общее логическое затруднение распространяется на всех кредиторов исключенного из ЕГРЮЛ юридического лица, которые согласно ст. 419 ГК прав требований вследствие прекращения обязательств ликвидацией должника иметь не могут. Таким образом, здесь приходится обнаруживать юридический феномен восстановления требований ввиду обнаружения имущества исключенного из ЕГРЮЛ юридического лица.

Думается, что нет необходимости придавать существенное значение тому, что право требования восстанавливается на одну логическую секунду в лице кредитора, а затем тут же переходит к поручителю по суброгации. Здесь при необходимости оградить интересы поручителя можно попытаться фингировать суброгацию в тот момент

¹ См. п. 41 Постановления № 6.

времени, когда она произошла бы, если бы должник не был исключен из ЕГРЮЛ. В любом случае было бы противно принципу сбалансированности имущественных отношений допустить, чтобы добросовестный поручитель, уплатив кредитору, не получил его права к должнику, разве что иное следовало бы из взаимоотношений поручителя и должника между собой (п. 3 ст. 365 ГК).

(з) Пленум не касается одного нюанса, который носит, скорее, теоретический характер, но его все равно следует кратко коснуться. Прекращение основного обязательства в связи с исключением должника из ЕГРЮЛ означает прекращение не только его обязанностей, но и прав. Стало быть, возражения должника в основном обязательстве формально-юридически также прекращаются. Но, несмотря на это, было бы несправедливым лишить поручителя права воспользоваться такими возражениями на основании п. 1 ст. 364 ГК. В противном случае в соответствующих ситуациях кредитор мог бы получить с поручителя недолжное по формальному основанию. Здесь в ограниченных пределах наблюдается феномен *переживания прав*, возникших ранее из прекращенного обязательства, или их фигурованный *переход* к поручителю за одну юридическую секунду до исключения должника из ЕГРЮЛ. Сложнее обосновать постликвидационную обязанность органа юридического лица (например, бывшего директора) по сообщению поручителю обо всех имевшихся у должника возражениях против требования кредитора. Здесь на помощь может прийти только общий принцип добросовестности (п. 3 ст. 1 ГК).

33. Реорганизация должника — юридического лица не влечет прекращения поручительства (пункт 4 статьи 367 ГК РФ). Правопреемник должника определяется в соответствии с правилами о реорганизации (статьи 58 и 59 ГК РФ).

На поручителя, исполнившего обязательство перед кредитором, распространяются гарантии, установленные статьей 60 ГК РФ.

(а) До реформы ГК его нормам не было известно последствий реорганизации должника в основном обязательстве в отношении юридической судьбы поручительства, в отличие от перевода долга, при котором в отсутствие согласия поручителя отвечать за нового должника его обязательство прекращалось (см. комментарий к п. 27 *Постановления*). Реорганизация юридического лица согласно прежней редакции ст. 58 ГК влекла, в частности, переход его обязанностей во всех случаях, включая преобразование. Ранее нормы ГК, устанавливая регулирова-

ние перевода долга (ст. 391, 392 ГК), не знали нормы о переходе долга в силу закона (ст. 392.2 ГК). Возможно, такое состояние нормативного регулирования могло привести к мысли, что при реорганизации наступает такое же последствие, как и при переводе долга (обязанность меняет своего субъекта), а потому поручительство должно прекращаться, если поручитель не дал согласие отвечать за нового должника. Нельзя сказать, что названная мысль не имеет *ratio legis*, поскольку интересы поручителя действительно могут быть затронуты обновлением должника. В то же время нормальным положением вещей в гражданском обороте, особенно в коммерческой сфере, является то, что коммерческие организации постоянно нуждаются в кредитовании, за счет которого отчасти и развивается бизнес. Стало быть, наличие поручительств как одного из инструментов доступа к кредиту также является относительно перманентным явлением. Реорганизация является обычным делом в корпоративной жизни, и прекращение поручительств при реорганизации стало бы тормозом корпоративных процессов, столь необходимых для развития бизнеса, а также реализации прав бизнесменов по распоряжению своим бизнесом, сделок *M&A*, создания и модернизации холдинговых структур. Кроме того, если перевод долга находится под полным контролем кредитора, поскольку без его согласия он ничтожен (п. 2 ст. 391 ГК), то правовые возможности кредитора по воспрепятствованию реорганизации должника мизерны. Поэтому перед правопорядком стоит задача отыскания справедливого баланса интересов поручителя, кредитора и должника в случае реорганизации последнего.

Арбитражная практика, которая должна быть наиболее чувствительной к обоснованным интересам бизнеса, отвергла суждение о том, что в случае реорганизации должника в основном обязательстве поручительство прекращается. Была сформулирована следующая правовая позиция: судам необходимо иметь в виду, что положения п. 2 ст. 367 ГК о прекращении договора поручительства в случае *перевода* на другое лицо *долга* по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника, *не подлежат применению при реорганизации* должника, так как долг переходит к правопреемнику реорганизованного лица в силу универсального правопреемства¹.

Законодатель воспринял идею сохранения поручительства при реорганизации, сформулировав новую норму, согласно которой реорга-

¹ См. абзац первый п. 19 Постановления № 42.

низация *юридического лица* — должника не прекращает поручительство (п. 4 ст. 367 ГК). Здесь законодателю, так же как и Пленуму (*см. п. «б» комментария к п. 32 Постановления*), зачем-то понадобилось уточнение, что при реорганизации должника под последним понимается не всякий должник, а только такой, который является юридическим лицом, как будто, если бы этого уточнения не было, кто-то попытался отыскать реорганизацию людей, т.е. граждан. Трудно помыслить, что можно всерьез обсуждать юридические (а не биологические) аспекты, к примеру, разделения, выделения или слияния людей.

(б) Пленум обсуждает последствия реорганизации должника, которая влечет изменение основного обязательства по субъекту, в отношении юридической судьбы поручительства после разъяснения в предыдущем пункте *Постановления* о ликвидации и в разделе, посвященном прекращению поручительства, хотя при реорганизации такое прекращение не имеет места. Что касается перевода долга, с которым ранее сравнивался переход долга при реорганизации, то Пленум рассматривает этот вопрос (п. 27) в разделе об изменении основного обязательства, хотя перевод долга по общему правилу как раз приводит к прекращению поручительства.

При ликвидации юридического лица обязательство прекращается, а при реорганизации, напротив, не прекращается. Поэтому акцессорность прекращения поручительства не имеет почвы для последнего случая, но встает в полный рост в первом случае. Гипотетический вопрос о судьбе поручительства при реорганизации не может быть вызван прекращением основного обязательства, но может возникать в связи с его изменением по субъектному составу, поскольку долг переходит к другому лицу (кроме преобразования (п. 5 ст. 58 ГК)).

После дополнения ГК новой нормой позитивное право не оставляет никаких сомнений в сохранении поручительства при реорганизации, поэтому разъяснять тут, в общем-то, нечего. Пленум в предложении первом комментируемого пункта приводит фрагмент п. 4 ст. 367 ГК, указывая далее, что правопреемник должника определяется правилами ст. 58 и 59 ГК, которые посвящены соответственно правопреемству при реорганизации юридических лиц и передаточному акту. Надо добавить, что для решения тех или иных вопросов, связанных с реорганизацией, может понадобиться обращение также и к ст. 57 ГК, посвященной реорганизации юридического лица вообще. Прежнее разъяснение о правилах определения правопреемника должника в основном обязательстве ничего не трактовало, поскольку никаких особенностей применения этих правил в случае обеспечения обязательства поручительством в за-

конодательстве не имеется. Трудно сказать, зачем понадобилась отсылка к названным правилам, поскольку сложно измыслить себе случаи, что кто-то считал их неприменимыми при реорганизации должника, ибо ничего более и применить-то нельзя. Может быть, таким неявным образом имелось в виду сказать, что к реорганизации не применяются соответствующие правила о переводе долга (ст. 391–392.1 ГК). Но в условиях новой редакции ст. 367 ГК в этом едва ли есть необходимость, ибо правило о влиянии перевода долга на поручительство (п. 3) буквальным и системным образом отграничено от правила о влиянии реорганизации на поручительство (п. 4).

В соответствующих случаях правопреемником должника в основном обязательстве может оказаться не одно, а несколько лиц, т.е. в обязательстве может произойти образование множественности лиц на стороне должника. Этому, естественно, не может препятствовать указание Пленума на правопреемника должника в единственном числе, поскольку в разъяснении речь идет о стороне обязательства, а не о лице на стороне должника, что не одно и то же.

(в) Поскольку в силу суброгационной концепции поручительства после исполнения своего обязательства в пользу кредитора поручитель занимает его место, реорганизация должника в основном обязательстве может нарушать права поручителя, уменьшая шансы на получение удовлетворения перешедшего к нему требования. Таким образом, поручитель, как и всякий кредитор должника при его реорганизации, нуждается в защите его прав.

Прежнее разъяснение устанавливало относительно развернутую правовую позицию в условиях действия дореформенного регулирования защиты прав кредиторов при реорганизации должника с обоснованием ее в том числе аналогией закона. Учитывая то, что в соответствии с п. 1 ст. 365 ГК к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству, поручитель может воспользоваться гарантиями, предоставленными кредитору реорганизуемого юридического лица гражданским законодательством. В связи с этим в случае, если разделительный баланс не позволяет определить правопреемника реорганизованного должника либо при его утверждении допущено нарушение принципа справедливого распределения активов и обязательств реорганизуемого юридического лица между его правопреемниками, приводящее к явному ущемлению интересов кредиторов этого юридического лица, все вновь созданные в результате реорганизации (продолжающие деятельность) юридические лица отвечают перед поручителем солидарно (п. 1 ст. 6, п. 4 ст. 60 ГК). Возмещение

лицу, удовлетворившему требования поручителя, уплаченных денежных сумм осуществляется правопреемником должника по обеспеченному обязательству в соответствии с разделительным балансом, соглашением правопреемников либо, если такое соглашение отсутствует и разделительный баланс не позволяет установить должника по обязательству, в соответствии с положениями ст. 325 ГК¹. Это разъяснение несколько генерализировало, уточняло и дополняло ранее выработанные подходы арбитражной практики в отношении защиты прав кредиторов при реорганизации акционерных обществ².

Впоследствии реформа ГК усовершенствовала и развила регулирование защиты прав кредиторов при реорганизации должника (ст. 60 ГК). Поэтому судебная практика перестала нуждаться в столь подробном разъяснении о правах поручителя при реорганизации должника. Пленум в абзаце втором просто отсылает правоприменителя к ст. 60 ГК, устанавливая при этом, что на *поручителя, исполнившего обязательство перед кредитором*, распространяются гарантии, установленные данной статьей. Отсюда следует, что до исполнения обязательства кредитору поручитель соответствующими правами не обладает, хотя бы реорганизация должника в основном обязательстве уже началась. Это отвечает юридической логике обязательственного права, ведь до указанного момента поручитель не является кредитором должника, поскольку суброгации еще не произошло.

Тем не менее следует учитывать, что соответствующими правами поручитель может обладать на основании его отношения с должником, если они позволяют отнести поручителя к кредиторам должника, но только в той части, которая обнимается этим отношением, а не правами, которые могут перейти к поручителю по еще не случившейся суброгации. Например, если между поручителем и должником имеется соглашение о выдаче поручительства, которое предусматривает осуществление какого-нибудь предоставления, поручитель в этой части является кредитором должника и обладает соответствующими правами, предусмотренными ст. 60 ГК.

Фидуциарный характер отношений кредитора и поручителя требует от кредитора добросовестной реализации его прав при реорганизации должника. В случае недобросовестных действий, например не имеющего разумных причин отказа кредитора от предоставляемого ему

¹ См. абзац второй п. 19 Постановления № 42.

² См. п. 22 Постановления Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 г. № 19 «О некоторых вопросах применения Федерального закона „Об акционерных обществах“».

обеспечения (п. 4 ст. 60 ГК), поручитель вправе возражать против требования кредитора в той мере, в какой он мог потребовать возмещения за счет обеспечения, от которого кредитор отказался (подробнее *см. п. «д» ниже*).

(г) Пленум упускает дать юридическую характеристику нормы, которую он разъясняет (п. 4 ст. 367 ГК), видимо, полагая, что в этом нет большой необходимости; между тем в судебной практике имеются ошибочные решения экстракассации, которая, наверное, полагает данную норму императивной, хотя и не в отношении реорганизации¹.

Действительно, указанная норма не имеет реквизита диспозитивности, однако нет никаких политико-правовых оснований для придания ей императивного характера. Кредитор имеет достаточно сильную переговорную позицию до вступления с должником в обязательственное отношение, а потому не нуждается в патерналистской опеке правопорядка. Поэтому договор поручительства может предусматривать, что в случае реорганизации должника поручительство прекращается или ставится под абсолютно потестативное условие согласия поручителя отвечать за нового должника. Условие договора может быть и более детализированным, предусматривая сохранение поручительства при одном виде реорганизации, например при преобразовании, когда ее риски в отношении поручителя минимальны, но его прекращение при других видах реорганизации.

(д) Уместно обратить внимание еще на один нюанс, который не затрагивался прежним разъяснением и которого не касается и действующее разъяснение.

Как уже указывалось, до суброгации установленные законом гарантии при реорганизации могут быть реализованы кредитором в основном обязательстве, но не поручителем. Однако, имея сохраняющееся обеспечение, кредитор может быть демотивирован в надлежащей реализации соответствующих прав, рассчитывая получить удовлетворение за счет имущества поручителя. Например, он может согласиться принять фактически недостаточное обеспечение, которое юридически считается достаточным (подп. 1 п. 4 ст. 60 ГК). Закон не содержит позитивного предписания кредитору действовать в интересах поручителя при реализации предоставленных прав на случай реорганизации должника. Однако принцип добросовестности и справедливости дает основания полагать, что кредитор должен действовать подобающе, с тем чтобы к поручителю по суброгации переходила лучшая правовая

¹ См. Определение СКГД ВС от 19 декабря 2017 г. № 58-КГ17-17.

позиция, которую всякий кредитор считал бы желательной для самого себя (фидуциарная обязанность кредитора). Формально-юридически реализуя тем или иным образом специальные права, возникающие у кредитора при реорганизации должника, или не реализуя их, кредитор действует в своем праве и в своем интересе, т.е. ведет свое дело, но последствия этих действий при суброгации проявятся в имуществе поручителя, как если бы кредитор вел чужое дело. Кредитор не обязан прилагать сверхусилия при реализации реорганизационных прав, но разумные меры он должен принять.

Если наше предположение об обязанности кредитора действовать определенным образом в интересах последующего суброгационного кредитора (поручителя) верно, то в законе обнаруживается пробел в отношении последствий упущений кредитора в исполнении названной фидуциарной обязанности. Следовательно, на основании п. 1 ст. 6 ГК необходимо обратиться к аналогии закона. Этот юридический метод обнаруживает схожесть защищаемого интереса поручителя с гипотезой и диспозицией одной нормы п. 4 ст. 363 ГК. Согласно этой норме при утрате существовавшего на момент возникновения поручительства обеспечения основного обязательства или ухудшении условий его обеспечения по обстоятельствам, зависящим от кредитора, поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать возмещения (ст. 365) за счет утраченного обеспечения, если докажет, что в момент заключения договора поручительства он был вправе разумно рассчитывать на такое возмещение.

Это правило требует некоторой адаптации к рассматриваемому случаю манкирования своими правами кредитором при реорганизации должника, т.е. при реализации так называемого морального риска (*moral hazard*). Если кредитор при реорганизации должника не воспользовался своими правами по реализации гарантий, предусмотренных ст. 60 ГК, добросовестным образом, поручитель освобождается от обязательства в той мере, в которой действия кредитора уменьшили возможность получения исполнения от должника.

Этот же подход, несмотря на молчание закона, справедливо распространить и на случаи множественности поручителей, включая совместное поручительство. Поручитель, заняв место кредитора по суброгации, приобретает и фидуциарную обязанность перед другими поручителями, потому что, оказавшись, в свою очередь, на месте кредитора, они подвергаются тому же риску, что и оригинальный кредитор. Последнее требует равного правового похода исходя из общего принципа равенства.

Предложенное толкование закона соответствует подходу, защищающему схожие права поручителя при несостоятельности должника. Это разъяснение рассматривается Пленумом в качестве подлежащего применению (см. п. 55 *Постановления*) и сводится к следующему. Имея в виду право поручителя покрыть свои имущественные потери за счет требования кредитора к основному должнику, которое переходит к поручителю на основании п. 1 ст. 365 ГК, а также принимая во внимание необходимость добросовестного поведения в имущественном обороте, суды должны исходить из того, что кредитору до закрытия реестра требований кредиторов следует обратиться с заявлением об установлении его требований в деле о банкротстве основного должника. Если будет установлено, что кредитор не совершал названных действий и это повлекло либо может повлечь негативные последствия для поручителя в будущем, например, в виде пропуска срока, установленного п. 1 ст. 142 Закона о банкротстве, на что поручитель ссылается в порядке ст. 364 ГК, в иске к поручителю (либо во включении требования кредитора в реестр требований кредиторов поручителя) может быть отказано (ст. 10 ГК)¹.

(е) Пленум считает необходимым уделить внимание реорганизации должника в основном обязательстве, хотя в силу названных выше причин острота проблематики в этой области несколько снизилась. Что же касается реорганизации поручителя, то этот вопрос обойден молчанием, хотя здесь есть несколько нюансов, которые можно было бы затронуть, учитывая, что их буквального законодательного решения не имеется.

Прежнее разъяснение обращалось к данной тематике, предусматривая следующую, достаточно развернутую правовую позицию.

В случае реорганизации поручителя — юридического лица судам необходимо учитывать следующее. В связи с тем, что предъявление кредитором требования к поручителю возможно только в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного обязательства, кредитор не вправе требовать от поручителя, принявшего решение о реорганизации, досрочного исполнения обязательств по договору поручительства. Правопреемник поручителя определяется в соответствии с передаточным актом или разделительным балансом (ст. 58 и 59 ГК).

Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда утвержденный при реорганизации разделительный баланс не дает возможности

¹ См. абзац первый п. 52 *Постановления* № 42.

определить правопреемника поручителя, вновь созданные в результате реорганизации (продолжающие деятельность) юридические лица отвечают перед кредитором солидарно.

Если из разделительного баланса поручителя следует, что при его утверждении допущено нарушение принципа справедливого распределения активов и обязательств между его правопреемниками, приводящее к явному ущемлению интересов кредиторов этого юридического лица, то к солидарной ответственности должны привлекаться все лица, созданные в результате реорганизации поручителя (а в случае реорганизации в форме выделения – и то юридическое лицо, из которого выделилось новое юридическое лицо) (п. 1 ст. 6, п. 4 ст. 60 ГК).

К отношениям указанных лиц между собой и кредитором применяются правила ГК о совместно выданном поручительстве (п. 3 ст. 363 ГК) с учетом правовых позиций, содержащихся в п. 27 настоящего [Постановления](#)¹.

Трудно предположить, по каким причинам эта правовая позиция оказалась в числе не подлежащих применению, ибо обосновать обратные подходы по затронутым аспектам отношений сторон представляется затруднительным. Неужели реорганизация поручителя должна давать кредитору в противоречии с принципом акцессорности поручительства право потребовать досрочного исполнения в условиях, когда основное обязательство не нарушено должником? Если не определять правопреемника поручителя по передаточному акту (понятие разделительного баланса более не используется в ГК), то как его еще определять? Неужели в этом случае никакого варианта, кроме возникновения солидарной множественности поручителей для реорганизуемого юридического лица, не остается? И напротив, если передаточный акт не позволяет определить правопреемника, как еще можно сохранить поручительство, кроме как прибегнув к солидаритету поручителей? Неужели недобросовестное распределение активов при реорганизации (п. 5 ст. 60 ГК) не должно давать защиту кредитору? Также возникает вопрос и в отношении совместного поручительства, который к тому же обостряется введенной Пленумом презумпцией раздельного поручительства (*см. п. «а» комментария к п. 14 Постановления*).

Если на все эти вопросы дать положительный ответ, то с поручительством случится дисфункция, его обеспечительный эффект существенно ослабнет, а права кредитора окажутся нарушенными.

¹ См. п. 22 Постановления № 42.

Следовательно, остается склониться к предположению, что Пленум не мог иметь в виду таких последствий, а соответствующая правовая позиция не рассматривалась как необходимая для судов, которые и без помощи Пленума могут прийти к верным выводам. Между тем здесь все же есть несколько вопросов, связанных с адаптацией новых правил о гарантиях кредиторов при реорганизации должника, а также действия презумпции о раздельном поручительстве.

Сам факт реорганизации поручителя не должен подрывать функционального назначения поручительства как способа обеспечения, а кредитор не должен наделяться правом требовать от поручителя досрочного исполнения, если только это не предусмотрено договором поручительства. Иначе реорганизация поручителя влекла бы трансформацию обеспечения в обычный долг. Однако означает ли это, что кредитор не вправе рассчитывать на предоставление обеспечения, предусмотренного п. 4 ст. 60 ГК? Закон для обычных кредиторов предусматривает альтернативу: или досрочное исполнение, или отпадение этого права при условии предоставления обеспечения. Коль скоро обеспечительный кредитор не имеет права на досрочное исполнение по договору поручительства, то он не имеет права и на обеспечение, если только оно не предоставлено ему поручителем добровольно по соглашению сторон (обеспечение второго уровня). Но надо принимать во внимание спорность данного вывода, а устоявшейся правовой позиции в судебной практике пока не наблюдается.

Означает ли это, что при реализации рисков неисполнения обязательства правопреемником поручителя кредитор не имеет права на другие гарантии, предусмотренные законом для кредиторов при реорганизации? На этот вопрос следует ответить отрицательно: не означает, адаптировав соответствующие правила для целей защиты интересов кредитора, с тем чтобы не лишать его таких гарантий, которые предоставлены другим кредиторам. В случае реализации указанного риска в соответствии с п. 3 ст. 60 ГК солидарную ответственность перед кредитором наряду с юридическими лицами, созданными в результате реорганизации, несут лица, имеющие фактическую возможность определять действия реорганизованных юридических лиц (п. 3 ст. 53.1 ГК), члены их коллегиальных органов и лицо, уполномоченное выступать от имени реорганизованного юридического лица (п. 3 ст. 53 ГК), если они своими действиями (бездействием) способствовали неисполнению обязательства поручителем, а при реорганизации в форме выделения солидарную ответственность перед кредитором наряду с указанными

лицами несет также реорганизованное юридическое лицо. Иное решение было бы несправедливым, поскольку названные лица могли бы недобросовестно распределить активы, извлечь из этого имущественную выгоду для себя за счет прав кредитора.

Кроме того, на кредитора следует распространить действие п. 5 ст. 60 ГК, согласно которому, если передаточный акт не позволяет определить правопреемника по обязательству юридического лица, а также если из передаточного акта или иных обстоятельств следует, что при реорганизации недобросовестно распределены активы и обязательства реорганизуемых юридических лиц, что привело к существенному нарушению интересов кредиторов, реорганизованное юридическое лицо и созданные в результате реорганизации юридические лица несут солидарную ответственность по такому обязательству.

В случае образования множественности лиц по обязательству поручителя было бы логичным отменить презумпцию о раздельном поручительстве (см. п. «а» *комментария к п. 14 Постановления*). Дело в том, что до реорганизации долг по договору поручительства служил общим делом соответствующих выгодоприобретателей деятельности поручителя (акционеров, участников и др.), поэтому и после реорганизации по общему правилу раздельность поручительства не должна подразумеваться.

Поскольку рассмотренные вопросы, связанные с реорганизацией поручителя, вследствие умолчания Пленума оказываются в сфере юридического риска, до того, пока не сложится устойчивая судебная практика, участникам данных отношений следует позаботиться о своих интересах самим.

Так, кредитор может выговаривать в договоре поручительства специальные условия на случай реорганизации поручителя. Стороны вправе договориться, что в таком случае поручитель обязан предоставить достаточное обеспечение по требованию кредитора, если он сочтет, что распределение активов и обязательств увеличивает его риски. В случае нарушения этой обязанности поручителем кредитор вправе потребовать досрочного исполнения обязательства, что повлечет возникновение неакцессорной досрочной перфекции поручительства (см. п. «д» *комментария к п. 11 Постановления*).

Участники реорганизации при образовании множественности лиц по обязательству поручителя могут заключить соглашение, определяющее характер поручительства – совместный или раздельный, наверняка устранив действие презумпции, введенной Пленумом.

34. Принятие решения о признании должника банкротом не является основанием прекращения поручительства (статья 367 ГК РФ).

(а) Всякое обеспечение исполнения обязательства обнаруживает свою кульминацию при несостоятельности должника в обеспеченном обязательстве. Конечно, этот институт активно и повсеместно эксплуатируется и вне банкротства, но его полная сила проявляется именно при банкротстве должника. Если последний остается состоятельным, кредитор пусть и с большими проволочками, но может добиться присуждения должника к исполнению или возмещению убытков. Но при банкротстве должника эта перспектива совершенно иллюзорна, особенно с учетом нынешнего положения дел, когда, согласно статистике, необеспеченные кредиторы в среднем получают лишь несколько копеек с рубля.

Если обеспечение совсем неэффективно при банкротстве, то оно подлинным обеспечением не является. Это хорошо видно на примере неустойки, которая, хотя и называется законодателем обеспечением, таковым в действительности не является, что даже учитывается в практических целях¹, а не просто является критикой позитивного права и академическим представлением ученых.

(б) Прежнее разъяснение не содержало такого буквального утверждения, которое содержится в комментируемом пункте, о том, что *банкротство должника в основном обязательстве поручительства не прекращает*. Между тем из целого ряда его упоминаний это с неизбежностью следовало. Видимо, ранее для арбитражных судов не считалось необходимым разъяснять столь очевидные постулаты. Нормативным обоснованием комментируемого суждения является вся статья 367 ГК, на которую ссылается Пленум, в том смысле, что она не предусматривает такого основания прекращения поручительства, как принятие решения о признании должника банкротом. Наличие специального законодательства вынуждает добавить, что и законодательство о несостоятельности данного основания не предусматривает.

Эффективность поручительства при несостоятельности должника в основном обязательстве проявляется в том, что кредитор такого должника имеет правовую возможность получить удовлетворение

¹ В п. 40 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54, в частности, сказано, что «обязательство, за ненадлежащее исполнение которого предусмотрена только лишь неустойка, не считается обеспеченным в смысле пункта 2 статьи 319.1 ГК РФ».

своего притязания в размере обеспеченного требования из другой имущественной массы — поручителя, а не должника. Другие необеспеченные кредиторы должника, равно как и обеспеченные, но за счет имущества другого лица, не конкурируют с кредитором в отношении его притязания на имущественную массу поручителя. При этом получение исполнения от поручителя не рассматривается в качестве недопустимого преимущественного удовлетворения за счет должника. В силу суброгационного эффекта в числе притязаний в адрес несостоятельного должника меняется субъект. Никакого преимущественного удовлетворения кредитора здесь не наблюдается.

Пленум не упоминает о том, что поручительство не прекращается не только при принятии решения о признании должника банкротом, но и при возбуждении дела о банкротстве или введении в отношении должника иных процедур, предусмотренных законодательством о банкротстве. Действительно, это было бы совсем избыточным, поскольку здесь действует *argumentum a fortiori*, т.е. если уж поручительство не затрагивается бóльшим — банкротством, то оно не затрагивается и меньшим — более шадящими процедурами.

Несмотря на описанную выше эффективность поручительства при банкротстве должника в основном обязательстве, оно проигрывает вещному обеспечению, поскольку при банкротстве самого поручителя кредитор начинает конкурировать с другими кредиторами поручителя, хотя и избавлен от конкуренции с кредиторами должника в основном обязательстве. Одновременное банкротство последнего и поручителя — дело далеко не самое редкое, поскольку поручитель часто является участником одного экономического пространства с должником, а дисфункция платежеспособности нередко поражает все группу лиц в этом пространстве.

(в) Сформулировав по существу норму права, Пленум избегает указать, является ли она императивной, видимо, ввиду непрактичности этого вопроса. Конечно, было бы верхом недалекости и неразумности кредитора согласиться на условие договора поручительства о том, что оно прекращается при банкротстве должника в основном обязательстве. Тем не менее такое условие закону не противоречит, и, как уже указывалось в отношении других, не предусмотренных законом оснований прекращения поручительства, кредитор не нуждается в патернализме правопорядка, чтобы априорно не допустить подобного условия, уничтожив его. В каких-то случаях с учетом специфики взаимоотношений с должником кредитор может не страшиться его банкротства, но иметь опасения в отношении весьма вероятной про-

срочки с его стороны, последствия которой с учетом деловой репутации и состоятельности поручителя он рассчитывает оперативно устранить за его счет. Вместе с тем наличие такого основания прекращения поручительства может, наверное, насторожить суд в том смысле, что дееспособность кредитора могла иметь некоторую дисфункцию при заключении договора поручительства. Впрочем, последнее должно быть доказано поручителем, в том числе посредством предъявления иска об оспаривании договора поручительства.

35. Смерть должника либо объявление его умершим не прекращает поручительство (пункт 4 статьи 367 ГК РФ).

Поручитель отвечает перед кредитором по обязательству умершего либо объявленного умершим должника в полном объеме независимо от наличия и стоимости перешедшего к наследникам должника имущества, а также независимо от факта принятия наследства либо отказа от его принятия (пункт 4 статьи 364 и пункт 3 статьи 367 ГК РФ).

(а) Личность должника, как правило, имеет для поручителя существенное значение. Это предопределяется не только имущественным интересом, в том числе в аспекте перспектив удовлетворения его суброгационного требования к нему, но и для дружеского поручительства личностным аспектом. Кроме того, поручительство выдается ввиду наличия некоторых отношений между должником и поручителем; когда эти отношения прекращаются, поручитель может утрачивать имущественный или иной интерес, на сохранение которого он рассчитывал, выдавая поручительство. Ввиду этого правопорядок вынуждает кредитора к соблюдению названного интереса. Именно потому перевод долга без согласия поручителя влечет прекращение поручительства. Готовность поручителя пойти на определенный финансовый риск ради одного совсем не означает его готовность к тому же ради другого.

Смерть должника в основном обязательстве обычно влечет для поручителя драматические последствия не только в общечеловеческом плане, но и в сугубо субъективном ключе. Те отношения, в которых он состоял с должником и которые предопределяли его интерес выступить поручителем, зачастую прекращаются. Поскольку поручительством чаще всего обеспечиваются такие обязательства должника перед кредитором, которые не имеют неразрывной связи с личностью должника, смерть последнего не прекращает обязательство (п. 1 ст. 418, ч. 2 ст. 1112 ГК). Следовательно, обязанность

должника переходит к наследникам, которые отвечают перед кредитором в пределах наследственного имущества (п. 1 ст. 1175 ГК). Это означает, что поручитель, исполнив свое обязательство перед кредитором и заняв его место в обязательстве по суброгации, рискует не получить полного удовлетворения своего требования от наследников в силу недостаточности наследственного имущества. Если бы должник оставался в живых, поручитель мог бы рассчитывать на приращение его имущества за счет его деятельности или из других источников, каковое независимо от воли должника служило бы имущественной базой удовлетворения требования поручителя. С наследниками на стороне должника такой сценарий в принципе исключен. Имущественная масса наследственного имущества, за счет которой поручитель может получить удовлетворение, фиксируется на день открытия наследства¹ и в дальнейшем для поручителя не прирастает, даже если принявшие наследство наследники увеличивают ее своей деятельностью или по естественным физическим либо юридическим причинам она прирастает новым имуществом сама.

Приведенных соображений уже достаточно, чтобы ожидать от правопорядка той или иной позитивной реакции по вопросу правовых последствий *mortis casus* в отношении поручительства.

(б) Логически, а также чисто интуитивно напрашивается три варианта решения данного типичного казуса: 1) прокредиторский, когда смерть должника никакого влияния на права кредитора по отношению к поручителю не оказывает; 2) продебиторский, когда поручитель не отвечает за наследников; 3) паллиативный, когда ответственность поручителя ограничивается стоимостью наследственного имущества.

Удивительно, но наша новейшая кодификация изначально хранила молчание по рассматриваемому вопросу, несмотря на то что иные европейские кодексы давно уже предусматривали решение. Но, как известно, в садах нет лекарства от смерти (*contra vim mortis non est medicamen in hortis*); люди пока еще смертны, а потому немота закона была восполнена высшими судами, причем кардинально противоположным образом и к тому же почти одновременно.

Судам общей юрисдикции было разъяснено следующее.

Согласно п. 2 ст. 367 ГК поручитель наследодателя становится поручителем наследника лишь в случае, если поручителем было дано согласие отвечать за неисполнение обязательств наследниками. При этом

¹ См. п. 14 Постановления № 9.

исходя из п. 1 ст. 367 и п. 1 ст. 416 ГК поручительство прекращается в той части, в которой прекращается обеспеченное им обязательство, и поручитель несет ответственность по долгам наследодателя перед кредитором в пределах стоимости наследственного имущества¹.

Как видно, Пленум приравнивал последствия смерти должника к переводом долга, причем даже не по аналогии. Таким образом, была занята продебиторская позиция, защищающая поручителя. Даже при согласии поручителя отвечать за наследников его ответственность ограничивалась пределами стоимости наследственного имущества, да к тому же еще с указанием о прекращении обязательства (видимо, в части, превышающей стоимость такого имущества).

Арбитражным судам было разъяснено следующее.

Смерть должника не прекращает поручительство (за исключением случаев, когда обязательство прекращается смертью гражданина в соответствии со ст. 418 ГК), положения п. 2 ст. 367 ГК РФ применению не подлежат; иное может быть предусмотрено договором поручительства.

Вместе с тем наследники, принявшие наследство, отвечают перед поручителем, исполнившим обеспеченное поручительством обязательство, солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (п. 1 ст. 1175 ГК). При этом в отношениях с кредитором поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества².

И здесь не остается никаких сомнений в том, что избрана прокредиторская концепция, игнорирующая интересы поручителя.

Таким образом, две высшие инстанции кардинально и принципиально разошлись по вопросу толкования, связанного с пробелом закона.

Реформа гражданского закона заполнила пробел. Согласно п. 3 ст. 364 ГК в случае смерти должника поручитель по этому обязательству не может ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника по долгам наследодателя (п. 1 ст. 1175), а в п. 4

¹ См. абзац первый п. 62 Постановления № 9 в первоначальной редакции, а также комментарий к п. 55 Постановления; см. также ответ на вопрос № 22 в Обзоре законодательства и судебной практики ВС РФ за III квартал 2006 г. (утв. Постановлением Президиума ВС РФ от 29 ноября 2006 г.).

² См. абзацы второй и третий п. 20 Постановления № 42.

ст. 367 ГК сказано, в частности, что смерть должника не прекращает поручительство.

(в) В абзаце первом комментируемого пункта Пленум приводит фрагмент п. 4 ст. 367 о том, что *поручительство не прекращается смертью должника*.

Отождествление правового режима перевода долга и замены должника наследниками не имело под собой ни юридико-технических, ни политико-правовых оснований, так же как это не обосновано для реорганизации. Перевод долга является сингулярным преемством, а наследование — универсальным. Перевод долга не может иметь место иначе как по воле кредитора; наследование, напротив, как правило, от воли кредитора не зависит.

Всякий поручитель, выступая в качестве такового по обязательствам гражданина, не может не осознавать, что должник в основном обязательстве может умереть, ибо сказано: *memento mori*. Поэтому, выдавая поручительство, он эвентуально соглашается отвечать за наследников должника. Что касается ограниченной ответственности наследников, то и об этом риске он не может не знать, ибо каждый несет бремя вмененного знания законов (*nemo ignorantia juris recusare potest*). Кроме того, заключая договор поручительства, каждый поручитель принимает на себя риск банкротства должника в основном обязательстве, который покрывает риск ограничения ответственности наследников стоимостью наследственного имущества. Поэтому здесь применима специализация *argumentum a fortiori*: кто отвечает за большее, отвечает и за меньшее.

Прокредиторская концепция делает обеспечительную функцию поручительства более эффективной, а обратный подход, напротив, был бы экономически вреден. Например, кредитование пожилых людей под поручительство стало бы более рискованным делом, что усугубило их положение.

(г) Ни закон, ни прежние разъяснения не имели каких-то положений на случай *объявления должника умершим* в аспекте правовых последствий данного юридического факта для поручительства. Пленум впервые в нашей юриспруденции вносит в этот вопрос ясность. Впрочем, это и так можно было вывести из закона, поскольку согласно ст. 1113 ГК объявление судом гражданина умершим влечет за собой те же правовые последствия, что и смерть гражданина.

Из п. 3 ст. 45 ГК следует, что объявление гражданина умершим приравнивается по правовым последствиям к его смерти. Следовательно, при обеспечении обязательства такого гражданина поручительством возникает тот же вопрос, что и при подлинной смерти гражданина.

Поэтому разъяснение Пленума находится в полном соответствии с гражданским законом.

В связи с актуализацией данного вопроса можно озадачиться некоторыми частностями, характерными для такой презумпции смерти. Например, каковы последствия явки гражданина, признанного умершим, в условиях, когда наследники умершего удовлетворили требования поручителя частично в связи с недостаточностью наследственного имущества? Конечно, этот казус не может получить широкого распространения, даже если срок исковой давности не истечет к моменту явки гражданина. В тех же редких случаях, когда для отказа от взыскания по обязательству нет иных причин, требования суброгационного кредитора (поручителя) к должнику в основном обязательстве подлежат удовлетворению. Вопреки не действующей уже сейчас прежней правовой позиции о прекращении обязательства в части, превышающей стоимость наследственного имущества, законных оснований для частичного прекращения обязательства не имеется. Это ниоткуда не вытекает, да и неверно по существу. Даже если отсутствие должника было сопряжено с какими-то драматическими событиями в его жизни, при всем нашем к нему сочувствии имущественные права кредитора не должны пострадать. Ведь должник получил выгоду от экономического взаимодействия с кредитором, а потому обязан предоставить причитающееся правопреемнику кредитора; иное не соответствовало бы цели обязательства. Впрочем, этот вопрос выходит за рамки тематики поручительства, поскольку может коснуться любого кредитора наследников объявленного умершим лица, и его следует обсуждать более обстоятельно и в более широком контексте.

(д) Отрицательно ответить на вопрос о прекращении поручительства в случае смерти должника недостаточно, поскольку необходимо также определиться с объемом его ответственности. Намерение законодателя на этот счет не вызывает сомнений, а Пленум вносит еще большую ясность. Если законодатель указывает лишь на то, что поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников (п. 3 ст. 364 ГК), то Пленум *expressis verbis* говорит об ответственности поручителя перед кредитором *в полном объеме*.

Более того, чтобы совсем уж не оставалось никаких сомнений, Пленум добавляет, что эта полная ответственность не зависит ни от наличия наследственного имущества, ни от его стоимости, ни от факта принятия наследства, ни от факта отказа от его принятия. При этом в качестве нормативного обоснования приводятся специальные но-

вые нормы п. 3 ст. 364 ГК и п. 4 ст. 367 ГК¹, хотя последний относится к первому, а не ко второму абзацу, и на него там уже есть ссылка.

Следует принимать во внимание, что упоминание о полной ответственности поручителя в случае смерти должника в основном обязательстве не означает, что указанный факт отменяет ограничение ответственности поручителя, если это предусмотрено договором. Данный факт условия договора поручительства не отменяет. Поэтому точнее было бы сказать об ответственности поручителя на условиях договора поручительства. Прежнее разъяснение в этом смысле было точнее, ограничившись указанием, что правило о прекращении поручительства при переводе долга неприменимо к случаю смерти должника. Но в обрамлении контекста разъяснения выражение «в полном объеме» едва ли будет понято превратно.

(е) Законодатель, вводя рассматриваемые новеллы (п. 3 ст. 364, п. 4 ст. 367 ГК), не посчитал необходимым обозначить *императивность или диспозитивность* названных правил. Не делает это и Пленум. Прежнее разъяснение для арбитражных судов (*см. п. «б» комментария выше*) прямо указывало, что общее правило о сохранении поручительства в случае смерти должника может быть изменено на другое договором поручительства.

Нет никаких политико-правовых или юридико-технических препятствий для того, чтобы не допускать условия договора поручительства о его прекращении в случае смерти должника в основном обязательстве. Также могут быть согласованы и ограничение ответственности поручителя стоимостью наследственного имущества либо иные не противоречащие закону последствия смерти должника. Конечно, это весьма рискованные для кредитора условия, но если по своей свободной воле он готов идти на такой риск, это его дело. Как уже неоднократно указывалось, кредитор не нуждается в патерналистской опеке правопорядка.

Поэтому имеющееся в практике экстракассации суждение об императивности п. 3 ст. 364 и п. 4 ст. 367 ГК, которое, помимо прочего, никак не обосновано, является ошибочным². По существу, постановив абсолютно верное решение, судьи как бы мимоходом упомянули об императивности указанных правил, что можно считать скорее *obiter dictum*, чем правовой позицией, поскольку для сделанного судом выво-

¹ В тексте, видимо, допущены опечатки и пункты перепутаны местами. Правильная нумерация указана в комментарии.

² Определение СКГД ВС от 19 декабря 2017 г. № 58-КГ17-17.

да суждение об императивности не имеет значения. Спорный договор поручительства не предусматривал, что поручительство прекращается в связи со смертью должника в основном обязательстве. Нижестоящая инстанция, чье решение и было обоснованно отменено, просто не применила данные нормы, руководствуясь прежней, уже неактуальной практикой, согласно которой поручитель отвечает за наследников только при его согласии.

(ж) Теоретически можно поставить еще один вопрос, когда смерть должника в силу акцессорности прекращения поручительства освободит поручителя от обязательства или уменьшит объем его ответственности, хотя это предположение, наверное, может вызвать дискуссию.

Речь здесь нужно вести о таком, хочется надеяться, весьма редком случае, когда смерть должника наступила вследствие умышленного действия кредитора, например убийства. *De lege lata* указанное обстоятельство не является основанием прекращения основного обязательства. Кредитор может понести уголовную ответственность за преступление, а кроме того, родственники убитого могут потребовать возмещения соответствующего материального и морального вреда. Если они же унаследуют имущество покойного, то у кредитора технически появится право на зачет своего требования (хотя есть сомнения в том, что в таком случае правопорядку следует допускать зачет по инициативе деликвента, причинившего вред умышленно). В каких-то случаях оснований для зачета не образуется (если, например, за должником наследует лицо, не имеющее права на деликтный иск к кредитору). Но как бы то ни было, злодеяние кредитора не лишает соответствующих близких должника защиты в рамках другого правоотношения, а потому и оснований для прекращения обеспеченного поручительством обязательства как будто не имеется. Иными словами, обеспеченное поручительством обязательство обсуждается отдельно от обязательств, возникших вследствие убийства. Однако можно попытаться усмотреть пробел закона в отношении рассматриваемого казуса и, учитывая, что изменение должника на его наследников происходит вследствие поведения кредитора, т.е. по его воле, приравнять этот случай к переводу долга, что без согласия поручителя отвечать за наследников повлечет прекращение поручительства по п. 3 ст. 367 ГК. Если же в этом суждении будет усмотрена натяжка (универсальное преемство все же не тождественно сингулярному), обосновать такой вывод можно, лишь выйдя за пределы строгого права, обратившись к интерпретации принципа гражданского права о том, что никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного поведения (п. 4 ст. 1 ГК).

Если же полное лишение кредитора права по основному обязательству будет признано слишком радикальным правовым средством, то для ограничения ответственности поручителя тут точно имеются основания. Дело в том, что в рассматриваемом случае мы имеем ситуацию, когда правовое положение поручителя ухудшается из-за действий кредитора. Поскольку законом данный случай не урегулирован, на основании п. 1 ст. 6 ГК следует обратиться к аналогии закона и увидеть схожесть со случаем, предусмотренным п. 4 ст. 363 ГК, который посвящен защите прав поручителя при ухудшении условий обеспечения по обстоятельствам, зависящим от кредитора. Следовательно, в таком случае поручитель в исключение из общего правила п. 3 ст. 364 ГК освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог бы потребовать возмещения от должника, без учета ограниченной ответственности наследников.

(з) Если в прежней правовой позиции для арбитражных судов суждение о сохранении обязательства было снабжено исключением со ссылкой на ст. 418 ГК, то действующее разъяснение, равно как и норма закона (п. 4 ст. 367 ГК), такого изъятия не содержит. Согласно ст. 418 ГК обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника. Подобные обязательства редко обеспечиваются поручительством, но это не исключается. Следовательно, можно помыслить случай, когда такое обязательство прекратится смертью должника. Согласно п. 1 ст. 367 ГК поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства. Никаких изъятий из этой нормы Пленум в своем разъяснении в п. 30 [Постановления](#) не делает, равно как и в других разъяснениях данный случай не охватывается. Стало быть, для такого вида обязательств, неразрывно связанных с личностью должника, поручительство в силу его акцессорности прекращения формально-юридически освобождает поручителя от обязательства. Однако последнее представляется неверным, поскольку вступает в противоречие с фундаментальным принципом равенства.

Представим, что по договору авторского заказа автор получил значительный аванс на создание произведения и сразу же скончался. Поручительство обеспечивало исполнение обязательства автора. Ясно, что от наследников нельзя потребовать создать произведение, и это обязательство прекращается на основании ст. 418 ГК, но аванс должен быть возвращен. Здесь ситуация близка к случаю реституционного обязательства или обязанности вернуть полученное при признании до-

говора незаключенным либо при его расторжении. Во всех этих случаях поручительство продолжает обеспечивать реверсивное обязательство. Почему же в приведенном и подобном примерах правовое положение кредитора и поручителя должно быть отличным? Принцип равенства требует и здесь обнаружить феномен мигрирующей динамической акцессорности (см. п. «в» комментария к п. 16 и п. «в» комментария к п. 31 *Постановления*), когда вместо обязательства должника по предоставлению поручительство начинает обеспечивать реверсивное обязательство по возврату полученного. Следовательно, обязательство наследников вернуть полученное сохраняется, но ограничено стоимостью наследственного имущества, а обязательство поручителя смертью должника не затрагивается: он отвечает на условиях договора поручительства.

36. Наследники должника, принявшие наследство, отвечают перед поручителем, исполнившим основное обязательство, солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (пункт 1 статьи 1175 ГК РФ).

В отношениях с кредитором поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества (пункт 3 статьи 364 ГК РФ).

В случае, если отсутствуют наследники должника как по закону, так и по завещанию, либо никто из указанных наследников не имеет права наследовать или все они отстранены от наследования (статья 1117 ГК РФ), либо никто из них не принял наследства, либо все наследники отказались от наследства и при этом никто из них не указал, что отказывается в пользу другого наследника (статья 1158 ГК РФ), требования поручителя удовлетворяются за счет выморочного имущества (статья 1151 ГК РФ).

(а) В комментируемом пункте Пленум продолжает развивать тему наследования имущества должника в основном обязательстве.

Если в предыдущем пункте рассматривались отношения между кредитором и поручителем в связи со смертью должника в основном обязательстве, то в абзаце первом рассматриваемого пункта речь идет уже об отношениях суброгационного кредитора (поручителя, исполнившего обязательство) с наследниками. В данном абзаце приводится почти точная цитата прежнего разъяснения, которая, в свою очередь, является своего рода аранжировкой п. 1 ст. 1175 ГК¹, предусматривающего

¹ См. предложение первое абзаца третьего п. 20 Постановления № 42.

солидарную ответственность наследников должника по обязательствам последнего в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества. Таким образом, никаких изменений по сравнению с прежним подходом в арбитражной практике не имеется. Да и по существу ничего отклоняющегося от нормы наследственного права в данной правовой позиции не наблюдается. Пленумы просто логически поместили поручителя, исполнившего обязательство в пользу кредитора, в лоно данной нормы. Ничего большего здесь отыскивать не стоит.

(б) Хотя солидарная обязанность наследников в пределах стоимости перешедшего к каждому из них наследственного имущества является общим правилом, характерным не только для правоотношений между суброгационным кредитором и наследниками, необходимо привести небольшую иллюстрацию особенности такого обязательства, тем более что в специальном разъяснении, посвященном наследованию, этот аспект не затрагивается. Данная особенность возникает вследствие того, что распределение наследственного имущества между наследниками может корректировать общие правила солидаритета.

Предположим, что наследство принимают два наследника. По общим правилам о солидаритете кредитор вправе потребовать исполнения обязательства в полном объеме от одного из солидарных должников (п. 1 ст. 323 ГК). Допустим, что к одному наследнику перешло наследственное имущество стоимостью, соответствующей 20% долга умершего, а другому — остальное имущество стоимостью, превышающей размер всех долгов умершего. Следовательно, кредитор вправе потребовать с первого наследника только 20% долга, а не полностью, со второго в полном объеме либо в оставшемся размере 80% долга и меньше. Если с первого наследника будет получено 20% долга, то с второго наследника можно получить только 80% долга. Таким образом, здесь наблюдается неподлинная солидарная обязанность, которая не является уникальным явлением и может возникать и в других случаях. Эта ограниченная солидарная обязанность (*ограниченный солидаритет*) является одним из подвидов солидаритета при множественности лиц в обязательстве на стороне должника.

(в) К изложенному можно добавить один, правда, тоже вполне очевидный нюанс, связанный с типическим риском поручителя. Смерть должника не только влечет риски неполучения поручителем возмещения своих издержек в полном объеме, но и организационные риски, увеличивающиеся вследствие суброгации и усугубляющиеся наследованием. Поскольку суброгация является переменной лица в обязательстве, поручитель рискует тем, что не уведомленные о пере-

ходе по суброгации права наследники могут произвести исполнение первоначальному кредитору, что в силу п. 3 ст. 382 ГК рассматривается в качестве надлежащего исполнения ими обязательства. Конечно, это обстоятельство не оставляет поручителя ни с чем, ибо на основании п. 3 ст. 389.1 ГК первоначальный кредитор обязан передать поручителю все полученное от наследников в счет перешедшего по суброгации требования. Тем не менее неплатежеспособность кредитора может привести к фатальным для поручителя последствиям. Следовательно, поручителю следует озаботиться, чтобы наследники должника были уведомлены кредитором о суброгации. Для этого ему желательно при исполнении своего обязательства в пользу кредитора приискать доказательства такого уведомления либо получить его в письменном виде от кредитора и самостоятельно доставить наследникам, зафиксировав восприятие этого юридически значимого сообщения наследниками или обеспечив действие фикции доставки уведомления (п. 1 ст. 165.1 ГК). Согласно судебной практике, сообщение, адресованное гражданину, должно быть *направлено* по адресу его регистрации по месту жительства или пребывания либо по адресу, который гражданин указал сам (например, в тексте договора), либо его представителю¹. На самом деле, как указано выше, поручитель должен не просто убедиться в том, что уведомление о перемене лица в обязательстве было направлено, а в том, что оно *доставлено или считается доставленным*, причем каждому из наследников. Сложность здесь заключается в том, что поручитель может испытывать информационный дефицит, поскольку ни личность наследников, ни тем более их адреса ему могут быть неизвестны. Например, если за предпринимателя поручился его партнер по бизнесу, то родственники покойного или наследник из числа других лиц ему могут быть просто неизвестны. Стало быть, эти риски поручителю необходимо нивелировать организационными средствами. В этом ему может поспособствовать институт нотариата. Согласно ст. 63 Основ законодательства о нотариате нотариус по месту открытия наследства принимает претензии от кредиторов наследодателя. Претензии должны быть предъявлены в письменной форме. Нет препятствий для того, чтобы данная претензия была соединена с уведомлением о переходе права по суброгации.

(г) Абзац второй выбивается из систематики изложения материала вследствие несистемного заимствования прежнего разъяснения. Он опять возвращается к отношениям между кредитором и поручителем

¹ См. п. 63 Постановления № 25.

в связи со смертью должника в основном обязательстве. При этом следующий – третий – абзац опять обращается к отношениям поручителя по основному обязательству, а не с кредитором.

Содержательно он представляет собой почти точную цитату из прежнего разъяснения для арбитражной практики¹. А по существу он отчасти излагает ту же самую мысль, что уже высказана в предыдущем пункте в отношении полного объема ответственности поручителя, только формулируя ее от обратного. Полный объем ответственности поручителя в контексте правового режима ответственности наследников как раз и означает, что поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества. При этом, как уже указывалось выше, такая полнота относительна, поскольку зависит от условий договора поручительства. Иными словами, полнота ответственности поручителя определяется размером его обязательства по договору поручительства, который может быть меньше размера обязательства должника.

Этот фрагмент, если он вообще был нужен, следовало бы изложить в качестве абзаца третьего предыдущего пункта.

В сухом остатке данное разъяснение ничего нового не добавляет, подтверждая ранее выработанную в арбитражной практике правовую позицию, которая была воспринята в законодательстве.

Вместе с тем следует повторить, что, несмотря на внешнюю категоричность суждения Пленума, равно как и закона, данное положение является диспозитивным, т.е. договор поручительства может предусматривать уменьшение обязанности поручителя пропорционально стоимости наследственного имущества, равно как и другие последствия смерти должника, не противоречащие закону. При этом такое условие договора не означает, что поручитель может требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства в техническом смысле. Никакого субъективного обязательственного требования у поручителя, конечно же, нет. Недостаточность наследственного имущества наряду с фактом открытия наследства является тем сложным юридическим составом, который определяется отменительным условием в договоре поручительства. Наступление этого условия отменяет сделку поручительства в части соответствующего размера обязательства поручителя. Указанная квалификация позволит

¹ См. предложение второе абзаца третьего п. 20 Постановление № 42.

защитить интересы кредитора, согласившегося на такое рискованное условие в договоре поручительства, в случае если поручитель будет недобросовестно содействовать наступлению условия (п. 3 ст. 157 ГК), например уьет должника.

(д) В последнем (третьем) абзаце Пленум обращается к наследственной тематике, непосредственного отношения к поручительству не имеющей, поскольку данные разъяснения касаются любого кредитора наследственной массы. Ранее таких разъяснений судебной практике известно не было.

Наследственным отношениям издавна известно некоторое затруднение, связанное со случаем, когда лежащее наследство (*hereditas jacens*) вследствие некоторых юридических фактов и правовых состояний некому принять. Это приводит к нежелательному для гражданского права последствию, когда имущество оказывается бессубъектным, выпадает из оборота, а права кредиторов и законные интересы некоторых должников наследодателя оказываются нарушенными. Поэтому правопорядок находит решение этой проблемы посредством введения понятия выморочного имущества (*bona vacantia*) и фингирования наследника в лице соответствующих публично-правовых образований.

Исторически выморочное имущество образовывалось вследствие того, что вся семья, т.е. круг наследников, вымирала, а потому наследовать было некому. В современном обществе причины возникновения выморочного имущества более разнообразны, хотя термин остался прежним.

Разъяснение Пленума сводится почти к точному цитированию фрагмента п. 1 ст. 1151 ГК с добавлением к нему суждения, что *требования поручителя удовлетворяются за счет выморочного имущества*. В этом и заключается все разъяснение данного абзаца. Собственно, прийти к другому выводу было бы затруднительным, поскольку исполнивший свое обязательство поручитель является кредитором умершего, а тот факт, что он выступал его поручителем, коль скоро суброгация состоялась, никакой специфики не добавляет. Трудно представить, какие аргументы могли бы привести к мысли о том, что все кредиторы умершего имеют право удовлетворять свои требования за счет выморочного имущества, а суброгационный кредитор (поручитель) не имеет.

(е) Выражение Пленума о том, что требования поручителя удовлетворяются *за счет выморочного имущества*, требует уточнения в том смысле, что поручитель не имеет прав в отношении указанного имущества. Также нет оснований для вывода о том, что удовлетворение

требований поручителя в этом случае производится после реализации публично-правовым образованием данного имущества. Закон такой терминологией не оперирует и оснований для подобных представлений не дает. Специальный публичный субъект наследования относится к числу наследников по закону¹ и отвечает по долгам умершего точно так же, как и другие наследники, — в пределах выморочного имущества, которое переходит по наследству (п. 1 ст. 1175 ГК). Поэтому следует считать, что использованное Пленумом выражение «за счет» имеет значение «в пределах».

37. В случае смерти поручителя либо объявления его умершим обязанными по договору поручительства являются наследники поручителя, которые отвечают перед кредитором солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (пункт 1 статьи 1175 ГК РФ). Договором поручительства может быть предусмотрено, что наследники поручителя не отвечают по долгам поручителя.

При разрешении споров между кредитором и наследниками поручителя об исполнении поручительства бремя доказывания отказа от наследства или факта принятия иным наследником, состава и стоимости перешедшего к наследникам наследственного имущества лежит на наследниках поручителя (статья 56 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ) и статья 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ).

(а) Если в двух предыдущих пунктах обсуждалось такое печальное событие, как смерть должника в основном обязательстве, то в комментируемом пункте Пленум обращается к *mortis casus* поручителя. На самом деле какой-то специфики универсального преемства по долгам именно поручителя российскому праву неизвестно. Несмотря на обеспечительную каузу данной сделки, наследники поручителя отвечают по его долгу так же, как и по любому другому долгу, который не прекращается смертью должника. Поскольку обязанность поручителя сводится к платежу в пользу кредитора, никакой неразрывной связанности обязательства с личностью должника здесь не имеется, ибо платить способен каждый дееспособный.

Образование множественности наследников поручителя может приводить к возникновению ограниченного солидаритета на тех же основаниях, на которых он может возникать в случае смерти любого

¹ См. абзац первый п. 28 Постановления № 9.

должника, в том числе должника в основном обязательстве (см. п. «б» комментария к п. 36 [Постановления](#)).

(б) В предложении первом абзаца первого комментируемого пункта Пленум формулирует частично купированную цитату из прежнего разъяснения¹ о *солидарной ответственности наследников поручителя в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества*, добавляя к ней указание на распространение п. 1 ст. 1175 ГК также и на случай объявления поручителя умершим. В отношении этого добавления актуальным является п. «г» комментария п. 35 [Постановления](#).

(в) Как уже было упомянуто выше, прежнее разъяснение было купировано в предложении первом. Из предложения же второго рассматриваемого разъяснения следует, что оно было несколько изменено, что дает повод для некоторых рассуждений.

Если ранее общее правило о соответствующих обязательствах наследников было снабжено оговоркой, что оно действует, *если иное не предусмотрено договором поручительства*, то действующее разъяснение сформулировано несколько иначе. Договором поручительства может быть предусмотрено, что наследники поручителя не отвечают по долгам поручителя. Ясно, что первое суждение шире, чем второе. Означает ли рассматриваемое изменение в формулировках намерение Пленума ограничить свободу договора, с тем чтобы не допустить никаких иных договоренностей кредитора и поручителя, кроме как исключение обязательств наследников?

С уверенностью ответить на этот вопрос не представляется возможным. Согласно п. 1 ст. 1175 ГК наследники, принявшие наследство, отвечают по долгам наследодателя солидарно (ст. 323). Каждый из наследников отвечает по долгам наследодателя в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества. Как видно, технически норма может интерпретироваться как императивная. С теоретической точки зрения, однако, имеются основания считать, что ее императивность должна быть ограниченной. Оставляя в стороне другие области возможного изменения данной нормы условиями сделки, обратимся лишь к тематике настоящего комментария — условиям договора поручительства. При этом необходимо проводить дифференциацию между изменением указанной нормы и изменением либо прекращением договора поручительства до правопреемства.

Когда договор поручительства предусматривает, что наследники не отвечают по долгам поручителя, что Пленум считает допустимым,

¹ См. предложение первое абзаца четвертого п. 20 [Постановления № 42](#).

это означает по существу, что договор поручительства предусматривает условие о его прекращении вследствие смерти поручителя. Иное просто невозможно помыслить, ибо если наследники по обязательству не отвечают, а поручитель умер, то сохранение обязательства означало бы его бессубъектность, ибо при всем желании умерший поручитель отвечать по обязательству не может. Иными словами, данное положение означает, что перечень оснований прекращения поручительства, предусмотренный ст. 367 ГК, не является исчерпывающим. Но никакого суждения о пределах диспозитивности п. 1 ст. 1175 ГК отсюда вывести нельзя. Попутно можно заметить, что из этого разъяснения Пленума следует, что диспозитивным является п. 1 ст. 418 ГК, согласно которому обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника. Он также не содержит реквизита диспозитивности, но разъяснение Пленума, по крайней мере в отношении обязательства поручителя, подтверждает его диспозитивность. Последнее не должно вызывать сомнений, поскольку стороны являются хозяевами своего обязательства и согласно п. 1 ст. 407 ГК могут предусмотреть договором не предусмотренное законом основание прекращения обязательства.

Коль скоро стороны могут предусмотреть, что смерть поручителя влечет прекращение его обязательства, согласно *argumentum a fortiori*, они могут предусмотреть и меньшее последствие, например изменение объема обязательства поручителя. Скажем, не усматривается каких-то возражений против того, что кредитор и поручитель договорятся на случай смерти последнего, что его обязательство перестанет обеспечивать ответственность должника в основном обязательстве и станет ограниченным только суммой долга. Однако едва ли стоит препятствовать и договоренности об отмене установленного договором ограничения объема обязательства поручителя на случай его смерти. Если, к примеру, договор предусматривал, что поручитель отвечает только за сумму основного долга, но в случае его смерти готов ответить полностью, то такое условие ничему не противоречит. Ведь кредитор и поручитель могли бы достичь такой договоренности за секунду до смерти поручителя, а потому нет необходимости сковывать свободу их воли и для названного случая. Интересы наследников всегда защищены их правом не принимать наследство.

Договор поручительства не может предусматривать, что наследники обязаны отвечать перед кредитором сверх пределов стоимости пере-

шедшего к каждому из них наследственного имущества. Такому условию договора препятствует принцип автономии воли в гражданском праве, а также принцип относительности обязательства.

Но нет никаких препятствий определить договором поручительства, что, например, обязательства наследников поручителя ограничиваются половиной стоимости перешедшего каждому из них наследственного имущества.

Изложенное показывает, что суждение Пленума не следует рассматривать как исключительную договорную возможность кредитора и поручителя, а произведенное им купирование едва ли обоснованно.

(г) Несмотря на то что в **Постановлении** выделен отдельный раздел, посвященный процессуальным вопросам, в абзаце втором комментируемого пункта Пленум обращается к тематике *бремени доказывания* в контексте наследования имущества поручителя. Прежнему разъяснению такого суждения известно не было.

Здесь выделяется четыре факта, бремя доказывания которых лежит на наследниках поручителя: 1) отказ от наследства; 2) принятие наследства иным наследником; 3) состав наследства; 4) стоимость наследства. Эти факты могут приводить к отказу в иске полностью (п. 1) и 2)), либо частично (п. 3) и 4)). Строго говоря, какой-то специфики здесь не наблюдается, поскольку действуют общие правила об *onus probandi*: соответствующие обстоятельства должен доказать тот, кто на них ссылается. Последнее подтверждается тем, что нормативным основанием для сделанного вывода являются общие нормы процессуального права о бремени доказывания, на которые ссылается Пленум (ст. 65 АПК и ст. 56 ГПК). В этих нормах ничего о наследниках не сказано.

Вместе с тем вызывает удивление, почему ровно такое же разъяснение не приведено в отношении спора между поручителем, исполнившим обязательство, и наследниками должника, а относится только к наследникам поручителя. Ясно, что подход не может быть различным.

В более широком контексте необоснованным является определение как предмета спора (*исполнение поручительства*), так и перечня обстоятельств, подлежащих доказыванию наследниками. Дело в том, что наследники могут, например, оспаривать договор поручительства, что лишь с натяжкой можно подвести под понятие спора об исполнении поручительства. Но для обоснования своей легитимации на иск наследник обязан выполнить соответствующее бремя доказывания, а именно что он является стороной договора поручительства. При этом ему придется доказывать не перечисленные в разъяснении факты,

а другие, в частности, то, что он принял наследство и является преемником поручителя. Помимо этого, на наследниках при рассмотрении спора об исполнении поручительства лежит и другое бремя, когда их возражения основаны не на факте наследования, а на отношениях между кредитором и поручителем или на отношениях между кредитором и должником. В частности, наследники, так же как это мог бы делать умерший поручитель, вправе выдвигать возражения, которые мог бы выдвинуть должник, и в этом отношении также должны выполнить соответствующее бремя доказывания.

(д) Пленум упускает возможность в комментируемом пункте отметить, что ответственность наследников может быть иной, если договором поручительства предусмотрен субсидиарный характер ответственности поручителя. Это восполняется в следующем пункте (см. п. «г» комментария к п. 38 *Постановления*).

(е) Пленум не воспринял ранее сформулированную для арбитражных судов правовую позицию о характере ответственности наследников поручителя. Ею предусматривалось, что к отношениям наследников поручителя между собой и с кредитором подлежат применению правила о совместно выданном поручительстве¹. Если приведенная правовая позиция была отброшена вследствие того, что она ошибочно указывала, что совместный характер отношений по поручительству должен распространяться и на отношения с кредитором, то это не самый лучший метод разрешения проблемы. Действительно, совместный характер поручительства не может влиять на права кредитора, ибо он относится по самому своему назначению к отношениям между поручителями. Вместе с тем можно было бы исключить только этот ошибочный фрагмент, но оставить разъяснение о совместном характере поручительства наследников. Тем не менее не воспринято все указанное разъяснение.

В данном случае трудно предположить, что это купирование может объясняться банальностью вопроса. Отнюдь нет, совместный характер поручительства и его последствия до сих пор вызывают сложности у судов, что можно усмотреть даже по практике экстракассации, периодически выявляющей и исправляющей ошибки нижестоящих судов по этому вопросу. Следовательно, на первый взгляд может показаться, что Пленум не считает, что к наследникам поручителя подлежат применению правила о совместном поручительстве. Но тогда следует определить, какие же правила подлежат применению?

¹ См. предложение второе абзаца четвертого п. 20 *Постановления* № 42.

Вроде бы остаются два возможных варианта: правила о раздельном поручительстве или общие правила о солидарных обязательствах.

Режим раздельного поручительства, видимо, сразу же следует отбросить, поскольку он не может соответствовать воле наследников. Ни один из них не договаривался с кредитором отвечать по основному обязательству в полном объеме единолично. Иной подход расходился бы и с предполагаемой волей наследников, ибо раздельность поручительства вообще не должна предполагаться, а уж в отношении наследников и подавно.

Если к ответственности наследников, согласно подходу Пленума, следует применять правила о солидаритете, возникнет вопрос в отношении должника в основном обязательстве. Общие положения о солидарных обязательствах не предусматривают суброгационных эффектов; это означает, что к исполнившему свое обязательство перед кредитором наследнику не переходит право требования к должнику в основном обязательстве. Но такой подход повлечет дискриминацию выступающих коллективным поручителем наследников по сравнению с обычными поручителями. Последнее противоречит конституционному принципу равенства. Стало быть, Пленум не мог это иметь в виду.

Наследники поручителя не перестают быть поручителями только потому, что их долг является следствием универсального преемства. Они не становятся просто солидарными должниками по денежному обязательству с абстрактной каузой. Но солидарность поручительства наследников осложняется ограниченным характером такой солидарности.

Возможно, отказ от прежней правовой позиции и был обусловлен ограниченным солидаритетом, который может приводить к возникновению соответствующих особенностей, нехарактерных для обычного совместного поручительства. Это действительно так, хотя и не всегда. Но данное соображение является основанием для учета этих особенностей, а не для отказа от самого совместного поручительства полностью. Быть может, отказ от обсуждаемой правовой позиции был вызван тем, что ограниченный характер ответственности наследников настолько искажает базовую модель совместного поручительства, что данные отношения следует относить к особому феномену, не тождественному совместному поручительству. Однако следует ли нарушать принцип «бритвы Оккама»? Также нельзя исключать, что Пленум исходил из того, что изложить указанные особенности исчерпывающим образом затруднительно, а потому оставил их выявление и применение

нижестоящим судам, но не имел в виду отказаться от концепции совместного характера поручительства наследников. Эта версия является предпочтительной, поскольку позволяет найти непротиворечивое решение, изложенное ниже.

За общий принцип можно принять такое суждение: к отношениям наследников поручителя между собой подлежат применению правила о совместно выданном поручительстве с учетом особенностей ограниченной ответственности наследников (*ограниченное совместное поручительство*).

В некоторых случаях ограниченная солидарность никак не проявится вообще. Это касается таких ситуаций, когда стоимость наследственного имущества достаточна для погашения требования кредитора в полном объеме. Здесь режим совместного поручительства срабатывает обычным образом и никаких уточнений не требует. Если один из наследников уплатил по требованию кредитора некоторую сумму, то в этой части к нему по суброгации переходит требование к должнику в основном обязательстве. Если уплаченное превышает падающую на такого наследника сумму, он по общим правилам о солидаритете имеет право регрессного требования к остальным наследникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого. Как уже было обосновано выше, предоставление регрессного требования, только когда совместный поручитель уплатил больше падающей на него доли, теоретически необоснованно (*см. п. «в» комментария к п. 15 Постановления*).

Если кредитор предъявил требования к одному или нескольким наследникам, когда стоимость перешедшего наследственного имущества меньше требования кредитора, последний не вправе получить с них больше, чем стоимость такого имущества (п. 1 ст. 1175 ГК). Точно так же, если регрессное требование наследника превышает стоимость наследственного имущества регрессного должника (другого или других наследников), оно подлежит удовлетворению в размере, равном этой стоимости. Последнее может приводить к изменению общего правила о равенстве долей в отношениях между солидарными должниками (наследниками), что вполне соответствует правилам п. 2 ст. 325 ГК, поскольку это правило применяется, если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками, что в данном случае как раз и имеет место.

(ж) Распределению правовых позиций, связанных с наследованием, по пунктам недостает аналитической полноты и системности, поэтому в комментируемом пункте ничего не сказано о последствиях

образования выморочного имущества после смерти поручителя, но в отношении смерти должника такое разъяснение имеется. Естественно, подходы здесь должны быть идентичны.

38. Если на момент разрешения спора о взыскании задолженности по основному обязательству умер как должник, так и поручитель либо должник и поручитель объявлены умершими, наследники должника отвечают перед кредитором солидарно в пределах стоимости перешедшего к каждому из них наследственного имущества, а наследники поручителя – солидарно или субсидиарно по отношению к наследникам основного должника в зависимости от условий договора поручительства в пределах стоимости перешедшего к каждому из них наследственного имущества (статья 365 и пункт 1 статьи 1175 ГК РФ).

(а) В комментируемом пункте Пленум обращается к совсем уже трагической ситуации для кредитора, когда умирают и должник, и поручитель. От следующего пункта можно было бы ожидать описания несчастья с кредитором, но нет, там накал негатива снижается. Прежняя судебная практика таких случаев не касалась.

Трудно понять, зачем вообще понадобился этот пункт, поскольку логически он должен представлять собой соединение правовых позиций п. 36 (смерть должника) и п. 37 (смерть поручителя). Конечно, юриспруденция – это не арифметика, и соединение некоторых обстоятельств может приводить к таким последствиям, что результат не будет выглядеть простой суммой этих обстоятельств, порождая качественно отличающееся явление. Но в данном случае никаких особенностей не наблюдается; применяются те же принципы – ограниченная солидарность как в отношении наследников должника, так и в отношении наследников поручителя. Казалось бы, никаких отличий от предыдущих двух пунктов в данном пункте не должно обнаружиться, ибо он является их повтором, но тем не менее их можно усмотреть, и они подлежат анализу.

(б) Данный пункт начинается с уточнения, что разъяснение применяется, если указанные в нем обстоятельства имеют место *на момент разрешения спора о взыскании задолженности по основному обязательству*.

Интересно, что предыдущие пункты такой оговорки не содержали. Она представляется излишней, и принимать ее во внимание не следует. Дело в том, что правильная юридическая квалификация отношений необходима во всех случаях рассмотрения споров, а не только в назван-

ном случае. Это уточнение имело бы смысл, если в принципе можно было бы помыслить обратное. Последнее же логически невозможно, ибо, если на момент рассмотрения спора ни должник, ни поручитель не умерли, говорить об ответственности наследников не приходится. Иными словами, данная оговорка не отвечает принципу фальсифицируемости Поппера. Судьи, которым адресовано комментируемое разъяснение, в принципе не могут учитывать обстоятельства, которые еще не произошли на момент рассмотрения спора. Равным образом они не должны игнорировать релевантные юридические факты, которые имеют место к указанному моменту. Помимо этого, данное разъяснение в части режима ответственности наследников справедливо и в том случае, если смерть должника или поручителя настигла их уже после разрешения спора, завершившегося соответствующим взысканием (в пользу кредиторов либо поручителя или их наследников). Ведь в таком случае должна последовать замена стороны в исполнительном производстве, а условия материального права не изменяются.

Кроме того, указанные Пленумом выводы подлежат применению при рассмотрении любого соответствующего спора, для которого смерть должника и смерть поручителя имеют правовое значение, а не только при рассмотрении спора *о взыскании задолженности по основному обязательству*. Например, разве не следует применять правило об ограниченном солидаритете наследников при взыскании причитающегося кредитору по договору поручительства? Или, наоборот, имеет ли значение правовой режим наследников поручителя при взыскании кредитором причитающегося только с должника по основному обязательству? Какое значение имеет характер ответственности наследников поручителя, если Пленум ведет речь о взыскании задолженности по основному обязательству? Вопросы, конечно, риторические.

(в) По буквальному тексту комментируемого пункта, содержащееся в нем суждение о режиме ответственности соответствующих наследников подлежит применению, если должник и поручитель умерли либо если должник и поручитель объявлены умершими. Для предупреждения торжества любителей казуистики надо уточнить, что все то же самое применимо, если один из них умер, а другой объявлен умершим. Это очевидно и потому не требует обоснования.

(г) Пленум отмечает, что перед кредитором наследники поручителя отвечают солидарно или *субсидиарно* по отношению к наследникам основного должника в зависимости от условий договора поручительства. Почему то же самое не сказано в п. 37, посвященном смерти поручителя, остается загадкой. Ясно, что при наследовании долга

по обязательству, имеющему субсидиарный характер, эта обязанность не может измениться при ее переходе к другим должникам. Обязанность переходит в том виде, в котором она была у предшественника, не меняя своих характеристик.

При этом правильно говорить о том, что наследники поручителя по такому виду договора поручительства субсидиарно несут ограниченную солидарную обязанность. По отношению к наследникам должника их обязанность субсидиарная, а во взаимоотношениях между собой перед кредитором их обязанность ограниченно солидарная. Иными словами, если кредитор предъявил требование к наследникам должника и не получил удовлетворения, в дальнейшем он вправе предъявлять требования к наследникам должника как солидарным должникам, но с ограничением их обязанностей стоимостью наследственного имущества, перешедшего к каждому наследнику.

Здесь же надо добавить, что точно такой же режим ответственности наследников поручителя имеет место не только перед кредитором, как указывает Пленум, но и перед исполнившим обязательство поручителем, равно как и перед наследниками кредитора.

Кроме того, хотя Пленум упоминает о субсидиарном обязательстве только применительно к ответственности наследников поручителя, такой же характер обязательства может иметь место и в случае смерти должника в основном обязательстве, если последнее имело субсидиарный характер. Например, если поручительством обеспечено обязательство, в котором состоялся кумулятивный перевод долга с условием о субсидиарной ответственности первоначального должника (п. 3 ст. 391 ГК), то его наследники субсидиарно несут ограниченную солидарную обязанность.

Итак, подводя итог нашим уточнениям, можно заметить, что, взявшись описывать режим ответственности наследников, надо было это делать либо абстрактно, либо уж перечислять все возможные вариации. Другое дело, зачем это вообще надо было делать, учитывая, что все такие описания, будь они полными или, как получилось, фрагментарными, ничего к действующему регулированию не добавляют.

(д) В качестве нормативного обоснования своего суждения Пленум приводит п. 1 ст. 1175 и ст. 365 ГК. Если первое законоположение действительно имеет отношение к делу, поскольку именно оно устанавливает правило об ограниченной солидарной ответственности наследников должника, то ст. 365 ГК, которая регулирует права поручителя, исполнившего обязательство, к описанным Пленумом обстоятельствам не имеет никакого отношения. Если имелось в виду

дать ссылку, обосновывающую особенности субсидиарного характера поручительства, то здесь пригоден п. 1 ст. 363 ГК.

Что касается приведенной статьи 365 ГК, то ее п. 1 еще как-то мог бы относиться к рассматриваемым отношениям, если бы речь шла о предъявлении поручителем, исполнившим обязательство, иска к наследникам должника в основном обязательства, но в разъяснении этот фрагмент как раз не описывается, если только не понимать под выражением «отвечают перед кредитором» также ответственность перед суброгационным кредитором, т.е. перед поручителем, исполнившим свое обязательство. Однако последнее логически невозможно, поскольку в этом же предложении по контексту ясно, что речь идет об ответственности перед кредитором наследников поручителей. А предъявление умершим суброгационным кредитором иска к своим наследникам немислимо. Если же рассмотреть ситуацию, когда один из наследников поручителя исполнил обязательство и предъявляет иск к другому наследнику, то и здесь ст. 365 ГК неприменима, поскольку такой иск основан на регрессе, а не на переходе прав к другим поручителям.

Остается признать, что ссылку на ст. 365 ГК следует игнорировать, ибо она к рассматриваемой ситуации не подходит. Единственный вариант, где она будет уместна, — это предъявление иска исполнившим обязательство наследником поручителя к должнику, поскольку к нему право требования переходит по суброгации.

(е) В связи с наследованием и поручительством действительно возникает потребность в разъяснении в отношении как минимум одного вопроса, которого Пленум как раз не затронул. Речь идет о регрессных требованиях наследников поручителя друг к другу и ограниченной ответственности наследников. Приведем пример: допустим, кредитор получил исполнение от одного из наследников поручителя в полном объеме. Вычтя свою долю, наследник (сопоручитель) обращается с регрессным требованием к другому наследнику, однако стоимость перешедшего к нему наследственного имущества меньше падающей на него доли. Здесь и встает вопрос о распространении правила об ограниченной ответственности наследников на разверстку долей поручителей между собой. Формально-юридически регрессное требование сопоручителя-наследника является новым, т.е. возникшим после смерти поручителя. Оно не являлось и не могло являться требованием к умершему. Стало быть, данное требование не подпадает под гипотезу нормы ст. 1175 ГК, которая оперирует понятием ответственности *по долгам наследодателя*. Иными словами, обязанность регредента к долгам

наследодателя не относится, а потому ограниченная ответственность наследника здесь не применяется.

В таком случае на первый взгляд один из наследников обязан будет уплатить больше, чем полученное по наследству имущество, т.е. из своих средств, что расходится с принципом ограничения ответственности при наследовании и вступает в противоречие с принципом справедливости. Но это не так. Дело в том, что в данном случае не действует правило о равных долях при солидаритете, поскольку п. 2 ст. 325 ГК допускает, что оно не применяется, если иное вытекает из отношений между солидарными должниками. Доля в разверстке унаследовавшего имущество меньшей стоимости не равна доле унаследовавшего имущество большей стоимости. Здесь применяется принцип *pro rata*, т.е. размер долгов наследников поручителя в их отношениях между собой определяется пропорционально. Прибегать к специальному правилу об ограниченной ответственности нет необходимости, поскольку справедливое распределение финансового бремени между наследниками достигается иным юридическим средством. Права другого наследника на собственное донаследственное имущество не затрагиваются, поскольку он удовлетворил требование кредитора за счет унаследованного имущества, а не за счет своего.

Такой же вопрос может возникать и в связи с разверсткой между наследниками должника в основном обязательстве, но это уже не связано с поручительством. Тем не менее решение должно быть одинаковым в обоих случаях.

39. Признание должника по основному обязательству недееспособным, ограниченным в дееспособности или безвестно отсутствующим в судебном порядке не прекращает поручительство. Поручитель отвечает перед кредитором по обязательству должника, признанного решением суда недееспособным, ограниченным в дееспособности или безвестно отсутствующим, в полном объеме независимо от возможности погашения обязательства должника за счет его имущества.

В случае исполнения основного обязательства поручителем он вправе взыскать причитающееся ему в порядке суброгации за счет имущества лица, признанного недееспособным либо безвестно отсутствующим, с учетом правил, установленных статьями 30, 37 и 43 ГК РФ.

(а) Если ранее Пленум обращался к случаю прекращения правоспособности гражданина, то в комментируемом пункте речь идет о менее радикальном воздействии превратности судьбы на правовое положение

гражданина. В абзаце первом выделяется три правовых состояния, воздействующих на правовой статус должника в основном обязательстве: 1) недееспособность; 2) ограниченная дееспособность; 3) безвестное отсутствие. Эти состояния (далее также — специальные или особые статусы) образуются вследствие сложного юридического состава, который складывается при наличии установленных в законе 1) фактических обстоятельств, включая действия самого должника, и 2) соответствующего решения суда. Прежним правовым позициям, в том числе для арбитражных судов, такого разъяснения известно не было, — видимо потому, что оно следует из буквы закона, и для какой-то неопределенности, требующей устранения, оснований не имеется.

Пленум уточняет, что признание должника находящимся в одном из названных правовых состояний осуществляется *в судебном порядке*. Это уточнение верное, однако излишнее, ибо никто не может быть признан недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим иначе как по решению суда. Это следует из соответствующих норм ГК.

Итак, при выполнении гипотезы, т.е. при впадении гражданина хотя бы в одно из названных правовых состояний, действует диспозиция, установленная Пленумом: поручительство не прекращается. Этот вывод следует из закона, поскольку ни специальными нормами о прекращении поручительства (ст. 367 ГК), ни нормами, посвященными указанным правовым состояниям (ст. 29–40 ГК), ни общими положениями о прекращении обязательства (гл. 26 ГК) такого основания прекращения обязательства не предусмотрено. К этому надо добавить, что и основное обязательство не прекращается.

(б) Наступление названных правовых состояний нередко является неожиданным для поручителя событием. Оно может повлечь увеличение риска поручителя, поскольку эти состояния способны оказать негативное воздействие на последующее имущественное благосостояние должника. Например, он может утратить заработок или доход от предпринимательской деятельности, оказаться в тяжелом материальном положении, нахождение его имущества может оказаться неизвестным и т.п. Однако каждый поручитель, выдавая поручительство за гражданина, должен понимать, что наступление таких правовых состояний должника является вероятностным событием. Поручитель несет риск наступления названных последствий, поскольку он несет и больший риск — тотальной несостоятельности должника.

В этом аспекте вполне справедливым и основанным на законе выглядит разъяснение Пленума о том, что наступление рассматриваемых

правовых состояний никак не влияет на объем обязательства поручителя, который не зависит от возможности погашения обязательства должника за счет его имущества. Пленум буквально говорит о том, что поручитель *отвечает в полном объеме*, но понимать это надо в том смысле, что поручитель отвечает в объеме, предусмотренном законом и договором, поскольку последний может и ограничивать объем обязательства по отношению к объему обязательства должника в основном обязательстве. Но для поручителя полнота объема сохраняется, хотя бы вследствие наступления названных состояний имущество должника окажется недостаточным для погашения его обязательства как перед кредитором, так и перед поручителем, когда он исполнит свое обязательство. Поэтому данное выражение следует понимать в том смысле, что объем обязательства поручителя в связи с наступлением таких обстоятельств не изменяется.

Указание Пленума об ответственности поручителя в полном объеме не следует воспринимать в том смысле, что впадение должника в рассматриваемые состояния вовсе не может повлиять на размер обязательства поручителя. Вследствие негативного действия акцессорной трансляции в некоторых случаях объем обязательства поручителя не будет увеличиваться. Например, неисполнение обязательства должником, впадшим в недееспособность, может являться основанием для признания отсутствия его вины в просрочке, что будет означать отсутствие гражданско-правовой ответственности. Коль скоро должник не несет ответственности в том или ином объеме, несмотря на объективную просрочку, то и поручитель не имеет обязанности в этом объеме, хотя она была бы, если бы должник не оказался в соответствующем состоянии.

Вывод Пленума о том, что поручитель отвечает перед кредитором по обязательству должника в полном объеме *независимо от возможности погашения обязательства должника за счет его имущества*, на самом деле является применимым к любым отношениям по поручительству. Иными словами, нерелевантно, почему у должника отсутствует возможность погашать свое обязательство. Коль скоро последнее сохраняется, недостаточность имущества должника поручительства не прекращает и в тех случаях, когда его правовой статус остается неизменным. Это корреспондирует с другим суждением Пленума о том, что недостаточность у поручителя имущества для исполнения договора поручительства на момент его заключения сама по себе не может служить основанием для признания договора поручительства недействительным (см. п. 48 *Постановления*). Если изначальная недостаточность

имущества поручителя не порочит договора, то и недостаточность имущества должника, в том числе подвергнувшегося названным состояниям, не имеет юридического значения.

(в) Как и в других многочисленных случаях, необходимо уточнить, что выражение Пленума о том, что *поручитель отвечает перед кредитором по обязательству должника*, не следует воспринимать буквально, ибо поручитель отвечает по своему обязательству, а не по обязательству должника.

(г) В абзаце втором комментируемого пункта Пленум ориентирует суды на применение некоторых статей об особом статусе рассматриваемых субъектов в случае предъявления к ним требования поручителем по суброгации. Видимо, этот акцент сделан для того, чтобы не было никаких сомнений в соблюдении прав поручителя, который предъявляет требование, перешедшее к нему от кредитора по суброгации. Но это, конечно, не означает, что специальный статус должника не должен учитываться при предъявлении к нему требования кредитора, а не поручителя. Вместе с тем надо прямо сказать, поскольку Пленум этого не делает, как в абзаце первом, что учет особого статуса должника не означает уменьшение объема его обязательства: он по-прежнему отвечает на условиях, предусмотренных основным обязательством.

В рассматриваемом абзаце также не обошлось без неточностей. Во-первых, Пленум опять говорит об *исполнении основного обязательства поручителем*; повторим и мы, что это не так (см. п. «в» выше). Во-вторых, перечисляя особые статусы должника, Пленум упустил ограниченно дееспособных лиц, хотя и ссылается на посвященную им статью 30 ГК. При этом он назвал недееспособных лиц, но не ссылается на ст. 29 ГК, относящуюся к последним. Думается, что отыскивать здесь скрытые смыслы не стоит, ибо для них просто нет правовых оснований.

Также, видимо, не следует придавать особого значения указанию на право поручителя *взыскать* причитающееся. И кредитор, и поручитель, как представляется, несмотря на особый статус должника, вправе потребовать исполнения его обязательства и получить от него исполнение и во внесудебном порядке. Здесь бы как раз и понадобились некоторые уточнения в том смысле, что опекуны и попечители обязаны действовать в определенном порядке. Вместе с тем исполнение обязательств лицами с особым статусом является общим вопросом, который для поручительства не имеет специфики.

Кроме того, никакого права взыскать причитающееся по суброгации у поручителя, конечно, не будет, если кредитор уже взыскал причи-

тающееся ему с должника в основном обязательстве, но не получил реального удовлетворения, а поручитель произвел исполнение своего обязательства позднее. В этом случае у поручителя появляется право потребовать процессуальной замены истца или взыскателя в исполнительном производстве.

Выбор Пленумом перечисленных статей ГК, которые необходимо учитывать в случае исполнения в пользу поручителя (а на самом деле и в пользу кредитора), кажется не вполне точным. Помимо уже указанного выше пропуска ст. 29 ГК, едва ли верно не принимать во внимание и другие нормы, посвященные трем категориям граждан с особым статусом. Например, надо полагать, следует учитывать не названный Пленумом пункт 2 ст. 31 ГК, согласно которому опекуны и попечители выступают в защиту прав и интересов своих подопечных в отношениях с любыми лицами, в том числе в судах, без специального полномочия. Примеры можно продолжать, но в этом нет необходимости, поскольку методологически и так понятно, как устранить названную неточность разъяснения.

(д) Комментируемое разъяснение не касается вопроса о несовершеннолетних, включая малолетних поручителей, чья дееспособность является неполной. Между тем, если вследствие универсального правопреемства такой субъект оказывается обязанным по договору поручительства, суждение Пленума справедливо и для такого случая. Тот факт, что поручителем оказалось не полностью дееспособное лицо, не прекращает поручительства и не изменяет объема обязательства поручителя.

(е) Если в отношении смерти Пленум рассматривал ее последствия как для должника, так и для поручителя, то специальные статусы рассматриваются им только в отношении должника в основном обязательстве. Ясно, что поручитель не имеет индульгенции от впадения в рассматриваемые правовые состояния. Стало быть, разъяснение абзаца второго комментируемого пункта в части необходимости применения специального регулирования в отношении особых статусов распространяется и на требование кредитора к поручителю.

Кроме того, необходимо учитывать, что установление законом обязанности опекуна и попечителя защищать права и интересы подопечного (п. 3 ст. 36 ГК), действовать исключительно в его интересах (п. 1 ст. 37 ГК) не означает, что они вправе не исполнять обязательство поручителя, поскольку это расходится с имущественным интересом поручителя. Последнее фактически действительно так, ибо уменьшение имущества поручителя его интересу не соответствует, однако

в данном контексте закон имеет в виду юридический, а не фактический интерес. Поскольку поручитель принял на себя обязательство добровольно, действуя согласно своей воле и в своем интересе (п. 2 ст. 1 ГК), исполнение обязательства, возникшего из договора поручительства, отвечает интересам подопечного.

(ж) Большой специфики наступления рассматриваемых состояний именно для поручительства не имеется. Однако гипотетически ее можно усмотреть в случае с субсидиарным видом поручительства. Продолжает ли применяться особенность предъявления требований в названных случаях? На первый взгляд может показаться, что требовать от кредитора непрямого предварительного обращения к такому должнику не имеет смысла. Действительно, едва ли можно обнаружить правовое значение у предъявления требования к недееспособному, если восприятие им требования не имеет правового значения, да он и не может совершить действительного волеизъявления на исполнение, хотя бы и был способен к этому физически. Точно так же может показаться странным требовать от кредитора обращения к безвестно отсутствующему лицу, ибо персональным образом это сделать просто невозможно, поскольку неизвестно место в пространстве, где это могло бы быть осуществимым.

Тем не менее эти нюансы не отменяют субсидиарного характера поручительства, равно как и необходимости предъявить предварительно требование к должнику, хотя бы он и впал в названные выше состояния. Особых затруднений для кредитора это не должно составлять, поскольку в большинстве случаев ему известно юридическое место жительства поручителя. Стало быть, для кредитора всегда открыта фикция восприятия его волеизъявления: сообщение считается доставленным и в тех случаях, если оно поступило лицу, которому оно направлено (адресату), но по обстоятельствам, зависящим от него, не было ему вручено или адресат не ознакомился с ним (п. 1 ст. 165.1 ГК). Сохранение этого правового режима поручительства имеет значение, поскольку у названных лиц с особым статусом могут иметься представители, которые способны принять решение о необходимости исполнения обязательства. Потому интерес субсидиарного поручителя в предварительном обращении кредитора к должнику имеет не только формальное обоснование, но и содержательное.

Еще один вопрос, который уместно кратко затронуть, касается обязанности должника снабдить поручителя, к которому предъявлено требование кредитора, доказательствами известных должнику возражений против такого требования (п. 1 ст. 366 ГК). Понятно, что в контексте

рассматриваемых состояний должника эта обязанность зачастую не будет исполнена, если у должника не имеется соответствующих представителей, способных к ее исполнению. Вправе ли должник выдвинуть возражения против суброгационного требования поручителя, ссылаясь на то, что по не зависящим от него причинам неисполнение информационной обязанности не может быть поставлено ему в упрек? Ответ должен быть отрицательным: не вправе. Впадение в обсуждаемые состояния является риском должника, а не поручителя, поскольку должник является лучшим носителем этого риска, как бы это ни казалось парадоксальным. У поручителя совсем нет никаких реалистичных фактических и юридических средств снабдить себя возражениями должника. У должника за счет института представительства такая возможность, пусть и гипотетическая, все же имеется. Поэтому следует заключить, что, если кредитор вследствие отсутствия у поручителя соответствующих доказательств возражений должника получил недолжное, должник, произведя исполнение поручителю без учета данных возражений, вправе искать неосновательно полученное с кредитора.

40. Поручитель вправе предложить кредитору надлежащее исполнение неденежного обязательства за должника, если из условий основного обязательства не вытекает, что оно должно быть исполнено лично должником. Поручительство прекращается при отказе кредитора принять надлежащее исполнение, предложенное поручителем за должника (пункт 5 статьи 367 ГК РФ).

По смыслу пункта 5 статьи 367 ГК РФ поручительство не прекращается, если кредитор отказался заключить с поручителем или должником соглашение об отступном (статья 409 ГК РФ) либо соглашение об изменении порядка или способа исполнения основного обязательства.

(а) В подавляющем большинстве случаев поручительством обеспечиваются денежные обязательства, будь то регулятивные или охранительные. Но ни закон, ни теория не препятствуют обеспечить поручительством любое другое обязательство, в том числе *неденежное*, поскольку его неисполнение или ненадлежащее исполнение могут повлечь возникновение или созревание тех или иных денежных обязательств должника и по условиям договора поручительства они также могут быть обеспечены. Здесь могут возникать те или иные особенности, связанные с определением размера и квалификацией таких обязанностей должника в основном обязательстве, но требования кредитора к поручителю все равно выражаются в деньгах. В этом аспекте

отношения укладываются в ординарное русло (см. комментарий к п. 2 Постановления).

Поручитель не является содолжником по основному обязательству, а потому кредитор не вправе потребовать от него исполнения этого обязательства, в том числе и неденежного. Однако может возникнуть вопрос о том, вправе ли поручитель предложить кредитору исполнить неденежное обязательство за должника. Нормы ГК о поручительстве прямого ответа на данный вопрос не дают.

(б) Прежняя правовая позиция по указанному вопросу сводилась к тому, что поручитель не лишен права предложить кредитору надлежащее исполнение неденежного обязательства за должника по правилам п. 1 ст. 313 ГК¹.

Действующее разъяснение, хотя и совпадает концептуально, обнаруживает некоторые отличия, которые также подлежат анализу.

Пленум уточняет, что поручитель вправе предложить надлежащее неденежное исполнение, только если из *условий* основного обязательства не вытекает, что оно должно быть исполнено лично должником. Здесь можно усмотреть небольшую неточность, выражающуюся в том, что личный характер обязательства должника может следовать не только из его условий, но и из закона, иных правовых актов или самого существования обязательства. Законодатель учитывает этот аспект. Так, согласно п. 3 ст. 313 ГК кредитор не обязан принимать исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если *из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существования* вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично. Едва ли особенности поручительства могут привести к иному подходу, ибо для кредитора поручитель — точно такое же третье лицо, которое способностями должника может не обладать.

Кроме того, поручитель, конечно, вправе предложить кредитору надлежащее исполнение неденежного обязательства за должника, даже если обязательство тесно связано с личностью последнего. Здесь акценты должны быть расставлены иначе: кредитор не обязан принимать неденежное исполнение по такому обязательству от поручителя, но вправе это сделать. Конечно, это скорее экзотические случаи, но их не следует исключать, ибо и лица, оказавшиеся в таких условиях, заслуживают уважения от правопорядка.

Другая особенность обнаруживается в том, что Пленум, видимо, намеренно отказывается увязывать описанное им предложение пору-

¹ См. предложение второе абзаца второго п. 12 Постановления № 42.

чителя со ст. 313 ГК, посвященной *исполнению обязательства третьим лицом*. Но, создавая фигуру умолчания, уйти от возникающих здесь вопросов не удастся. Все равно необходимо определиться, в какой мере данная статья подлежит применению к исполнению, предложенному поручителем.

И прежнее разъяснение, и действующее трактуют о праве поручителя предложить исполнение за должника, но ничего не говорят об обязанности кредитора его принять. Если для прежнего разъяснения это было оправданно, поскольку оно ссылалось на п. 1 ст. 313 ГК, в котором устанавливалась такая обязанность кредитора, то для действующего разъяснения ситуация оказывается несколько сложнее. Дело в том, что из предложения второго абзаца первого комментируемого пункта, следующего сразу за разъяснением о праве поручителя предложить исполнение, можно сделать вывод, что единственным последствием отказа кредитора принять надлежащее исполнение от поручителя является прекращение поручительства. Последнее есть фрагмент нормы п. 5 ст. 367 ГК, в котором установлено, что поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем.

Отсюда можно сделать вывод, что Пленум, отказываясь здесь видеть отношения по ст. 313 ГК или как минимум рассматривая п. 5 ст. 367 ГК в качестве специальной нормы по отношению к ст. 313 ГК, считает, что отказ кредитора принять надлежащее исполнение от поручителя не влечет просрочки кредитора, а наступают иные последствия — прекращение поручительства. Впрочем, это всего лишь наше предположение, причем оно вызывает некоторые сомнения. Дело в том, что исполнение обязательства должника поручителем кредитору мало чем отличается от исполнения обязательства третьим лицом. Было бы достаточно сложно обосновать, почему впадение кредитора в просрочку в соответствующих случаях применения ст. 313 ГК с учетом ее истолкования Пленумом¹ защищает соответствующие права должника, а точно такое же действие, но по отношению к поручителю защиты должнику не дает. Ведь для него такое последствие, как прекращение поручительства, убытков от просрочки кредитора не возместит.

Кроме того, исполняя неденежное обязательство за должника, поручитель явным образом действует не в этом качестве, а просто как третье лицо. Тот факт, что имеется специальное правило о прекраще-

¹ См. п. 20–22 и в особенности абзац первый п. 20 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

нии поручительства, во всем остальном никакого воздействия на отношения, предусмотренные ст. 313 ГК, не оказывает. Иными словами, в данном случае поручитель и кредитор взаимодействуют не в рамках договора поручительства, а в рамках отношений, регулируемых ст. 313 ГК, с той лишь особенностью, что при необоснованном отказе кредитора принимать надлежащее неденежное исполнение от такого третьего лица, которое одновременно является поручителем, наступает еще одно специальное последствие: поручительство прекращается.

Что касается сложностей, связанных с исполнением неденежного обязательства третьим лицом, в том числе при отсутствии возложения исполнения обязательства на поручителя, то все они будут распространяться и на исполнение, производимое поручителем. Но их рассмотрение выходит за рамки настоящего комментария, поскольку относится не столько к поручительству, сколько к исполнению обязательства третьим лицом.

(в) Не принимая надлежащее исполнение, кредитор нарушает права должника, поскольку не исполняет своей кредиторской обязанности. Отказываясь принимать надлежащее исполнение от поручителя, перед ним он кредиторские обязанности не нарушает, поскольку поручитель исполняет не свое обязательство по договору поручительства. Таким образом, если права должника защищены институтом просрочки кредитора, то права поручителя оказались бы без защиты, если бы не специальная норма п. 5 ст. 367 ГК. Коль скоро кредитор незаконно не желает принимать надлежащее исполнение, то и обеспечения он не заслуживает.

Ссылаясь на п. 5 ст. 367 ГК, Пленум изымает из приведенного им текста часть, относящуюся к надлежащему исполнению самого должника, которое кредитор отказывается принять. Это ясно, поскольку само разъяснение посвящено не этому случаю. Тем не менее здесь уместно упомянуть данную норму во всей ее полноте, ибо поручительство прекращается и при отказе кредитора принять надлежащее исполнение, предложенное должником. Здесь могут возникать соответствующие риски поручителя, которые связаны с правильной квалификацией отношения, в котором он не участвует. Кредитор может не считать, что он отказался принимать надлежащее исполнение, что особенно может быть характерным именно для неденежных обязательств. Объем обязательства поручителя может существенно возрасти в связи с эффектом акцессорной трансляции, если выяснится, что кредитор был прав, а поручитель не исполнил обязательство вовремя. Кроме того, если договором поручительства установ-

лена собственная ответственность поручителя за просрочку и (или) за сам факт нарушения обязательства, поручитель может быть привлечен к этой ответственности, причем в отношениях с кредитором он не может ссылаться на упречные действия должника в основном обязательстве, которые могли привести к неправильной оценке им оснований отказа кредитора принимать исполнение от должника. Единственное, что здесь можно принять во внимание в соответствующих случаях, — это такие обстоятельства, когда на требование кредитора к поручителю об исполнении обязательства последний запрашивает у него информацию об основаниях его отказа от принятия исполнения от должника, а кредитор недобросовестно отказывается это сделать (п. 3 ст. 307 ГК).

(г) Прежнее разъяснение по рассматриваемому вопросу содержало также еще одну правовую позицию, действующим разъяснением не воспринятую. Там указывалось, что поручитель не является содолжником в обеспеченном поручительством обязательстве (абзац первый ст. 361, п. 1 ст. 365 ГК), предъявленный к нему в случае просрочки должника *иск о понуждении к исполнению обеспеченного обязательства в натуре* не подлежит удовлетворению, поскольку в данном случае поручитель обязан уплатить денежную сумму, соответствующую имущественным потерям кредитора, вызванным неисполнением либо ненадлежащим исполнением должником обеспеченного обязательства. Означает ли это, что Пленум считает допустимым удовлетворение такого иска? Очевидно, что нет. Хотя буквально данного суждения в действующем разъяснении не содержится, оно логически вытекает из комментируемого пункта, а также из п. 1 и 2 [Постановления](#).

(д) Что касается случаев отказа кредитора от предложения поручителя заключить соглашение об отступном, изменить порядок или способ исполнения основного обязательства, то для арбитражных судов разъяснение на этот счет было сформулировано следующее. В соответствии с п. 3 ст. 367 ГК поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем. Судам необходимо учитывать, что данная норма не применяется в случаях, когда кредитору было предложено заключить соглашение о принятии в качестве отступного (ст. 409 ГК) предмета залога или иного имущества, либо кредитор отказался от предложения изменить порядок или способ исполнения обязательства, обеспеченного поручительством¹.

¹ См. п. 23 [Постановления № 42](#).

Действующее разъяснение в целом держится того же направления. Действительно, кредитор не обязан под страхом потери обеспечения что-либо менять в основном обязательстве, в том числе посредством принятия суррогата исполнения в виде отступного. Пленум выводит это суждение из смысла п. 5 ст. 367 ГК, имея в виду, что там не установлено таких оснований для прекращения поручительства. Очевидно, что предложение отступного, изменения порядка или способа исполнения обязательства должника совсем не тождественно предложению его надлежащего исполнения. При этом кредитор не обязан соглашаться на такие предложения также в силу общего принципа автономии воли и ст. 310 ГК. Прежнее разъяснение не указывало тех лиц, от предложения которых заключить соответствующее соглашение отказывается кредитор, а действующее, видимо, стремясь приблизить текст к п. 5 ст. 367 ГК, в котором ведется речь об отказе кредитора принять надлежащее исполнение от должника или поручителя, называет и того, и другого. Получается, что гипотеза разъяснения охватывает случай предложения поручителем заключить соглашение кредитору об изменении основного обязательства, что весьма странно, ибо он в нем стороной не является.

Обычно поручитель не имеет правомочий действовать от имени должника, чтобы менять условия основного обязательства. В этом смысле, даже если кредитор согласится на упомянутые изменения основного обязательства, это не может привести к каким-либо юридическим последствиям, разве что должник одобрит их. Другое дело, если кредитор примет отступное от поручителя по его собственному обязательству (в разъяснении об этом речи не идет). Однако, соглашаясь на заключение договора об отступном с поручителем, кредитору следует оценить все связанные с этим риски, имея в виду, что, согласно толкованию ст. 409 ГК, это влечет возникновение факультативного обязательства¹, но получения отступного не гарантирует.

Видимо, в разъяснении Пленума имеются в виду случаи отказа кредитора от заключения названных соглашений с должником по основному обязательству, а с поручителем — по его обязательству.

Что касается отказа кредитора от заключения соответствующих соглашений с должником, то и он не может приводить к прекращению поручительства также потому, что такие соглашения не могут быть отнесены к специальному основанию прекращения поручительства ввиду отказа кредитора от принятия надлежащего исполнения.

¹ См. п. 3 Постановления № 6.

Соглашение об *изменении порядка и способа исполнения* обязательства до реформы ГК подпадало под легальное определение новации. Прежнее разъяснение прямо не называло это новацией и, в отличие от отступного, не имело ссылки на п. 1 ст. 414 ГК. Но из контекста и терминологии можно было понять, что речь идет о новации. Новая редакция легальной дефиниции новации не использует термины «изменение порядка» и «способ исполнения обязательства». Это определение стало иным: обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, *другим обязательством* между теми же лицами (новация). Пленум же в своих разъяснениях о новации вводит другие ее признаки. Новация имеет место, если стороны согласовали новый предмет и (или) основание обязательства¹. В данное разъяснение перенесен прежний пассаж, но это в принципе ничего не меняет. Дело в том, что идея сохранения поручительства заключается не в том, идет ли речь об отступном или о новации по основному обязательству, а в том, что поручительство прекращается только при отказе кредитора принимать надлежащее исполнение. Суррогаты исполнения к надлежащему исполнению не относятся. Точно так же отказ кредитора от любого изменения основного обязательства не предусмотрен в качестве основания прекращения поручительства. Поэтому терминологические метаморфозы с новацией, случившиеся в одном постановлении, но не случившиеся в другом, решительно ничего не меняют. Кроме того, кредитору всегда надо помнить, что если он согласится на новацию, то поручительство как раз прекратится в силу п. 2 ст. 414 ГК, если только он не договорится с поручителем сохранить обеспечение для нового обязательства должника².

Обращает на себя внимание то, что Пленум отказался воспринять фрагмент прежнего разъяснения, в котором указывалось на предложение кредитору принять в качестве отступного *предмет залога*. Можно предположить, что это сделано ввиду исключения излишней частности. Коль скоро поручительство не прекращается при отказе кредитора заключать соглашения об отступном с поручителем, то уже неважно, что именно выступало объектом отступного. Вместе с тем это купирование не следует воспринимать как недопущение в принципе прекращения обязательства предоставлением отступного, которое было предметом залога имущества должника в прекращаемом обязательстве.

¹ См. п. 22 Постановления № 6.

² См. там же, п. 26.

41. По общему правилу, если иное не предусмотрено договором поручительства, прекращение иных обеспечений основного обязательства (других поручительств, залогов, независимых гарантий и т.п.), расторжение договоров, из которых возникли иные обеспечения, замена одних обеспечений другими не влекут прекращения поручительства.

Вместе с тем поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать возмещения за счет утраченного по обстоятельствам, зависящим от кредитора, обеспечения, если докажет, что в момент заключения договора поручительства он был вправе разумно рассчитывать на такое возмещение. Если поручитель является предпринимателем, то иные последствия прекращения других обеспечений основного обязательства могут быть предусмотрены договором.

Условия договора поручительства, улучшающие положение поручителя в части его прав при прекращении иных обеспечений, могут быть предусмотрены в том числе в договоре с поручителем — физическим лицом (пункт 4 статьи 363 ГК РФ).

(а) Каждому обязательству имманентно присуща некоторая непрочность, ибо неизвестно, будет ли оно исполнено должником. Это обстоятельство и вызывает повсеместно к жизни институт обеспечения исполнения обязательства. Но и он не дает абсолютной гарантии. Риск возникновения потерь от неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства невозможно устранить совсем, тотально, окончательно. Его можно только уменьшить. Отсюда практика приискания кредитором нескольких обеспечений по одному и тому же обязательству (множественность обеспечения). Это позволяет диверсифицировать риск за счет увеличения числа источников получения имущественного удовлетворения притязания кредитора.

Суброгационная концепция поручительства в данном аспекте позволяет снизить риски самого поручителя, поскольку, заняв место кредитора после исполнения своего обязательства, поручитель вправе рассчитывать на другие обеспечения. Множественность обеспечения тем самым упрочивает правовое положение не только кредитора, но и поручителя, что может помочь ему решиться на предоставление поручительства. Предоставление всякого обеспечения, в том числе поручительства, способствует доступу к кредиту и, стало быть, развитию экономики, т.е. это социально полезный юридический феномен. Соответственно, правопорядку следует озаботиться сообразной *защитой интереса поручителя в отношении другого обеспечения*, так же как он заботится о правах поручителя в случае ухудшающего положение поручителя изменения основного обязательства без его согласия.

На первый взгляд может показаться, что праву нет большой необходимости стимулировать кредитора к сохранению другого обеспечения, ведь кредитор сам в нем заинтересован и, действуя рационально, не будет вредить сам себе. Во многом последнее действительно так, но не всегда. Дело в том, что если до возникновения обязательства должник находится в некоторой зависимости от усмотрения кредитора вступить с ним в сделку и предоставить кредит, то после возникновения долга уже кредитор находится в известной зависимости от должника, поскольку его благосостояние обусловлено исполнением обязанного лица. Должник может быть заинтересован в высвобождении того или иного имущества из обременения (например, залогового) или может освободить тех или иных лиц от обеспечительного личного бремени (например, других поручителей) либо снять с себя издержки по обеспечению (например, по независимой гарантии). Ввиду этого он может склонить кредитора формальным или неформальным образом к прекращению другого обеспечения, обусловив свое исполнение в пользу кредитора этим обстоятельством.

Но фидуциарная обязанность кредитора перед поручителем не должна позволять ему действовать исключительно в своем интересе, пренебрегая интересом поручителя в сохранении другого обеспечения. Если кредитор рассчитывает удовлетвориться за счет поручителя, он должен обеспечить ему лучшую позицию в основном обязательстве, не ухудшая ее. Ведь платеж поручителя, образно выражаясь, идет в обмен на позицию кредитора в основном обязательстве и других обеспечительных правах, а потому поручитель не должен лишаться того, на что он был вправе рассчитывать, вступая в отношения по поручительству.

(б) Несмотря на то что изложенные выше соображения лежат на поверхности, до относительно недавнего времени ни законодательство, ни судебная практика интереса поручителя в отношении сохранения другого обеспечения не защищали.

Так, в практике арбитражных судов была установлена следующая правовая позиция. Если обязательство, по которому выдано поручительство, было обеспечено другим поручительством, залогом, банковской гарантией и т.п., то судам следует исходить из того, что прекращение иных обеспечительных сделок само по себе не прекращает поручительство. Иное может быть предусмотрено договором поручительства¹.

¹ См. п. 36 Постановления № 42.

Как видно, сохранность другого обеспечения была оставлена заботе самого поручителя. Но переговорные позиции последнего достаточно ослаблены, поэтому рассчитывать на то, что кредитор согласится ограничить свои возможности по диверсификации обеспечения, а поручитель озаботится выговорить для себя соответствующие условия, не приходится.

В практике судов общей юрисдикции также встречались случаи, когда прекращение другого обеспечения не рассматривалось в качестве основания для защиты поручителя¹. Хотя иногда суды видели явную несправедливость такого положения дел, особенно когда она усугублялась другими невыгодами для поручителя. Так, при рассмотрении одного из дел было постановлено следующее решение. Поручительство может на основании ст. 10 ГК прекращаться, несмотря на наличие в нем абстрактно данного согласия отвечать за исполнение обязательства при переводе долга на любое третье лицо, а также при любых изменениях обеспечиваемого обязательства, которые могут увеличить объем обязательств поручителя или повлечь для него иные неблагоприятные последствия, если долг был переведен на неплатежеспособную компанию, а при уступке требований были прекращены иные изначально имевшиеся обеспечения². Как видно, суд, не имея опоры в позитивных предписаниях, вынужден был обращаться к норме о запрете злоупотребления правом. Это часто свидетельствует о дисфункции законодательства.

Теоретически можно было бы смоделировать как минимум два подхода в защите интереса поручителя в сохранении другого обеспечения. Первый мог бы предусматривать, что в случае прекращения другого обеспечения без согласия поручителя поручительство прекращается. Второй — что в таком случае поручитель имеет возражение о соответствующем уменьшении своей обязанности. Первый подход страдает избыточной радикальностью, а второй, напротив, предпочтительнее, поскольку соответствует принципу пропорциональности последствий невыгоды поручителя.

Законодатель усмотрел пробел закона в отношении рассматриваемого вопроса и исправил ситуацию, устранив его. При утрате существовавшего на момент возникновения поручительства обеспечения основного обязательства или ухудшении условий его обеспечения по обстоятельствам, зависящим от кредитора, поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать воз-

¹ См. Определение СКГД ВС от 8 сентября 2015 г. № 77-КГ15-5.

² См. Определение СКГД ВС от 25 сентября 2018 г. № 39-КГ18-4.

мещения (ст. 365) за счет утраченного обеспечения, если докажет, что в момент заключения договора поручительства он был вправе разумно рассчитывать на такое возмещение. Соглашение с поручителем-гражданином, устанавливающее иные последствия утраты обеспечения, является ничтожным (п. 4 ст. 363 ГК).

(в) Пленум обращается к указанной новелле закона, но начинается он с подтверждения и развития прежней правовой позиции о *сохранении поручительства* при юридических метаморфозах другого обеспечения.

Гипотезой разъяснения абзаца первого охватываются три следующие ситуации: 1) прекращение иных обеспечений основного обязательства (других поручительств, залогов, независимых гарантий и т.п.); 2) расторжение договоров, из которых возникли иные обеспечения; 3) замена одних обеспечений другими.

Все это по общему правилу, если иное не предусмотрено договором поручительства, не прекращает поручительства, оно сохраняется.

Не очень понятно, зачем разграничиваются первая и вторая ситуации, ибо согласно п. 2 ст. 453 ГК при расторжении договора обязательства сторон прекращаются. Следовательно, ситуация 2) поглощается ситуацией 1). Ясно, что не всякое прекращение обязательства является следствием расторжения договора, но расторжение договора влечет прекращение обязательства. Более обоснованным вместо ситуации 2) было бы указать на изменение договоров, из которых возникли иные обеспечения, влекущее ухудшение условий обеспечения.

Примечательно, что Пленум выделяет замену одних обеспечений другими, что, видимо, было учтено в связи с практикой экстракассации, где проявился этот случай¹. Данную ситуацию имеет смысл рассмотреть отдельно, но не в разрезе сохранения поручительства, а при рассмотрении новеллы закона и ее разъяснения в следующих абзацах комментируемого пункта.

Кроме того, Пленум отказался от неясного оборота прежней правовой позиции, согласно которому при прекращении других обеспечений поручительство не прекращалось *само по себе*. Этот излюбленный судебной практикой оборот в данном контексте только добавлял тумана, поскольку провоцировал отыскивать случаи, когда поручительство все-таки прекратится. Правда, и новое выражение Пленума в части указания, что его разъяснение действует *по общему правилу*, если иное не предусмотрено договором поручительства, может натолкнуть на некоторые размышления. Понятно, что если договором поручительства

¹ См. Определение СКГД ВС от 8 сентября 2015 г. № 77-КГ15-5.

будет предусмотрено, что поручительство прекращается в трех названных Пленумом ситуациях или еще в каких-нибудь случаях, то данная правовая позиция уступит место договорному регулированию, но зачем понадобилось это добавление «по общему правилу». Данный оборот может побуждать отыскивать в законодательстве какие-то специальные правила, которые влекут прекращение поручительства и в названных Пленумом случаях. Однако нам таких правил неизвестно. Поэтому, видимо, указанному обороту не следует придавать правового значения, считая его просто фигурой речи.

Разграничение Пленумом таких правовых явлений, как прекращение поручительства и освобождение поручителя от ответственности, о котором трактует новелла закона, что следует из соотношения абзацев первого и второго комментируемого пункта, может иметь определенное правовое значение, что имеет смысл обсуждать применительно к абзацу второму.

(г) Предложение первое абзаца второго данного пункта представляет собой редуцированную норму п. 4 ст. 363 ГК, в котором к тому же изменена последовательность изложения. Действительно ли Пленум имел в виду применить ограничительное толкование или этот фрагмент объясняется просто стремлением к лаконичности изложения, остается только гадать. Тем не менее, поскольку теоретических оснований для изменения не усматривается, вторая версия выглядит более реалистичной. Тогда следует заключить, что рассматриваемый фрагмент никакого разъяснения в действительности не содержит, а потому следует обратиться к оригинальному тексту нормы, которая на самом деле нуждается в некотором разъяснении.

(д) Защита интересов поручителя в сохранности и неизменности другого обеспечения должна предоставляться ему при следующих условиях:

- 1) имеет место утрата существовавшего на момент возникновения поручительства обеспечения основного обязательства; или
- 2) ухудшение условий его обеспечения;
- 3) эти факты наступили по обстоятельствам, зависящим от кредитора;
- 4) поручитель доказал, что в момент заключения договора поручительства он был вправе разумно рассчитывать на возмещение за счет соответствующего обеспечения.

Защита его интересов состоит в том, что он освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать возмещения (ст. 365 ГК) за счет утраченного обеспечения.

Все эти условия права подлежат последовательному разбору.

(е) Под *утратой обеспечения* следует понимать юридическое, а не физическое явление, т.е. прекращение обеспечительного права кредитора. В этом смысле, если предмет залога потерялся, это не является утратой обеспечения, поскольку право залога сохраняется. Гибель предмета залога может рассматриваться как утрата обеспечения, если только предмет залога не заменяется. Расторжение кредитором договоров, из которых возникли иные обеспечения, о чем Пленум высказался в абзаце первом комментируемого пункта, как раз относится к случаю утраты обеспечения.

Формально-юридически понятие «утрата обеспечения» не охватывает случаи недействительности других обеспечительных сделок. Ретроактивность недействительности сделки означает, что никакого права она не породила, а потому и утрачивать нечего. Однако имеются основания для расширительного толкования данного понятия. Дело в том, что поручитель, рассчитывая на другое обеспечение, не является участником этих других обеспечительных сделок. Потому он может не знать об обстоятельствах, являющихся основаниями для их недействительности, рассчитывая на такое обеспечение. В данном случае поручителю справедливо предоставить защиту, поскольку нарушается тот же самый интерес, который нарушался бы и при прекращении обеспечения. Если доказано, что поручитель знал или не мог не знать, что имеются основания недействительности другой обеспечительной сделки, для предоставления защиты поручителю нет оснований.

Некоторое осложнение может возникать со случаем, когда кредитор прощает долг одному из сопоручителей. Согласно другому разъяснению Пленума, по общему правилу поручитель вправе ссылаться на то, что кредитор простил долг должнику или отказался от иска к должнику (п. 1 ст. 364 ГК). Между тем в отношении общего разъяснения в отношении солидаритета здесь же сформулирован иной подход. Согласно ст. 324 ГК солидарный должник не может ссылаться в качестве возражения на требование кредитора на то обстоятельство, что кредитор отказался от иска к другому солидарному должнику или простил ему долг. Вне зависимости от этих действий кредитора должник, исполнивший солидарную обязанность, получает регрессное требование, в том числе и к должнику, в отношении которого кредитор отказался от иска или которому он простил долг¹. Таким образом, в качестве

¹ См. п. 52 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

общего правила принято относительное прощение долга, которое регрессное требование не затрагивает. Что касается специального правила о поручительстве, то оно, как видно, охватывает прощение кредитором долга только основного должника, но не сопоручителя, который не является стороной основного обязательства. Сопоручитель, исполнивший обязательство, получает по суброгации требование к должнику в основном обязательстве, а к другому сопоручителю он имеет регрессное требование. Отсюда можно заключить, что прощение кредитором долга одному из сопоручителей не является действием, влекущим утрату обеспечения. Другой сопоручитель, уплативший большую, чем падает на него, долю, своего регрессного требования не утрачивает. Поэтому прощение кредитором долга одному из сопоручителей не уменьшает возможного размера имущественного притязания одного сопоручителя в отношении других, в том числе и того, долг которого прощен.

Под *ухудшением условий обеспечения* следует понимать как юридические, так и фактические обстоятельства, которые уменьшают размер обеспечения или вероятность его использования. Таким образом, пример с потерянным залогом подпадает под эту часть гипотезы рассматриваемой нормы. Закон не говорит о степени ухудшения условий обеспечения, поэтому следует оценивать, насколько изменившиеся условия обеспечения будут препятствовать или существенно затруднять реализацию прав поручителя в случае суброгации. Например, если поручителем является обычный гражданин со средним достатком, то перевод долга по другому поручительству на иностранное лицо, находящееся в отдаленной стране, может рассматриваться как ухудшение условий обеспечения.

Под *ухудшение условий обеспечения* могут подпадать случаи замены одного обеспечения другим, о чем Пленум высказался в абзаце первом комментируемого пункта. Но здесь много зависит от оценочных критериев. Скажем, замена поручительства на залог малоценной вещи, чья стоимость заведомо не позволит поручителю после суброгации получить удовлетворение, является простым примером. Замена залога на поручительство далеко не всегда может быть квалифицирована как ухудшение условий обеспечения, поскольку достаточная состоятельность другого поручительства угрозы поручителю не влечет.

Относительная новизна рассматриваемой нормы не дает пока достаточного эмпирического материала ее применения судом, в том числе в отношении понятий утраты и ухудшения условий обеспечения. Этот недостаток может быть восполнен обращением к практике применения

ст. 813 ГК, которая также использует данную пару понятий и посвящена последствиям утраты обеспечения обязательств заемщика.

Под *заменой обеспечения* следует понимать не только случаи изменения типа или вида обеспечения другим – заменой охватываются и такие изменения, которые касаются одного типа (замена одного вида залога другим), а также неизменность типа обеспечения, но изменение обязанного по нему лица (например, замена поручительства одного лица поручительством другого). Этот критерий может совпадать с критерием ухудшения обеспечения.

При замене обеспечения следует учитывать только подлинное обеспечение. Поэтому замена условия о неустойке на предоставление залога комментируемым разъяснением не охватывается вовсе. Равным образом замена поручительства на условие о неустойке должника в основном обязательстве влечет применение других норм и критериев. В части прекращения поручительства это квалифицируется как утрата обеспечения, и рассматриваемое разъяснение подлежит применению по данному критерию, в части установления неустойки применяется правило об ответственности поручителя на прежних условиях, если только поручитель не согласится отвечать и за неустойку.

Некоторое возможное смешение критериев не имеет критического значения, поскольку не изменяет юридического последствия. Иными словами, если суд придет к выводу, что имело место ухудшение обеспечения, а не замена обеспечения, а вышестоящая инстанция посчитает наоборот, то на результат решения это повлиять не должно: интересы поручителя подлежат защите.

(ж) Закон предусматривает защиту интереса поручителя в том случае, если другое обеспечение уже *существовало к моменту возникновения поручительства*. Представляется, что имеются основания для расширительного толкования нормы в этой части. Дело в том, что данные договорной практики свидетельствуют, что обыкновенным делом является оформление нескольких обеспечений по одному и тому же основному обязательству, которое зачастую не происходит одновременно. Сначала подписывается один договор, а на следующий день другой. Однако множественность обеспечения охватывается единством замысла как кредитора и должника, так и лиц, предоставляющих обеспечение. Иными словами, поручитель разумно рассчитывает, что после подписания им договора с кредитором будет совершена другая обеспечительная сделка.

Кроме того, между заключением обеспечительного договора и возникновением обеспечения может иметься темпоральный разрыв. На-

пример, в один и тот же день подписываются договор поручительства и договор ипотеки, однако в силу принципа внесения (нет записи — нет ипотеки) залоговое обременение возникнет только после государственной регистрации ипотеки. Стало быть, на момент подписания договора поручительства другое обеспечение не существует. Справедливо ли отказать поручителю в соответствующей защите? Вопрос кажется риторическим.

Помимо этого, можно рассматривать и такие ситуации, когда поручитель соглашается на то или иное изменение условий поручительства, рассчитывая на дополнительное обеспечение, о котором договорился кредитор. Например, поручитель готов согласиться на увеличение размера своего обязательства, поскольку рассчитывает на предоставление залога. В таком случае обязательство поручителя возникло ранее, когда был заключен договор на первоначальных условиях, и на тот момент никакого другого обеспечения не существовало, однако и здесь очевидно, что поручитель не согласился бы на увеличение размера своего обязательства, если бы не рассчитывал на предоставление дополнительного залогового обеспечения. В таких и подобных случаях имеются все основания для предоставления поручителю соответствующей защиты.

Самым общим образом направление телеологической редукции рассматриваемой нормы можно обозначить через коррекцию темпоральных аспектов, которые, как показано выше, могут срабатывать в противоречии с целью законоположения. С этих позиций ее можно было бы изложить следующим образом: при утрате другого обеспечения основного обязательства или ухудшении его условий по обстоятельствам, зависящим от кредитора, поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать возмещения (ст. 365) за счет иного обеспечения, если докажет, что он был вправе разумно рассчитывать на такое возмещение.

(з) Утрата или ухудшение условий обеспечения влекут предоставление защиты поручителю, только если это имело место *по обстоятельствам, зависящим от кредитора*.

Обстоятельства, зависящие от кредитора, являются его действиями или бездействием. Они могут иметь место как до возникновения поручительства, так и после.

Прекращение другого обеспечения может зависеть от действий кредитора (например, уничтожение кредитором заложенной ему вещи приведет к прекращению залога). Но если, скажем, заложенная вещь погибла случайно или по обстоятельствам, за которые отвечает залого-

датель, поручитель не имеет защиты. Договором, из которого возникло другое обеспечение, могут предусматриваться особые основания его прекращения, наступление которых зависит от действий или бездействия кредитора. Следовательно, если кредитор совершает такие действия или не совершает необходимого действия, то прекращение обязательства считается зависящим от него.

Расторжение договора, из которого возникли обеспечительные права, по инициативе кредитора, естественно, зависит от последнего. Но также сюда следует отнести и такие случаи, когда договор расторгается по инициативе лица, предоставившего обеспечение, если основанием для этого послужили как правомерные, так и неправомерные действия или бездействие кредитора.

Замена одного обеспечения другим может как зависеть от действий кредитора, так и не зависеть от него. Если кредитор расторгает один договор поручительства и заключает другой, то это, конечно же, зависит от него. Если же, к примеру, при случайной гибели заложенной вещи страховое возмещение выплачено на залоговый счет, то перед нами замена одного обеспечения (залог вещи) другим (залог прав по договору банковского счета), но от кредитора эти обстоятельства не зависели, а потому оснований для защиты поручителя нет.

Ухудшение условий обеспечения, которое происходит вследствие изменения рыночных цен, например, в отношении заложенной вещи, не зависит от кредитора, а потому не влечет соответствующих последствий. В некоторых случаях, когда кредитор способен влиять на уменьшение цен (например, вследствие своего монопольного положения), необходимо прийти к прямо противоположному выводу.

Бездействие кредитора может приводить к обеспечительному ухудшению правового положения поручителя. Например, по другому поручительству истекает пресекательный срок, но кредитор не останавливает его истечение вчинением иска, а требует исполнения от поручителя с более продолжительным сроком поручительства.

Под зависящим от действий кредитора ухудшением обеспечения следует понимать и такие его действия, которые по видимости носят не материальный, а процессуальный характер, например отказ от иска к лицу, предоставившему другое обеспечение. Однако в некоторых случаях такое действие не может повлечь защиту поручителя, например, если такой отказ заявлен вследствие ничтожности договора, о каковой поручитель, предоставляя поручительство, не мог не знать. Но грубые процессуальные упущения кредитора по его спору с лицом, предоставившим другое обеспечение, могут быть признаны действия-

ми, от которых зависело ухудшение условий обеспечения. Например, если по иску к такому лицу оно защищается возражением об исковой давности, а истец (кредитор), имея надлежащие доказательства о перерыве исковой давности, не представит их суду, поручителю следует предоставить защиту.

Изложенное уже достаточно иллюстративно, чтобы прийти к выводу о чрезвычайной широте круга действий или бездействия кредитора, которые могут быть признаны такими, от которых зависят утрата или ухудшение условий другого обеспечения.

(и) Защита предоставляется поручителю, если он *докажет*, что он был вправе *разумно рассчитывать на возмещение* за счет утраченного обеспечения.

Нужно обратить внимание на договорное управление рисками, связанными с бременем доказывания, которое закон возлагает на поручителя. Вследствие этого ясно, какую переговорную тактику следует занимать сторонам в отношении их разнонаправленных интересов. Поручителю желательно отразить в договоре, что он рассчитывает на другое обеспечение, и к тому же нелишним будет обозначить какое. Кредитор же может быть заинтересован в обратном — чтобы в договоре было отражено, что поручитель не рассчитывает на другое обеспечение вообще или на какое-то определенное обеспечение в частности. Если же этого не будет сделано, то защита будет предоставлена, если поручитель выполнит соответствующее бремя доказывания, а кредитор не сможет опровергнуть доказательства поручителя.

Выражение законодателя и Пленума, согласно которым поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой *он мог потребовать* возмещения за счет утраченного обеспечения, подлежит верному восприятию. Юридическое значение имеет не только (а может, и не столько) то, что мог потребовать поручитель, а то, что он мог реально получить за счет другого обеспечения. Под возмещением, на которое вправе был разумно рассчитывать поручитель, понимается предполагаемый размер удовлетворения суброгационного требования кредитора к лицу, предоставившему другое утраченное обеспечение или обеспечение с ухудшившимися условиями.

Например, если кредитор расторг другой договор раздельного поручительства и этот другой поручитель по разумному представлению был достаточно состоятелен, чтобы уплатить все то, к чему он обязан согласно условиям прекращенного договора поручительства, то размер возмещения равняется объему обязательства этого другого поручителя. Если прекращен залог, то необходимо определить, какая сумма могла

бы быть выручена в случае реализации предмета залога по требованию суброгационного кредитора. Таким образом, размер возмещения — это всегда предположительная величина, а потому при доказывании не должен применяться стандарт доказывания выше, чем применяется при доказывании упущенной выгоды. Но тут подлeжит учету еще один важный нюанс.

В аспекте определения размера освобождения поручителя от обязательства может возникать вопрос о необходимости применения ретроспективного эффекта. Приведем пример: допустим, кредитор расторг договор с другим поручителем, чья ответственность была ограничена твердой суммой 1 млн и который впоследствии обанкротился, а его ресторовые кредиторы получили удовлетворение по пять копеек на рубль. Вправе ли иной поручитель возражать против требования кредитора, указывая, что он мог потребовать возмещения в размере указанного миллиона? Или он имеет право уменьшить свое обязательство с учетом реального удовлетворения только на 50 тыс.?

Здесь, видимо, надо исходить из того, что в момент расторжения договора поручительства кредитор пошел на риск уменьшения обязательства другого поручителя на 1 млн, но такой риск не реализовался в полной мере, поскольку этот другой поручитель обанкротился. Если бы договор поручительства не был расторгнут, другой поручитель, получив к нему требование по суброгации, получил бы только 50 тыс. На эту сумму он и имеет право уменьшать свое обязательство.

Сложнее обстоит дело с таким случаем, когда другой (бывший) поручитель на момент рассмотрения притязания кредитора к поручителю еще не имеет никаких признаков банкротства и суд удовлетворяет экцепцию поручителя в полном объеме на 1 млн, а впоследствии в пределах пресекательного срока поручительства случается несостоятельность этого другого поручителя и становится ясно, что освобожденный от ответственности поручитель не получил бы с него более 50 тыс. Вправе ли кредитор в пределах действия договора поручительства взыскать с иного поручителя недостающие 950 тыс.?

В этом случае, видимо, следует исходить из того, что риск, на который пошел кредитор, расторгнув договор с другим поручителем, реализовался. Последующее банкротство поручителя не имеет правового значения для иного поручителя, который уже реализовал свое исключительное право, имевшее в тот момент под собой юридические основания.

(к) Защита поручителя заключается в освобождении его от *ответственности* в соответствующей сумме. Как известно, не очень ще-

петильный в отношении терминологии российский законодатель, использует понятие «ответственность» как в значении регулятивного обязательства, т.е. долга, так и в значении охранительного обязательства, т.е. подлинной ответственности. Точно так же обстоят дела и с понятием «освобождение от ответственности». В каком значении используется данное понятие, Пленумом не раскрывается, наверное, ввиду ясности этого вопроса.

Действительно, во многих случаях поручитель собственной ответственности за неисполнение своего обязательства не несет. Это объясняется акцессорностью объема обязательства с учетом эффекта трансляции. Чем больше ответственность должника, тем больше объем обязательства (размер долга) поручителя. Поэтому если под «ответственностью» в п. 4 ст. 363 ГК понимать подлинную ответственность за неисполнение обязательства, то указанная норма имела бы весьма узкую сферу применения, но, что важнее, не защищала бы интерес поручителя, забота о котором и является целью законодателя. Поэтому под «ответственностью» в данном случае надо понимать обязательство, т.е. размер долга поручителя. Приведем пример: допустим, поручитель отвечает в полном объеме, а размер не исполненного должником по основному обязательству в пользу кредитора составляет 2 млн. Кредитор расторг договор с залогодателем, предположительная цена реализации предмета залога по которому составляет 1,5 млн. Поручитель вправе сообразно освободиться от долга и обязан к уплате только 500 тыс.

Как уже упоминалось, Пленум разграничивает феномены прекращения поручительства и освобождения его от обязательства по основаниям, предусмотренным п. 4 ст. 363 ГК. Коль скоро речь идет об освобождении поручителя от обязательства, видимо, судом, то решение суда имеет преобразовательный эффект. Поручитель, выступая ответчиком по иску о взыскании с него причитающегося по договору поручительства, заявляет перемпторную эксцепцию и выполняет бремя доказывания, предусмотренное указанной нормой, что является основанием для отказа в иске полностью либо в соответствующих случаях в части. С учетом этого в момент утраты обеспечения или ухудшения его условий обязательство поручителя не прекращается и вообще никак не изменяется. Следовательно, вплоть до наступления преобразовательного эффекта решения суда поручитель находится в просрочке. Несмотря на то что поручитель собственной ответственности за просрочку не несет, в некоторых случаях она все же предусматривается, в том числе в виде неустойки за просрочку. В связи с этим возникает вопрос: обязан ли поручи-

тель к уплате неустойки также и от суммы, во взыскании которой кредитору отказано, за период впадения поручителя в просрочку и до наступления преобразовательного эффекта? Ясности с данным вопросом нет. Он разрешался бы иначе, если бы было признано, что поручительство прекращается в соответствующей части в момент утраты или ухудшения поручительства. Но Пленум буквально этого не устанавливает, а из абзаца первого комментируемого пункта можно вывести прямо противоположное суждение: поручительство не прекращается ни полностью, ни в части. В этом есть *ratio legis*, поскольку принцип автономии воли диктует оставить вопрос о заявлении экцепции на усмотрение поручителя. Однако взыскание неустойки за просрочку с суммы долга, который не подлежит взысканию, представляется противоестественным и несправедливым, особенно учитывая, что отказ в иске обусловлен обстоятельствами, за которые отвечает кредитор. Поэтому остается признать, что преобразовательное решение суда, которым поручитель освобожден от долга или его части, имеет ретроактивный эффект. Это означает, что соответствующая просрочка очищается, т.е. наступает своего рода *purgatio morae* поручителя.

(л) Хотя Пленум не ссылается на ст. 365 ГК, излагая положения п. 4 ст. 363 ГК, сама эта норма имеет такую ссылку. Право поручителя на защиту допускается законодателем в той мере, в какой он мог потребовать возмещения (ст. 365) за счет утраченного обеспечения. Пункт 1 данной статьи как раз и предусматривает в том числе суброгацию обеспечительных прав. Но в силу п. 3 указанной статьи правило о суброгации применяется не всегда. Там предусмотрено, что правила, установленные настоящей статьей, применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами *или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними*.

В этой связи обоснованно поставить вопрос: насколько рассматриваемый механизм защиты прав поручителя может применяться, если, скажем, поручительство было выдано с дарственной каузой? Если намерение поручителя сводилось к тому, чтобы одарить должника, было бы странным не сделать здесь исключения для суброгации. Но коль скоро нет суброгации, то и нет оснований учитывать, что поручитель потерял в связи с утратой или ухудшением другого обеспечения, а кроме того, было бы противно дарственной каузе считать, что такой поручитель рассчитывал на другое обеспечение, ведь тогда его дарение могло бы не достичь цели. Если допустить удовлетворение требования такого поручителя (дарителя) за счет лица, предоставившего другое

обеспечение, то это другое лицо, получив право по суброгации, потребовало бы исполнения от должника, и цель дарения не достигалась. Если эти соображения справедливы, то поручитель, выдавший поручительство в интересах должника на основании договора дарения с ним, не вправе возражать против требования кредитора, ссылаясь на утрату или ухудшение другого обеспечения.

Другое дело, что наличие *animus donandi* у поручителя в его отношениях с должником может быть сокрыто от кредитора, а потому никакой пользы из этого он извлечь не сможет. Но это уже вопрос факта, а не права. Кроме того, вопросы взаимоотношений должника и поручителя, если последний и правда намерен облагодетельствовать должника, находятся в наиболее латентной для исследователя области, ибо такие отношения, видимо, обходятся без юристов, включая судей.

(м) В предложении втором абзаца второго комментируемого пункта Пленум, толкуя методом *a contrario* последнее предложение п. 4 ст. 363 ГК, выводит из него диспозитивное правило для поручителей, являющихся предпринимателями. Само законоположение предусматривает, что соглашение с поручителем-гражданином, устанавливающее иные последствия *утраты обеспечения*, является ничтожным. Пленум же выводит из него вполне логичное суждение о том, что если поручитель является *предпринимателем*, то иные последствия *прекращения других обеспечений* основного обязательства могут быть предусмотрены договором.

И норма закона, и разъяснение Пленума подлежат уточнению. Дело в том, что закон трактует только об утрате обеспечения, а Пленум — только о прекращении других обеспечений. Однако ясно, что для редукции основной нормы, охватывающей также и случаи ухудшения условий обеспечения, никаких оснований не имеется. Права гражданина-поручителя также могут существенно пострадать, если он не будет защищен от соответствующих ухудшений обеспечения, поскольку степень этого ухудшения может приближаться, смотря по обстоятельствам, к состоянию полной утраты обеспечительных прав. И обратным образом, нет никаких политико-правовых оснований ограничивать автономию волю и свободу договора предпринимателей, выступающих поручителями, чтобы они могли принять на себя риск не только прекращения других обеспечений, но и ухудшения их условий. Кроме того, здесь также применим *argumentum a fortiori*, ибо если предприниматель может ограничить свои правовые возможности договором на случай прекращения обеспечения (большее), то он может ограничить себя и в меньшем — при ухудшении условий обеспечения.

Кроме того, также является очевидным, что использование Пленумом понятия «предприниматель» не преследовало цели ограничить разъяснение по субъектному составу только собственно предпринимателями (ст. 23 ГК), тем более что и законодатель допускает применение этого термина в более широком значении (см., например, п. 1 ст. 316, п. 1 ст. 359 ГК). Ясно, что это суждение Пленума должно быть распространено на всех лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, включая коммерческие организации, а также некоммерческие организации в отношении деятельности, приносящей им доход.

(н) В последнем (третьем) абзаце комментируемого пункта Пленум обращает внимание на ситуацию договорного *улучшения положения поручителя* в связи прекращением иных обеспечений. Договор поручительства может предусматривать условия, улучшающие положение поручителя, причем включая поручителей — физических лиц.

Тем самым Пленум исправляет некорректную норму закона, которая в отношении граждан-поручителей не допускает никакого иного регулирования, кроме как предусмотренного ей самой. Это ограничение неоправданно широкое. Кредитор, как уже не раз отмечалось, имея сильную переговорную позицию, не нуждается в патерналистской опеке правопорядка, и нет никаких негативных последствий от того, если он согласится на бóльшую защиту прав поручителя при утрате или ухудшении другого обеспечения.

Здесь опять же надо сделать техническое уточнение, что и это суждение по основаниям, приведенным в предыдущем пункте комментария, следует распространить на случаи ухудшения обеспечения, а не только на ситуацию его прекращения.

Пленум не приводит примеров, какие именно условия договора поручительства могут рассматриваться в качестве улучшающих положение поручителя. Ясно, что под такое условие точно должна подпадать договоренность о том, что при утрате или ухудшении другого обеспечения поручительство прекращается вовсе. Также не должен вызывать сомнений кратный дефлятор уменьшения обязательства поручителя, т.е. когда он будет отвечать в размере меньшем, чем размер остающегося обеспечения. Впрочем, широкого распространения подобных условий на практике едва ли следует ожидать, поскольку мало какой кредитор согласится их принять.

И сама норма п. 4 ст. 363 ГК, и ее разъяснение Пленумом показывают, что она имеет ограниченно диспозитивный характер.

42. Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре срока, на который оно дано. Если такой срок не установлен, оно прекращается по истечении года со дня наступления срока исполнения основного обязательства. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается по истечении двух лет со дня заключения договора поручительства.

Если договором поручительства, заключенным после наступления срока исполнения основного обязательства, не определен срок действия поручительства, поручительство прекращается по истечении года с момента заключения такого договора.

Указанные сроки не являются сроками исковой давности, и к ним не подлежат применению положения главы 12 ГК РФ.

Поручительство не считается прекратившимся, если в названные сроки кредитор предъявил иск к поручителю, или заявил требование ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя — юридического лица, или подал заявление об установлении требований в деле о банкротстве поручителя (пункт 6 статьи 367 ГК РФ). При разрешении вопроса о сумме, подлежащей взысканию с поручителя в счет исполнения основного обязательства, следует исходить из размера требований, предъявленных к нему в период срока действия поручительства.

(а) Всякое обеспечение, включая поручительство, служит основному обязательству, обеспечивая его исполнение. Поэтому функционально кажется, что период «жизни» поручительства темпорально предопределен основным обязательством. Пока у кредитора сохраняется правовая возможность потребовать принудительного исполнения основного обязательства, должно сохраняться и поручительство. Как только у кредитора исчезает эффективная возможность взыскания причитающегося с должника в основном обязательстве, должно за ненадобностью прекращаться и поручительство, или по крайней мере оно превращается в натуральное обязательство. Иными словами, парадигма акцессорности юридического бытия поручительства вполне способна разрешить вопрос о сроке действия поручительства. Однако дела обстоят совсем не так.

Поручительство всегда является *срочным обязательством*. Более того, господствующим мнением является квалификация срока поручительства в качестве самой строгой разновидности сроков в гражданском праве, а именно преклюзивного (пресекательного) срока. Как известно, пресекательный срок — это срок существования субъективного

гражданского права, в данном случае — обязательственного требования. Истечение срока пресекает само это право, оно прекращается, исчезает, перестает существовать в качестве юридической реальности.

Далеко не все системы континентального права проявляют такой ригоризм в отношении срочности поручительства. Насколько он обоснован, можно спорить, но объясняется он, видимо, заботой правопорядка об интересах поручителя. Имея лишь одно финансовое бремя без непосредственного встречного предоставления за него от контрагента, обязанное лицо в особенности заинтересовано точно знать, когда оно освободится от тяжести этого бремени, когда можно будет высвободить финансовые ресурсы и не ожидать притязания кредитора. Если бы в основу модели темпоральности поручительства была положена обычная исковая давность, то риски перерыва субъективной давности по основному обязательству открывали бы потенциал каждому поручительству превратиться в десятилетнее, когда объективная давность обессилит всякое притязание. Такая степень риска могла бы отвлечь поручителей от вступления в сделку, что снизило бы доступ к кредиту и в конечном счете привело бы к всеобщей экономической невыгоде. Впрочем, в известной мере эти соображения можно было бы адресовать всякому долгу, в отношении которого пресекательные сроки тем не менее законом не устанавливаются.

Как бы ни оценивать преклюзивную срочность поручительства, состоявшаяся реформа ГК ничего в этом вопросе не изменила.

(б) Сроки поручительства определяются п. 6 ст. 367 ГК, где всего используется три метода их исчисления, а если взять и судебную практику, то обнаружится еще и четвертый метод.

Первый — договорный. Закон предусматривает, что поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Из этой нормы как раз и следует, что срок является преклюзивным, ибо его истечение приводит к прекращению поручительства.

Как прежде разъяснение¹, так и действующее ограничиваются изложением указанной нормы без какого-либо ее толкования. Это объясняется, видимо, предельной ясностью законоположения. Однако некоторую неясность можно обнаружить, но на практике, судя по всему, никаких проблем это не вызывает. Дело в том, что если два других законодательных метода исчисления срока недвусмысленно указывают, что пресекательный срок действует до вчинения кредитором иска

¹ См. предложение первое п. 33 Постановления № 42.

к поручителю (получается, что сам пресекательный срок пресекается иском), то в отношении договорного срока этого не сказано.

Если исходить из того, что в этом и заключалось намерение законодателя, то придется прийти к выводу, что поручительство может прекратиться в судебном процессе. Применять здесь правило об исковой давности, согласно которой она не течет со дня обращения в суд в установленном порядке за защитой нарушенного права на протяжении всего времени, пока осуществляется судебная защита нарушенного права (п. 1 ст. 204 ГК), формально оснований не имеется, поскольку исковая давность и пресекательный срок не тождественные правовые явления (подробнее о соотношении норм об исковой давности и срока поручительства *см. п. «д» ниже*). Если в истечении пресекательного срока в судебном процессе, быть может, и нет логической несурязицы, с политико-правовых позиций это едва ли оправданно. Даже если признать, что строгость российской концепции в отношении срока поручительства обоснована приведенными в предыдущем пункте соображениями, так далеко эта ригоричность заходить не должна. Если кредитор незадолго до истечения срока поручительства успеваеет предъявить поручителю иск, положение последнего не становится настолько неопределенным, чтобы усмотреть здесь основания для его дальнейшей защиты преклюзивным сроком. Напротив, неопределенность начинает исчезать в отношениях сторон, а тот факт, что процесс может несколько затянуться, едва ли столь существенным образом вредит интересам поручителя, чтобы отказать в защите права кредитора. Это был бы избыточный продебиторский, а совсем не сбалансированный подход. Видимо, эти соображения достаточно интуитивно понятны участникам гражданского оборота, а потому нет эмпирических данных о том, что поручители пытаются освободиться от бремени обязательства, ссылаясь на истечение преклюзивного срока после предъявления к ним иска.

Ясно, что для кредитора в переговорном процессе желательно выговорить для себя достаточно продолжительный срок действия поручительства, учитывая в том числе и латентность соответствующих нарушений основного обязательства, например, в виде скрытых дефектов, которые могут проявиться спустя некоторое время после исполнения обязательства, представляющегося по внешней видимости надлежащим. Кроме того, это становится еще более актуальным ввиду появления нового юридического риска, возникшего с принятием комментируемого [Постановления](#) (*см. п. «з» комментария ниже*).

Начальный момент договорного срока поручительства устанавливается самими сторонами по их усмотрению, поскольку никако-

го требования на сей счет закон не устанавливает. Если из договора поручительства не усматривается этот момент, то следует исходить из правил, определяющих начальный момент в двух других методах.

Применение первого метода определения срока, в том числе когда срок поручительства определен календарной датой, исключает применение иных методов определения срока действия поручительства. Если в договоре поручительства указан конкретный срок действия поручительства в виде календарной даты, применение правила п. 6 ст. 367 ГК о прекращении поручительства по истечении года с момента наступления срока исполнения по обеспеченному обязательству не является обоснованным¹.

Если первый метод – договорный, то два других метода – это определение сроков законом. Последний предусматривает срок для двух видов основных обязательств: предусматривающих срок исполнения (второй метод) и не предусматривающих такового (третий метод). Соответственно, для первого вида срок поручительства устанавливается в один год, исчисляемый со дня наступления срока исполнения основного обязательства, а для второго – в два года, исчисляемых со дня заключения договора поручительства.

Если текст прежнего разъяснения в отношении применения второго метода содержал почти точную цитату нормы закона², то с действующим разъяснением дела обстоят несколько иначе. Пленум, указывая, что поручительство прекращается по истечении года со дня наступления срока исполнения основного обязательства, ничего не говорит о пресечении срока вчинением кредитором иска. Означает ли это, что Пленум намерен редуцировать действие нормы, что будет означать возможность истечения срока поручительства в судебном процессе? Как уже было обосновано для первого метода исчисления срока поручительства, это едва ли верное решение. Более того, такая достаточно радикальная редукция вряд ли была бы предпринята столь неявным образом и без какого-либо обоснования. Потому есть основания полагать, что неполное цитирование закона предпринято исключительно с целью экономии. Это подтверждается в абзаце четвертом комментируемого пункта, где срок действия поручительства увязывается с предъявлением иска и прямо указывается, что поручительство не считается прекращенным, если кредитор предъявил иск в пределах соответствующих сроков.

¹ См. Определение СКГД ВС от 1 октября 2019 г. № 74-КГ19-7.

² См. абзац первый п. 33 Постановления № 42.

Закон и оба разъяснения оперируют понятием «*наступление срока исполнения*» применительно к обеспеченному поручительством (основному) обязательству. При этом данное понятие никак не раскрывается и на первый взгляд не должно вызывать сомнений в его понимании. Тем не менее все же следует уточнить один нюанс, имея в виду те случаи, когда по условиям основного обязательства срок его исполнения установлен в виде периода времени, в течение которого должник обязан совершить задолженное действие. Должник вправе произвести исполнение в течение всего этого периода, не впадая в просрочку, а кредитор обязан его принять и не вправе ссылаться на досрочное исполнение (ст. 315 ГК). В этом контексте срок исполнения наступает в первый же день названного периода. Поручительство выдается на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства. До истечения периода исполнения нельзя сказать, что обязательство не исполнено или исполнено ненадлежащим образом. Этот факт можно установить не ранее истечения указанного периода. Поэтому по смыслу п. 6 ст. 367 ГК наступление срока исполнения следует понимать иначе, т.е. исчислять срок действия поручительства не с момента начала периода, а с момента его окончания.

В отношении третьего метода Пленум также не упоминает предъявление кредитором иска поручителю, но и здесь уместны аргументы, приведенные выше применительно к первому методу. Кроме того, при сравнении с прежним разъяснением усматривается отказ Пленума от двух аспектов, которые действующей правовой позицией не восприняты.

Ранее при описании исчисления срока поручительства по бессрочным обязательствам (третий метод), т.е. когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, в качестве примера приводились требования о возмещении вреда и о возврате неосновательного обогащения¹. Теперь таких примеров не приводится. Можно выдвинуть по крайней мере две версии по поводу того, какие мотивы могли послужить основанием к отказу от этих примеров. По вполне очевидным практическим причинам выдача поручительства по деликтным или кондикционным обязательствам является крайне редким явлением. Поэтому от соответствующих примеров могли отказаться просто ввиду их невысокой актуальности. Но предпочтительной версией

¹ См. абзац второй п. 33 Постановления № 42.

является другая, значение которой выходит за рамки поручительства, имея более важное практическое, да и теоретическое последствие. Она сводится к тому, что названные виды обязательств не относятся к бессрочным.

В другом своем разъяснении Пленум указывает, что в силу ст. 405, 1064 ГК причинитель вреда несет риск наступления невозможности возместить вред в натуре *с момента совершения правонарушения* и остается обязанным возместить убытки¹. Согласно п. 1 ст. 405 ГК должник, просрочивший исполнение, отвечает перед кредитором за убытки, причиненные просрочкой, и за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения.

Ни в ст. 405, ни в ст. 1064 ГК не сказано, с какого момента причинитель вреда обязан возместить причиненный вред, а потому обнаружение в них какого-либо смысла, указывающего на этот момент, — дело совершенно безнадежное. В случае причинения вреда нарушается право потерпевшего, и по указанию закона возникает обязательство по возмещению данного вреда. Срок исполнения этого обязательства законом не установлен; в силу внедоговорного характера обязательства договор также не устанавливает его срока, хотя последнее, в принципе, возможно, но широкого применения не имеет. Поэтому ничего не остается, кроме как, опираясь на принцип обеспечения восстановления нарушенных прав (п. 1 ст. 1 ГК), определить, что деликтное обязательство позволяет определить момент его исполнения (п. 1 ст. 314 ГК), установив, что таковым является момент причинения вреда. Нетрудно заметить, что обоснование данного вывода предполагает некоторые девиации от точного значения нормативных положений, но оно ничуть не хуже, чем обнаружение указанного момента в силе ст. 405 и 1064 ГК. Какой бы силой они ни обладали, срока исполнения деликтного обязательства они обнаружить не могут. Формально-юридически к обязательству по возмещению вреда следовало бы применить п. 2 ст. 314 ГК, но тогда деликвент впадал бы в просрочку только после предъявления к нему требования потерпевшим, да еще и с льготным сроком. Последнее, видимо, расходится с представлениями судей о принципе справедливости, ведь причинитель вреда обычно знает или должен знать, что его действиями причинен вред, и он уже обязан его возмещать. Кроме того, в ту же юридическую секунду, в которую причинен вред, у потерпевшего возникает право на иск, что говорит о том, что обя-

¹ См. п. 40 Постановления № 6.

зательство имеет качество перфекции, т.е. созрело к взысканию, а значит, срок его исполнения наступил. Получается, что деликвент сразу же оказывается в просрочке и вообще ее избежать не может. Для целей поручительства это, быть может, и некритично, но для должника не вполне справедливо, ведь во многих случаях причинитель вреда даже не знает размера своего обязательства. Быть может, было бы обоснованным для тех или иных целей связывать просрочку деликвента с моментом предъявления потерпевшим разумно обоснованного расчета своего ущерба, если только причинитель вреда не скрывался намеренно от потерпевшего.

Что касается кондикционного обязательства, то негативные имущественные последствия для должника обычно возникают с момента, когда он узнал или должен был узнать о неосновательности своего обогащения. Например, согласно п. 2 ст. 1107 ГК на сумму неосновательного денежного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими средствами (ст. 395 ГК) с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств. Отсюда можно сделать вывод, что и этот вид обязательства не может быть отнесен к бессрочным, поскольку должник может узнать о неосновательности обогащения необязательно из требования потерпевшего, а ранее.

Еще один аспект, не воспринятый действующей правовой позицией, связан со сроком предъявления требования. Прежнее разъяснение обнаруживает такой фрагмент: «...поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства, если договором поручительства не установлен *иной срок для предъявления* кредитором *требований* к поручителю»¹. Возможно, отказ от этого исключения из общего правила о двухлетнем сроке поручительства, неизвестного закону, связан с его внутренним противоречием. Гипотеза нормы ограничена случаем, когда договором поручительства не установлен срок выдачи поручительства. Если же договор поручительства по бессрочному обязательству предусматривает срок предъявления требования кредитора к поручителю, то этот случай просто не охватывается указанной гипотезой, ибо подпадает под другую норму: поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Иными словами, определяя срок предъявления требования кредитора к поручителю, стороны соглашения тем самым и определяют

¹ См. абзац второй п. 33 Постановления № 42.

срок, на который выдано поручительство. Здесь применяется первый, а не третий метод исчисления срока.

(в) Чаще всего поручительство выдается либо незадолго до возникновения основного обязательства, либо одновременно с его возникновением. Это объясняется самим функциональным назначением обеспечения вообще и поручительства в частности. Упрощенно говоря, во всех таких случаях кредитор не вполне отвечает этимологическому значению своего названия (кредитор – от лат. *credo* («верю»)). Он не вполне верит в исполнительность должника, а потому и прискивает обеспечение. Реже встречаются случаи, когда изначально основное обязательство является необеспеченным, но впоследствии до наступления срока его исполнения выдается поручительство. Такое положение дел наблюдается, например, в таких случаях, когда должник нуждается в увеличении размера кредитования или в продлении срока исполнения своего обязательства, и кредитор, соглашаясь на это, выговаривает себе поручительство.

Но гражданскому обороту известно и такое явление, когда поручительство выдается в отношении уже просроченного основного обязательства (*послесрочное поручительство*). Закон не имеет позитивного установления в отношении такой разновидности поручительства, но судебная практика его допускает (см. п. «д» *комментария к п. 3 Постановления*). Когда в договоре послесрочного поручительства указан срок, на который оно выдано (первый метод), неопределенности в темпоральном аспекте не возникает. Однако, если такой срок не указан, возникает некоторое затруднение в том, какой из двух предусмотренных п. 6 ст. 367 ГК методов определения срока поручительства (второй или третий) применить к данному случаю.

Сложность заключается в том, что по здравом размышлении ни один из них не подходит к послесрочному поручительству. Если применить второй метод (один год с момента наступления срока исполнения по основному обязательству), может случиться дисфункция, если договор поручительства заключен после годовой просрочки должника в основном обязательстве. Если применить третий метод (два года с момента заключения договора поручительства), возникнет противоречие со вторым методом. Поскольку законодатель видит предел риска поручителя при ординарном поручительстве в один год с момента просрочки по основному обязательству, было бы не вполне логичным установить вдвое более продолжительный срок поручительства по уже просроченному обязательству, риски неисполнения которого более высокие, ибо оно уже нарушено.

Поэтому практика сначала для арбитражных судов¹, а теперь и общим образом устанавливает четвертый метод определения срока для послесрочного поручительства: оно прекращается, если кредитор *в течение года со дня заключения договора поручительства* не предъявит иска к поручителю. В отличие от прежнего разъяснения, Пленум и тут не указывает на предъявление кредитором иска, но, как уже обосновано выше, этому не следует придавать юридического значения.

Изменив редакцию прежнего фрагмента разъяснения, Пленум отказался от уточнения, что это правило о послесрочном поручительстве действует в отношении такого основного обязательства, которое еще не исполнено должником. Данная редукция вполне оправдана, ибо это и так было ясно: если обязательство исполнено должником после наступления срока его исполнения, то здесь просто нет предмета для обеспечения.

(г) В комментируемом пункте, а также в п. 24 и 44 Пленум использует понятие «*срок действия поручительства*». Прежнее разъяснение, а до реформы и закон не использовали этого оборота. Его применение в целом уместно, но также уместно упомянуть, что срок действия поручительства (или договора поручительства), причем как указанный в договоре, так и определенный по закону, подчиняется правилу абзаца первого п. 3 ст. 425 ГК, согласно которому законом или договором может быть предусмотрено, что окончание срока действия договора влечет прекращение обязательств сторон по договору. Абзац второй данного пункта, предусматривающий, что договор, в котором отсутствует такое условие, признается действующим до определенного в нем момента окончания исполнения сторонами обязательства, к поручительству не применяется. Однако абзац первый п. 3 ст. 425 ГК применяется к договору поручительства с тем уточнением, что его прекращение не имеет места, если в соответствующий срок кредитор успеет предъявить иск поручителю. Иными словами, названная норма применяется совместно с п. 6 ст. 367 ГК.

Хотя понятие срока действия договора поручительства и можно включить в цивилистический тезаурус, нужно сделать уточнение, что методологически все же нужно принимать во внимание именно срочность права требования к поручителю. Дело в том, что в некоторых случаях договор поручительства может сохранять свое действие, несмотря на прекращение права требования кредитора к поручителю

¹ См. абзац третий п. 33 Постановления № 42.

в связи с истечением срока, например, в отношении тех или иных условий договора о конфиденциальности.

(д) Как и прежнее разъяснение¹, комментируемый пункт содержит суждение о том, что сроки действия поручительства не являются сроками исковой давности и к ним *не применяются положения гл. 12 ГК*. Интересно отметить, что **проект** комментируемого Постановления изначально не содержал этого абзаца. Из **обсуждения проекта** на заседании Пленума не удастся установить, в чем причина такой метаморфозы. Либо имелись сомнения в данном разъяснении по существу, либо его просто изначально не включили по оплошности, которая и была исправлена впоследствии.

Выше уже указывалось, что доминирующим воззрением является отнесение сроков поручительства к преклюзивным (пресекательным) срокам. Учения о преклюзивных сроках, можно сказать, не существует. Все, что наука может предложить на сей счет, — это определение характера данного срока, истечение которого пресекает само существование субъективного гражданского права. Позитивное право тоже ничего, кроме идентичного вывода, не дает. Никакого регулирования пресекательных сроков законом, в том числе в части влияния на них тех или иных обстоятельств, не установлено. Стало быть, в некоторых ситуациях можно констатировать пробел закона, что ставит на повестку дня вопрос о допустимости применения аналогии закона, а значит, и вопрос о допустимости аналогии в отношении норм об исковой давности. В этом аспекте категоричность суждений рассматриваемых разъяснений может вызывать сомнения. Напрямую применить нормы об исковой давности к пресекательным срокам действительно нельзя — тут нет ошибки, но в отношении аналогии такой уверенности нет.

Возьмем пример. Допустим чисто гипотетически, что кредитор находится в составе Вооруженных Сил РФ, переведенных на военное положение. Действительно ли в намерение законодателя входило поставить кредитора в очень затруднительное положение организации защиты своих прав в условиях военного положения? Должен ли ригоризм нашего закона в отношении защиты интересов поручителя заходить так далеко, чтобы не допустить приостановление течения пресекательного срока на основании применяемой по аналогии нормы подп. 2 п. 1 ст. 202 ГК? Ответить на эти вопросы с помощью юридико-технической логики цивилистики невозможно, поскольку ответы на них, скорее, лежат в области правовой интуиции и политики права. Последние же

¹ См. абзац пятый п. 33 Постановления № 42.

вроде бы дают ощущение несправедливости, если кредитор по обычному долговому притязанию защищен приостановлением исковой давности, а кредитор по его притязанию к поручителю — нет.

Возьмем другой пример. Если кредитор предъявил поручителю иск в нарушение подсудности спора с очевидностью не в тот суд. Разве нельзя по аналогии применить положение п. 1 ст. 204 ГК о том, что юридическое значение имеет не всякое предъявление иска куда ни попадя, а предъявление иска в установленном порядке, чтобы поручительство не прекратилось истечением пресекающего срока?

Еще один вопрос — это истечение срока поручительства в процессе рассмотрения спора между кредитором и поручителем (см. п. «з» ниже, а также п. «д» комментария к п. 46 Постановления).

Не преследуя цель исчерпывающего анализа всех положений об исковой давности, рискнем утверждать, что некоторые из них подлежат применению по аналогии к срокам действия поручительства.

В судебной практике можно наблюдать своего рода латентную аналогию, когда суд формулирует для срока поручительства правило, которое предусмотрено для исковой давности, но не ссылается на соответствующую норму и не указывает на аналогию. Так, например, в одном из дел можно усмотреть следующую правовую позицию. При прекращении поручительства в отношении основной суммы долга оно прекращается и в отношении подлежащих уплате процентов на данную сумму независимо от того, что обязанность по уплате этих процентов, равно как и по уплате основного долга, сохраняется для должника до момента фактического исполнения обязательства либо до его прекращения по иным основаниям¹. Нетрудно усмотреть здесь идею п. 1 ст. 207 ГК, согласно которому, в частности, с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.).

Когда срок действия поручительства короче срока исковой давности (второй, третий и четвертый методы), вопрос об истечении исковой давности обычно не возникает, поскольку само право пресекается ранее, чем мог бы истечь трехлетний срок исковой давности. Но в тех случаях, когда преклюзивный срок поручительства более продолжительный, вопрос о соотношении данного срока со сроком исковой давности встает в полный рост и специального ответа в законе не имеет. Суждение Пленума о том, что к срокам поручительства не подлежат

¹ См. Определение СКГД ВС от 12 января 2016 г. № 49-КГ15-19.

применению положения об исковой давности, не означает, что требование кредитора к поручителю вообще не задавливается. Отнюдь нет. В судебной практике обоснованно отмечается, что при нарушении прав кредитора в период действия договора поручительства кредитор вправе предъявить к поручителю иски с учетом общего срока исковой давности¹. Но с какого момента следует исчислять общий трехлетний срок исковой давности? И на этот вопрос дается ответ: течение срока исковой давности для взыскания долга с поручителя начинается с момента, когда у кредитора возникает право предъявить к нему требование об исполнении обязательства².

Если иное не вытекает из договора поручительства, как только должник в обеспеченном поручительством обязательстве допускает его нарушение, у кредитора возникает право на иск к поручителю и начинается исчисляться срок исковой давности. Истечение срока исковой давности не прекращает самого права, но дает поручителю *exceptio temporis*; когда после этого истечет и срок поручительства, то прекратится и само право.

Этот подход в судебной практике в отношении момента начала течения давности противоречит правилам исчисления исковой давности по обязательствам, не предусматривающим срока исполнения (абзац второй п. 2 ст. 200 ГК), к каковым Пленум относит обязательство поручителя (см. п. «г» комментария к п. 43 Постановления).

(е) Из разъяснения последнего (четвертого) абзаца комментируемого пункта ясно следует, что срок поручительства не может истечь в суде, а поручительство не считается прекращенным, если в пределах названных Пленумом сроков кредитор предъявил иск к поручителю. В целом придерживаясь прежних подходов³, Пленум расширительно толкует п. 6 ст. 367 ГК, приравнивая к предъявлению иска также еще два случая: 1) заявление требования ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя и 2) заявление об установлении требований в деле о банкротстве поручителя. В отношении последнего следует уточнить, что такой же эффект, разумеется, наступает, если речь идет об удовлетворении судом заявления кредитора о возбуждении дела о банкротстве в отношении поручителя.

К этому надо добавить, что указанный перечень следует расширить, добавив к нему подачу заявления нотариусу об учинении ис-

¹ См. Определение СКЭС ВС от 28 марта 2017 г. № 305-ЭС16-17914.

² Там же.

³ См. абзац четвертый п. 33 Постановления № 42.

полнительной надписи в тех случаях, когда договором поручительства предусматривается взыскание в таком порядке. Кроме того, к этому же расширению необходимо отнести и заявление о выдаче судебного приказа (гл. 11 ГПК). К сожалению, Пленум не посчитал необходимым сделать названные дополнения, поэтому участникам гражданского оборота следует учитывать некоторую неопределенность по указанным аспектам.

Нормативное обоснование предложения первого последнего (четвертого) абзаца ссылкой на п. 6 ст. 367 ГК на самом деле относится ко всему предшествующему разъяснению в комментируемом пункте. Тот факт, что оно выглядит как относящееся только к предложению первому этого абзаца, объясняется тем обстоятельством, что в **проекте** Постановления данное предложение изначально было последним в рассматриваемом пункте, а ссылка выглядела корректной. Неудачное во всех отношениях добавление в этот абзац второго предложения (вместо того чтобы сделать его отдельным абзацем) и приводит к такому впечатлению.

(ж) Прежнее разъяснение трактовало, что сроки действия *считаются соблюденными* кредитором в названных трех случаях подачи соответствующих заявлений. Действующая редакция несколько изменена: поручительство *не считается прекратившимся*, если такие заявления сделаны в пределах рассмотренных Пленумом сроков.

Трудно с уверенностью утверждать, зачем нужно было изменять редакцию, и чем выражение о том, что поручительство не считается прекратившимся, лучше выражения, что сроки считаются соблюденными. Возможно, это всего лишь стилистическое предпочтение или новая редакция показалась ближе к сути дела, поскольку суждение о соблюдении срока требует добавления к нему еще одной логической операции — поэтому поручительство не прекращается, а действующая редакция сразу же говорит о данном следствии, не требуя более никаких умственных усилий. Так или иначе, пока никакой более глубокой идеи в этой метаморфозе усмотреть не получается. Также, видимо, не следует придавать значения, что разъяснения выглядят как создающие юридические фикции, ибо указывается, что сроки *считаются* соблюденными и договор *не считается* прекратившимся. На самом деле никакой фикции тут нет, ибо в указанных случаях сроки являются соблюденными, а договор не является прекращенным или, попросту говоря, не прекращается. Но даже если и в самом деле имелась в виду юридическая фикция, то вряд ли кто-то ошибется, не увидев ее здесь или, наоборот, увидев.

(з) Разъяснение последнего предложения абзаца четвертого комментируемого пункта ранее судебной практике известно не было. Как уже упоминалось, оно в [проекте](#) Постановления сначала не содержалось и было добавлено при его доработке. Из докладов на заседании Пленума не удалось установить, зачем оно понадобилось.

Это разъяснение концептуально ошибочно, а кроме того, имеет недостатки и по изложению.

Отложив пока данные недостатки изложения, извлечем существо правовой позиции, насколько она правильно нами понята: истечение срока поручительства фиксирует объем ответственности поручителя, которая в дальнейшем не увеличивается. Таким образом, имеется в виду следующая ситуация: кредитор соблюдает соответствующий срок действия поручительства и в пределах этого срока вчиняет иск поручителю, однако до вынесения решения по делу срок поручительства истекает. На момент истечения данного срока и следует определять размер обязательства поручительства. Истечение срока поручительства в процессе рассмотрения спора между кредитором и поручителем в суде кажется совершенно противоестественным (*см. п. «д» комментария к п. 46 Постановления*).

Такой подход смешивает функциональное назначение срока поручительства (п. 6 ст. 367 ГК) с правилами определения размера обязательства поручителя (п. 2 ст. 363 ГК). Срок поручительства установлен для определения ясного понимания поручителем, когда его обязательство прекратится, если в пределах такого срока к нему не будет предъявлен иск. Он не предназначен для определения объема обязательства поручителя. Последний определяется известной диспозитивной максимальной, установленной в соответствии с функциональным назначением поручительства в интересах кредитора: поручитель отвечает в том же объеме, что и должник. Если поручитель заинтересован ограничить размер своего обязательства, об этом следует договориться с кредитором. Разъяснение имеет антикредиторскую и антифункциональную направленность, ослабляющую эффективность этого способа обеспечения. Кроме того, такой метод отличает иезуитская манера: вместо того чтобы прямо установить в договоре, что размер обязательства поручителя фиксируется на момент наступления срока поручительства и в дальнейшем не увеличивается, это делается завуалированным, неявным образом, который к тому же на законе не основан. Преклюзивный срок обязательства пресекает само субъективное право. Коль скоро закон и вслед за ним Пленум обоснованно исключают действие этого срока, если до его истечения предъявлен иск, он более не может

оказывать никакого воздействия на обязательственное отношение. Такой срок выполнил свою функцию, побудив кредитора, не пропустив его, предъявить свои требования к поручителю. У Пленума же получается, что данный срок не пресекает требования, но ограничивает его размер. Но указанным юридическим свойством закон этот срок не наделил, и кредитор не может усмотреть таких последствий ни в одной норме о поручительстве. Получается, что кредитор, рассчитывая на соответствующий размер обязательства, руководствуется нормой, которая и регулирует данный аспект (п. 2 ст. 363 ГК), а оказывается, что этот размер определяется п. 6 ст. 367 ГК, который регулирует совсем другой аспект отношения.

Ясно, что такой подход дестимулирует поручителя исполнять обязательство после наступления срока поручительства и, наоборот, стимулирует всячески затягивать судебный процесс. Это объясняется тем, что Пленум отключил эффект трансляции в акцессорности объема поручительства, дальнейшая просрочка должника и поручителя никаких негативных последствий для последнего не влечет и объема его обязательства не увеличивает, а потому и торопиться ему уже некуда. Напротив, чем больше поручитель оттянет процесс реального исполнения, тем в большем размере он безвозмездно «прокредитуется» за счет контрагента. В этом аспекте текущая практика самого ВС, имеющая некоторое отношение к рассматриваемой проблематике, кажется более обоснованной. Так, при рассмотрении одного из дел было указано следующее. Факт обращения в суд к поручителям *до окончания срока* действия заключенных с ними договоров поручительства, независимо от суммы имеющихся на дату предъявления иска имущественных претензий, в соответствии с положениями ст. 367 ГК должен быть определяющим при разрешении вопроса о прекращении поручительства. Увеличение исковых требований не считается предъявлением нового самостоятельного требования или изменением предъявленного и не должно учитываться при определении истечения срока действия договоров поручительства. Предъявление иска к поручителю на часть имеющегося к нему денежного требования является правом кредитора, который реализует его своей волей и в своем интересе (ст. 2 ГК), как и последующее увеличение исковых требований на основании ч. 1 ст. 49 АПК с соблюдением процессуальных требований об уплате государственной пошлины при увеличении исковых требований. Поскольку истец воспользовался имеющимся у него процессуальным правом вначале заявить иск на одну сумму, а затем инициировать увеличение исковых требова-

ний, его поведение нельзя признать недобросовестным и отказать в защите нарушенного права при обращении в суд¹.

Ничем не обоснованное стремление сместить баланс интересов в пользу поручителей может обернуться против них самих, поскольку побуждает кредиторов выговаривать себе еще большие сроки поручительства, что только увеличит финансовое бремя поручителя.

Кроме того, разъяснение сформулировано в столь категоричной форме, что неизвестно, согласится ли Пленум с тем, чтобы договором поручительства было предусмотрено иное. В любом случае, пока судебная практика не определилась с этим вопросом, кредиторам следует озаботиться тем, чтобы выговорить иное условие в соглашении с поручителем. Другая договорная тактика снижения риска для кредитора — это договорное увеличение срока поручительства.

Даже если концептуально данное разъяснение покажется кому-то приемлемым, его следует уточнить по нескольким аспектам. Оно предусматривает, что с поручителя подлежит взысканию сумма *в счет исполнения основного обязательства*. Исполнение поручителя не засчитывается в счет основного обязательства, что уже не раз было сказано, равно как с этим согласен и сам Пленум, но тем не менее раз за разом используются такие обороты, которые могут сбить с толку. Кроме того, в тексте сказано, что при определении суммы следует исходить из размера *требований, предъявленных* к поручителю в период срока действия поручительства. Это способно совершенно запутать все дело. Что понимать под такими предъявлениями требований? Дело в том, что обычно кредитор предъявляет требование поручителю (иногда неоднократно); если он не удовлетворяет его или удовлетворяет не полностью, кредитор обращается с иском требованием к поручителю. Какие требования из названных имеются в виду? Из приведенной редакции видно, что имеет значение предъявление требований *в период* срока действия поручительства, что можно представить как суммирование всех требований, которые предъявлялись в этот период. Но такое невозможно, поскольку кредитор может неоднократно предъявлять внесудебные требования в отношении одной и той же или разных сумм по мере нарастания объема обязательства поручителя. Означает ли это, что при предъявлении кредитором еще не созревших требований к поручителю они тоже должны учитываться? Вопросы можно множить и дальше, однако и так ясно, что приведенное суждение страдает неопределенностью. Видимо, все же имелось в виду то значение, которое

¹ См. Определение СКЭС ВС от 17 июня 2020 г. № 305-ЭС19-23183.

приведено выше: наступление срока поручительства фиксирует объем ответственности поручителя, которая в дальнейшем не увеличивается. Или, иными словами: если кредитор предъявил соответствующее требование (иск, названные выше заявления) в надлежащий срок, после чего он истек до удовлетворения его требования в установленном порядке, размер обязательства поручителя определяется на момент истечения срока поручительства.

(и) Пленум не затронул одного аспекта, который проявлялся в арбитражной практике. В частности, речь идет о таком случае, когда договором поручительства предусматривалось право кредитора списать соответствующую сумму со счета поручителя в *безакцептном порядке*. Соответствующий платежный документ был предъявлен к счету в пределах срока действия поручительства, но не был исполнен, а иск к поручителю был заявлен за пределами названного срока. Арбитражная практика исходила из того, что поручительство прекратилось¹.

Пленум устанавливает только один способ пресечения течения срока поручительства неюрисдикционным, т.е. частным, образом — предъявление требования ликвидационной комиссии при ликвидации поручителя. Следовательно, формально-юридически к изменению практики нет оснований.

Поэтому кредитору при безуспешности безакцептного списания денежных средств с банковского счета поручителя следует озаботиться своевременным вчинением иска.

(к) В отличие от норм об исковой давности, положения о сроке поручительства не имеют никакого решения по вопросу о том, какое влияние на этот срок оказывает оставление иска кредитора без рассмотрения. Ни прежде, ни действующее разъяснение этого аспекта не затрагивают. В судебной практике иногда возникают вопросы в отношении таких случаев. Так, по одному из дел было указано следующее: если требования кредитора к поручителю были заявлены в пределах срока, но были оставлены судами без рассмотрения по обстоятельствам, связанным исключительно с процессуальным поведением самого кредитора (непредставление требуемых по закону документов, систематическая неявка истца и т.п.), при подаче впоследствии в очередной раз иска к поручителю суд может отказать в иске по причине пропуска годичного срока². Надо заметить, что суждение о том, что суд *может* отказать в иске, на самом деле следует понимать

¹ См. п. 5 Информационного письма № 28.

² См. Определение СКЭС ВС от 22 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11396.

в том смысле, что он отказывает в иске. Срок действия поручительства является сроком существования обязательственного права, поэтому после его истечения кредитор просто утрачивает само право. Стало быть, удовлетворение иска в таких обстоятельствах было бы присуждением недолжного, что недопустимо.

43. Условие договора о действии поручительства до момента фактического исполнения основного обязательства не свидетельствует об установлении определенного срока поручительства. В силу пункта 2 статьи 314 ГК РФ кредитор должен предъявить требование к поручителю в течение сроков, установленных пунктом 6 статьи 367 ГК РФ.

(а) Интуитивно кажется, что поручительство должно действовать до фактического исполнения обеспеченного им (основного) обязательства, а срок его действия может определяться договором именно таким образом. Однако это в целом рациональное представление последовательно отвергается нашей юриспруденцией. О возможных причинах такого подхода см. п. «а» *комментария к п. 42 Постановления*. Несмотря на то что соответствующая правовая позиция была сформулирована не позднее конца прошлого века¹ и, казалось бы, уже должна быть прочно усвоена, участники гражданского оборота, да и некоторые суды до сих пор считают допустимым установление срока поручительства посредством указания в договоре на то, что он действует «до фактического исполнения основного обязательства» или подобным образом. С не меньшей настойчивостью судебная практика держится обратного взгляда так, что иногда уже кажется вошедшим в традицию ежегодное напоминание об этом судебной системе².

Стоит ли упорно держаться хотя и многолетней правовой позиции, если видно, что договорная практика с тем же завидным постоянством отторгает ее, — вопрос, подлежащий обсуждению. Конечно, сущее из должного не выводится; существование того или иного социального явления еще не означает, что оно полезно для общества. Эта практика оправданна, если наш ригоризм в защите интересов поручителя от относительной темпоральной неопределенности его финансового бремени обоснован.

¹ См. п. 2 Информационного письма № 28.

² См., например: определения СКГД ВС от 22 октября 2013 г. № 18-КГ13-101, от 1 апреля 2014 г. № 18-КГ14-5, от 10 ноября 2015 г. № 80-КГ15-18, от 12 апреля 2016 г. № 5-КГ16-25, от 8 августа 2017 г. № 74-КГ17-12, от 3 апреля 2018 г. № 5-КГ17-255; Определение СКЭС ВС от 1 августа 2019 г. № 303-ЭС19-4834.

(б) Формально-юридически недопустимость определения срока поручительства через указание на его действие до фактического исполнения основного обязательства первоначально обосновывалась несоответствием такого условия ст. 190 ГК о сроках в гражданском праве¹. Как известно, согласно данной норме срок в гражданском праве может определяться тремя способами, а именно указанием на 1) день, 2) период, 3) событие, которое должно неизбежно наступить. Даже если признать за фактическим исполнением обязательства должником юридическое свойство события (для сторон договора поручительства), оно в действительности, являясь действием лица, никогда не может обладать качеством неизбежности наступления. Если бы все обязательства неизбежно исполнялись, автор этих строк с высокой степенью вероятности имел бы другую профессию, ибо в большом количестве юристов не было необходимости. Когда указанное в договоре обстоятельство, от которого зависит прекращение обязательства, может наступить или не наступить, это не срок, а условие, ибо срок наступает всегда. Но никогда не прекращающееся поручительство — *nonsense*.

Пленум, содержательно сохраняя многолетнюю правовую позицию о том, что условие договора о действии поручительства до момента фактического исполнения основного обязательства не свидетельствует об установлении определенного срока поручительства, не обосновывает ее ссылкой на ст. 190 ГК. Возможно, это объясняется тем обстоятельством, что после реформы оказался признанным законодателем отлагательно обусловленный срок исполнения обязательства (п. 1 ст. 314 ГК), который также не вполне соответствует ст. 190 ГК. Конечно, срок исполнения обязательства и срок действия поручительства — это различные по функциональному назначению сроки, но и тот, и другой относятся к срокам в гражданском праве вообще, которым и посвящена ст. 190 ГК.

С практических позиций неважно, обосновывается указанная правовая позиция ссылкой на ст. 190 ГК или нет, главное, что она сохраняется, а потому участникам гражданского оборота, и в особенности кредитору, нужно осознавать, что указанное условие в договоре срока поручительства не определяет и вследствие этого подлежат применению установленные законом, а также самим Пленумом (четвертый метод (см. п. «в» *комментария к п. 42 Постановления*)) сроки его действия. Надо заметить, что это следует усвоить и государственным

¹ См.: п. 2 Информационного письма № 28; абзац третий п. 34 Постановления № 42.

органам, которые также ошибочно считают допустимым такое определение срока поручительства¹.

Можно добавить, что комментируемое разъяснение справедливо не только в отношении названного Пленумом выражения о фактическом исполнении основного обязательства, но и, как упомянуто выше, в отношении подобных ему. Такие выражения, как «полное исполнение», «окончательное исполнение», «исчерпывающее исполнение обязательства», повлекут те же правовые последствия: они срока действия поручительства не определяют. Решающее значение имеют не выражения, а принцип: действие лица не обладает свойством неизбежности наступления, а потому срока определять не может, ибо неизвестно, будет оно совершено или нет.

(в) Уже традиционное изменение редакции прежней правовой позиции обращает на себя внимание в той части, в которой Пленум оперирует понятием «*определенный срок поручительства*», в том смысле, что указание на момент фактического исполнения основного обязательства такого срока не устанавливает. Прежнее разъяснение трактовало просто о *сроке* действия поручительства. Поскольку «срок поручительства» и «срок действия поручительства» — тождественные понятия, остается задаться вопросом: имеет ли какое-то содержательное значение это добавление («определенный») к понятию срока поручительства? Скорее всего, нет. Всякий срок должен быть определенным, ибо неопределенный срок — это отсутствие срока. Например, указание в договоре, что должник обязан произвести исполнение поскорее, касается срока исполнения, но им не является. Возможно, указанное добавление сделано для усиления, чтобы высветить характер такого условия — до фактического исполнения обязательства, в том смысле, что к определенности по сроку оно не приводит, а сроки в гражданском праве для того и нужны, чтобы внести в отношения сторон большую определенность.

(г) Срок действия поручительства следует отграничивать от срока исполнения обязательства поручителя. Как уже указывалось, это различные по функциональному назначению сроки, и они подчиняются различному регулированию позитивным правом. Срок исполнения обязательства поручителем должен подчиняться перфекции обеспечительного субъективного права кредитора. Если иное не вытекает из договора поручительства, в момент его заключения у кредитора возникает

¹ См., например, приказ Федеральной налоговой службы от 6 марта 2019 г. № ММВ-7-3/120@ «Об утверждении формы договора поручительства».

обеспечительное субъективное гражданское право — обязательственное право требования. Однако в этот момент оно не является совершенным (созревшим, перфектным), поскольку кредитор не имеет правовой возможности осуществить его принудительно, получив защиту в суде или приведя его к исполнению иным принудительным образом. Перфекция требования кредитора к поручителю не может наступить ранее неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, обеспеченного поручительством. После нарушения должником основного обязательства, обеспеченного поручительством, обеспечительный интерес кредитора подлежит удовлетворению. Здесь и возникает вопрос: в какой же срок поручитель обязан исполнить свое обязательство и уплатить кредитору причитающееся по договору поручительства?

Прежнее разъяснение, как указано выше, также не признавало установление срока поручительства с помощью названного словесного выражения и в связи с этим отсылало правоприменителя к срокам, установленным законом. Вместе с тем какого-либо указания на срок исполнения обязательства поручителя не имелось. Действующее разъяснение также не признает установление срока поручительства при использовании того же словесного выражения, но Пленум добавляет к этому, что *в силу п. 2 ст. 314 ГК кредитор должен предъявить требование к поручителю в течение сроков, установленных законом (п. 6 ст. 367 ГК).*

Сразу же надо уточнить, что выражение о том, что кредитор *должен* предъявить требование, необходимо понимать не в том смысле, что у него есть какая-то обязанность перед кем-либо сделать это, а в том смысле, что, если он не успеет предъявить соответствующее требование в пределах срока действия поручительства, последнее прекратится.

Ссылка Пленума на п. 2 ст. 314 ГК недвусмысленно свидетельствует, что обязательство поручителя относится к так называемым бессрочным обязательствам. Действительно, закон не предусматривает срока исполнения обязательства поручителя, обычно это не предусматривается и договором. Тем не менее нельзя исключать, что договор поручительства может предусмотреть данный срок. На первый взгляд такое сложно помыслить, ибо поручитель не знает, нарушено обязательство должником или нет, а потому нефункционально устанавливать в договоре некоторый срок, например на следующий день после наступления даты исполнения в основном обязательстве или на следующий день после истечения периода исполнения по основному обязательству. Если возложение на поручителя обязанности

самому выяснять, нарушено ли обязательство должником, и затем в предусмотренный договором срок заплатить кредитору даже с учетом аффилированности поручителя с должником может выглядеть избыточным, все же нельзя исключать, что договор поручительства может предусматривать некоторый период, в который поручитель обязан произвести исполнение после требования кредитора, отличный от льготного семидневного срока п. 2 ст. 314 ГК. На практике иногда предусматривается кредиторская обязанность по уведомлению поручителя о нарушении должником обязательства, после исполнения которой кредитором согласно определенному договором периоду поручитель обязан заплатить¹. В такой ситуации перед нами отлагательно обусловленный срок, предусмотренный п. 1 ст. 314 ГК. Срок исполнения обязательства должника (поручителя) исчисляется с момента совершения действия другой стороной – уведомления, от которого отсчитывается период, определенный договором. Если кредитор так и не уведомит поручителя о нарушении должника и пресекательный срок поручительства истечет, поручительство прекратится без просрочки поручителя.

За пределами этих возможных особенностей договорного регулирования действует названное законоположение. Стало быть, после предъявления кредитором требования, а также истечения льготного семидневного срока наступает полная перфекция притязания кредитора к поручителю, которое подлежит защите судом. Собственная просрочка поручителя наступает после истечения указанного льготного срока. С учетом эффекта акцессорной трансляции объем обязательства поручителя тем не менее не зависит от того, находится ли поручитель в просрочке, поскольку размер его обязательства определяется последствиями просрочки должника, если только он не ограничен соответствующим образом договором поручительства. Если же договором поручительства установлена ответственность за собственную просрочку кредитора, например неустойка, то правила п. 2 ст. 314 ГК будут определять начало ее начисления. Наличие или отсутствие просрочки поручителя также может иметь практическое значение для поручительства второго уровня (см. п. «г» комментария п. 1 *Постановления*), а также для иного обеспечения собственного обязательства поручителя, равно как и для начала течения срока исковой давности (абзац второй п. 2 ст. 200 ГК). В отношении исковой давности по требованию кредитора к поручителю см. также п. «д» комментария к п. 42 *Постановления*.

¹ См., например, Определение СКЭС ВС от 28 марта 2017 г. № 305-ЭС16-17914.

44. Предъявление кредитором к должнику требования о досрочном исполнении основного обязательства, в том числе когда срок исполнения в силу закона считается наступившим ранее, чем предусмотрено условиями этого обязательства, не сокращает срок действия поручительства. В этом случае срок действия поручительства исчисляется исходя из первоначальных условий основного обязательства, как если бы не было предъявлено требование о досрочном исполнении обязательства (пункт 6 статьи 367 ГК РФ).

(а) Акцессорность поручительства с неизбежностью ставит на повестку дня вопрос о влиянии тех или иных изменений в отношениях по основному обязательству на те или иные параметры поручительства. Это касается и темпоральных аспектов, в том числе срока действия поручительства, а именно его зависимости от сокращения (уменьшения) срока исполнения в основном обязательстве. Этот последний может сокращаться по различным основаниям. Что касается его уменьшения по соглашению между кредитором и должником в основном обязательстве, то данный вопрос уже был рассмотрен (см. п. «к» и «м» *комментария к п. 24 Постановления*). Приведенные там соображения имеют некоторое отношение и к изложенным ниже соответствующим комментариям.

Обязательственное отношение достаточно динамично, и по мере его развития могут происходить различные девиации от его первоначальной программы. Одним из таких отклонений является *досрочное истребование кредитором исполнения обязательства (акселерация)*. Здесь в силу условий договора или на основании закона кредитор уполномочен требовать исполнения ранее наступления перфекции по его требованию, т.е. ранее его темпорального созревания согласно предусмотренным обязательством условиям. Чаще всего это связано с тем или иным нарушением должником обязательства или ухудшением условий его обеспечения. В связи с этим необходимо определить, каким образом требование досрочного исполнения (требование об акселерации) влияет на срок действия поручительства.

(б) До реформы ГК нормы о поручительстве никакого регулирования на случай досрочного требования исполнения по основному обязательству в отношении срока действия поручительства не устанавливали.

В арбитражной практике молчание закона было восполнено судебным толкованием, которое продемонстрировало дифференцированный подход в зависимости от метода определения срока действия

поручительства (об этих методах см. п. «б» и «в» комментария к п. 42 Постановления). Для первого (договорного) метода предусматривалось, что предъявление кредитором требования к должнику о досрочном исполнении обязательства не влияет на течение срока действия поручительства, так как поручитель отвечает перед кредитором до истечения срока действия поручительства, установленного в договоре поручительства¹. Для второго метода (годовой срок от срока исполнения) предусматривалось, что, в случае если у кредитора, требования которого обеспечены поручительством, не содержащим условие о сроке его действия, возникло право потребовать досрочного исполнения обязательства (например, в соответствии с п. 2 ст. 811 ГК), годичный срок для предъявления требования к поручителю исчисляется со дня, когда кредитор предъявил к должнику требование о досрочном исполнении обязательства, если только иной срок или порядок его определения не установлены договором поручительства². Схожий подход усматривался и в практике судов общей юрисдикции³.

Условно можно говорить, что в первом случае проявляется прокредиторский подход, поскольку правовые возможности кредитора в отношении обеспечения не меняются, а во втором – продебиторский подход, поскольку срок действия поручительства сообразно сдвигается во времени не к пользе кредитора. При этом, однако, в абсолютном значении срок действия поручительства не сокращается, а потому права кредитора существенным образом не затрагиваются, ибо он способен к защите своих прав в отношении поручителя в течение того же периода, а последний лишь начинает истекать ранее.

Некоторые сомнения возбуждает то обстоятельство, что первый случай может оказаться тождественным второму, однако срок определяется по-разному. Например, договором поручительства предусматривается тот же годичный срок его действия, исчисляемый с момента наступления срока исполнения в основном обязательстве. На первый взгляд может показаться, что это нереалистичный пример, ибо зачем же сторонам предусматривать такое условие, если оно и так действует в силу закона? Однако практика показывает, что составители договоров достаточно часто включают такие условия в договоры (чего стоит знаменитое положение о том, что стороны договора несут от-

¹ См. абзац первый п. 34 Постановления № 42.

² См. там же, абзац второй.

³ См. определения СКГД ВС от 27 февраля 2018 г. № 78-КГ17-105 и от 13 февраля 2018 г. № 44-КГ17-22.

ветственность за его неисполнение в соответствии с действующим законодательством). Кроме того, если считалось справедливым сдвигать годичный срок при досрочном истребовании исполнения, то, надо полагать, если договором предусмотрен более продолжительный срок действия поручительства, привязанный к сроку исполнения по основному обязательству, то надо прийти к выводу о необходимости такого же темпорального сдвига. Можно предположить, что приведенная дифференциация подходов была предпринята ввиду того, что неизменность срока действия поручительства предусматривалась, поскольку в первом (прокредиторском) подходе имелось в виду, что срок действия поручительства определен календарной датой (например, поручительство действует до 1 апреля 2022 г.). Вместе с тем непонятно, почему такой же сдвиг, как и во втором подходе, не нужно делать и в этом случае. Если действие поручительства определено календарной датой, то и в данной ситуации соотношение срока исполнения по основному обязательству с такой датой дает известный период. Одним словом, обе ситуации мало чем отличаются, а потому возникают сомнения в обоснованности указанной дифференциации. Кроме того, сама необходимость темпорального сдвига срока действия поручительства может быть поставлена под сомнение. Ведь поручительство служит на пользу кредитору, и когда последний предпринимает шаги по защите своего права, предъявляя требование досрочно, это не должно обращаться к его невыгоде, в том числе в отношении параметров обеспечения. Что касается интересов поручителя, то, обязавшись отвечать до определенного момента, как бы он ни определялся, поручитель не может не представлять календарную дату прекращения своего бремени. Коль скоро он с ней согласен, она должна оставаться неизменной.

(в) Законодатель в ходе реформы ГК озаботился заполнением пробела относительно влияния досрочного требования кредитора об исполнении обязательства, обеспеченного поручительством, на срок его действия. Согласно абзацу второму п. 6 ст. 367 ГК предъявление кредитором к должнику требования о досрочном исполнении обязательства *не сокращает* срок действия поручительства, определяемый исходя из первоначальных условий основного обязательства.

Как видно, законодатель не отразил какой-либо дифференциации диспозиции нормы о том, что срок действия поручительства не сокращается, в зависимости от того, каким методом определяется этот срок. Никакого сдвига срока буквальным образом не предусматривается.

(в) Пленум также отказывается от описанной выше дифференциации влияния досрочного требования кредитора об исполнении

основного обязательства в зависимости от того, как определяется срок действия поручительства.

Диспозиция единая и такая же, как в законе: срок действия поручительства не сокращается.

Но указания законодателя и Пленума о том, что срок поручительства не сокращается, недостаточно, поскольку время, как известно, относительно. Также необходимо определить, происходит ли календарный сдвиг срока действия поручительства в тех случаях, когда по условиям договора или в силу закона (второй метод) он не определяется календарной датой, а привязан к сроку исполнения основного обязательства. Законодатель делает это неудовлетворительным образом, а точнее, использует такой словесный оборот, который порождает неопределенность. Там сказано, что при предъявлении кредитором досрочного требования срок действия поручительства определяется *исходя из первоначальных условий основного обязательства*.

Законодатель не учитывает, что срок действия поручительства может рассматриваться как абсолютная величина и как относительная. Приведем пример. Договор поручительства предусматривает, что поручительство действует в течение двух лет с момента наступления срока исполнения основного обязательства. Допустим, этот последний срок — 1 апреля 2022 г. Кредитор предъявляет досрочное требование 1 апреля 2021 г. Согласно первоначальным условиям, двухлетний срок поручительства должен был закончиться 1 апреля 2024 г.; если оставить его таким, это соответствует норме закона: срок поручительства не сокращается и определяется в соответствии с первоначальными условиями обязательства. Если учесть его привязку к дате исполнения обеспеченного поручительством обязательства, то срок действия поручительства должен закончиться 1 апреля 2023 г. И это соответствует норме закона, поскольку срок действия поручительства не сокращается, ибо оно как действовало в течение двух лет, так и остается той же продолжительности (с 1 апреля 2021 г. по 1 апреля 2023 г.) и определяется исходя из первоначальных условий обязательства — с момента наступления срока исполнения основного обязательства. Применение нормы в зависимости от ее толкования дает погрешность в один год, что неприемлемо.

Можно увидеть, что Пленум обнаружил этот недостаток закона и исправил его. Разъяснение содержит проясняющее ситуацию добавление: срок действия поручительства исчисляется не просто исходя из первоначальных условий обязательства, а *как если бы не было предъявлено требование о досрочном исполнении* обязательства. Эта логическая

фикция не оставляет сомнений в том, как следует исчислять срок. Возвращаясь к нашему примеру, поручительство действует до 1 апреля 2024 г.

Нетрудно заметить, что Пленум избрал прокредиторскую позицию, что укрепляет обеспечительную функцию поручительства, но с неизбежностью увеличивает риски и финансовое бремя поручителя. Политико-правовое обоснование уместности возложения названного риска на поручителя можно усмотреть в том, что поручитель, изначально давая поручительство, как бы ни определялся срок его действия, представлял себе, что он будет нести данное финансовое бремя и все риски, с этим связанные, до определенной календарной даты. Именно до указанного момента он должен быть готов держать соответствующие финансовые средства наготове или иметь возможности предпринять организационные усилия их приискания в любой момент в течение этого времени. Досрочное требование исполнения свидетельствует об увеличении риска поручителя, однако не в связи со сроком действия поручительства, а потому, что наступили соответствующие обстоятельства, влекущие возникновение у кредитора такого права. Но этот риск поручитель изначально принимает на себя, ведь поручительство и выдается на тот случай, если должник не устоит в своем обязательстве. Иными словами, обязанность должника произвести в соответствующих случаях исполнение досрочно обнимается обеспечительным риском поручителя, так же как исполнение должником своего обязательства в предусмотренный им срок входит в предмет обеспечения поручителя. Последний принимает на себя все риски, связанные с наступлением таких последствий, как неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, если только он не позаботился об ограничении своей ответственности по тем или иным параметрам. Тот факт, что при акселерации поручитель может вынуждаться также к досрочному исполнению сокращением срока поручительства, отменить нельзя.

Надо заметить, что досрочное истребование исполнения по основному обязательству может приводить в соответствующих случаях не только к возникновению рассмотренного выше риска, но и к потенциальному увеличению объема обязательства поручителя вследствие эффекта аксессуарной трансляции. Если должник не исполнит досрочно своего обязательства, то предусмотренные законом или договором меры ответственности, представляющие собой периодические санкции (проценты по ст. 395 ГК, пени, мораторные убытки), начинают применяться ранее первоначального срока. Получается, возможный период

просрочки, покрытый поручительством, увеличивается, а потому потенциально возрастает и объем обязательства поручителя. Если иное не предусмотрено договором, поручитель не вправе ссылаться на это обстоятельство, и в отношении таких охранительных обязательств срок действия поручительства не сокращается. Конечно, поручитель сам способен контролировать процесс наращивания своего объема ответственности, ибо, удовлетворив кредитора, он остановит его нарастающие притязания.

(г) Если в отношении диспозиции нормы Пленум устранил двойственность, то в отношении гипотезы можно наблюдать обратное движение. Компаративный анализ показывает, что прежнее разъяснение, в отличие от действующего, не выделяло такое изменение в основном обязательстве, когда *срок исполнения в силу закона считается наступившим ранее*. При этом данная ситуация рассматривается Пленумом как частный случай, при котором кредитор предъявляет к должнику требование об исполнении обязательства досрочно.

Действительно, досрочное предъявление кредитором требования об исполнении обязательства может иметь различные правовые основания. Они могут быть связаны с тем или иным нарушением основного обязательства должником (например, при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа (п. 2 ст. 811 ГК)), они могут быть не связаны с каким-либо нарушением основного обязательства должником (например, при соответствующей утрате или ухудшении обеспечения (ст. 813 ГК)), они могут быть связаны с наступлением того или иного условия, предусмотренного основным обязательством (например, если по условиям договора займа предусматривается его досрочный возврат в случае увольнения займодавца), а также они могут быть связаны с наступлением определенного обстоятельства, предусмотренного законом. Именно к последнему основанию относится то, которое специально предусмотрено Пленумом. Тем не менее принцип неизменности срока поручительства распространяется на все названные случаи, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Если обязанность должника исполнять свое обязательство ранее срока во всех указанных случаях, кроме последнего, возникает в связи с предъявлением кредитором требования о досрочном исполнении, то в последнем случае, наоборот, обязанность должника считается наступившей ранее, поскольку возникло обстоятельство, предусмотренное законом, а предъявление кредитором требования о досрочном исполнении является следствием, а не причиной соответствующего из-

менения в обязанности должника. В каких же случаях срок исполнения обязательства считается наступившим ранее в силу закона?

Такие случаи несложно обнаружить в законодательстве. Например, с момента принятия решения о ликвидации юридического лица срок исполнения его обязательств перед кредиторами считается наступившим (п. 4 ст. 61 ГК); для участия в деле о банкротстве срок исполнения обязательств, возникших до принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, считается наступившим (п. 3 ст. 63 Закона о банкротстве); с момента отзыва у кредитной организации лицензии на осуществление банковских операций считается наступившим срок исполнения обязательств кредитной организации, возникших до дня отзыва лицензии на осуществление банковских операций (ст. 20 Закона о банках и банковской деятельности).

Коль скоро такое специализированное по основанию досрочное истребование исполнения основного обязательства не сокращает срока действия поручительства, *a fortiori* не сокращает его и сам факт наступления того обстоятельства, в соответствии с которым срок исполнения в силу закона считается наступившим ранее.

Зачем понадобилось выделение одного из случаев предъявления кредитором требования о досрочном исполнении основного обязательства, если в законе правило сформулировано общим образом и, стало быть, охватывает все случаи? Объяснение этому можно усмотреть только при условии, что Пленуму известны случаи в судебной практике, при которых срок поручительства ошибочно рассматривался судами сократившимся. Множественности таких случаев нами не обнаружено.

(д) В комментируемом пункте Пленум в третий раз использует понятие «*срок действия поручительства*», поэтому уместно обратить внимание на один нюанс, вытекающий из п. 3 ст. 425 ГК о сроке действия договоров, который рассматривается в п. «г» комментария к п. 42 **Постановления**.

(е) Ни закон, ни Пленум не содержат никаких указаний для определения того, является ли абзац второй п. 6 ст. 367 ГК, посвященный досрочному предъявлению требования кредитором, *императивным* или *диспозитивным*. Можно предположить, что Пленум не коснулся этого аспекта ввиду совершенной очевидности ответа на такой вопрос. Конечно, нет никаких политико-правовых или юридико-технических причин для ограничения свободы договора по данному вопросу. Стороны могут предусмотреть, что срок действия поручительства при предъявлении кредитором досрочного требования исчисляется с момента предъявления такого требования. Также они могут предусмотреть

и любой иной вариант изменения первоначально установленного срока поручительства для данного случая. Прежняя правовая позиция, правда, только для отдельного случая (и внутренне противоречивым образом) указывала на свободу договора в части определения срока действия поручительства. Между тем надо исходить из того, что стороны свободны в установлении договором последствий досрочного предъявления кредитором требования в отношении срока действия поручительства во всех случаях, а закон никаких ограничений для этого не устанавливает.

45. Если обязательство по уплате денежной суммы исполняется по частям, кредитор вправе требовать исполнения обязательства поручителем с момента неуплаты соответствующей части, например со дня невнесения должником очередного платежа, такое обязательство исчисляется отдельно по каждому просроченному платежу.

При согласовании между кредитором и должником условий об авансе обязанность поручителя отвечать перед кредитором возникает с момента невнесения должником основного платежа, а не аванса, если иное не вытекает из условия основного обязательства и договора поручительства.

(а) Чаще всего поручительство обеспечивает договорное обязательство. Более чем распространенным явлением является возникновение из договора не одного, а нескольких обязательств в узком смысле. Это может повлечь возникновение такого юридического феномена, как *множественность сроков действия поручительства*. Множественность сроков поручительства predetermined тем обстоятельством, что поручительство обеспечивает не договор, а обязательства, возникшие из договора. Если действие поручительства определено договором календарной датой или периодом времени, начинающимся, например, от даты заключения договора поручительства, то множественности сроков поручительства не возникает, ибо для всех обязательств должника поручительство прекратится в один и тот же момент. Однако, когда договором срок поручительства не установлен, в силу второго метода (о методах определения срока поручительства см. п. «б» и «в» *комментария к п. 42 Постановления*) годичный срок поручительства исчисляется от срока исполнения основного обязательства. Такое же последствие наступает, если по условиям договора поручительства срок его действия привязан к сроку исполнения обязательств должника. Если структура обязательства складывается из нескольких обязательств с различными сроками их исполнения, наблюдается указанный фено-

мен — *дискретный метод* определения срока действия поручительства. По каждому обязательству срок поручительства исчисляется отдельно, а потому и поручительство прекращается в различные сроки: по одним обязательствам раньше, по другим позднее. Указанное положение дел учитывается в судебной практике, где, в частности, обоснованно указывается, что годичный срок на предъявление требований к поручителю следует считать не с момента истечения срока действия кредитного договора, а с момента, когда должник впал в просрочку. При ежемесячном погашении долга течение годичного срока начинается со дня невнесения очередного платежа и исчисляется *отдельно по каждому просроченному платежу*¹. Такое отдельное исчисление сроков можно определить в качестве дискретного метода определения срока действия поручительства.

(б) Пленум обращается к теме отдельного (дискретного) исчисления сроков действия поручительства на примере исполнения обязательства по частям, которая прежним разъяснением не затрагивалась.

Если обязательство, в том числе денежное, предусматривает исполнение обязательства по частям, то это означает структурирование совокупного обязательства должника таким образом, что оно состоит из такого числа обязательств в узком смысле, которое равно числу частей. Каждая часть обязательства — на самом деле отдельное обязательство, а все вместе они суть совокупное обязательство должника. У каждого из таких обязательств имеется свой срок исполнения, поэтому, как только должник нарушает исполнение данного обязательства, право кредитора в отношении поручителя становится перфектным (созревает), и он вправе потребовать от поручителя исполнения его обязательства в размере, соответствующем причитающемуся с должника в соответствующей части. Коль скоро у каждого обязательства имеется свой срок исполнения, который определяется условиями обязательства или по закону, то здесь также возникает множественность сроков действия поручительства. В отношении каждого обязательства (части исполнения) срок действия исчисляется дискретным методом. В тексте Пленума, видимо, допущена опечатка. Выражение «...со дня невнесения должником очередного платежа, *такое обязательство исчисляется отдельно по каждому просроченному платежу*» некорректно. Исчисляться может только количественная величина, а одно

¹ Определение СКГД ВС от 7 июня 2016 г. № 5-КГ16-74; см. также п. 3.2 *Обзора* судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.).

обязательство само по себе количества не имеет. Но смысл разъяснения понятен: имеется в виду исчисление срока действия поручительства, привязанного к сроку исполнения основного обязательства, которое производится отдельно применительно к каждому просроченному платежу, т.е. дискретным методом.

Приведем пример. Если обязательство предусматривает уплату долга в два приема – соответственно в сроки 1 апреля 2022 г. и 1 ноября 2022 г., то двухгодичное поручительство прекратится в отношении первой части 1 апреля 2024 г., а в отношении второй – 1 ноября 2024 г. Поэтому, если кредитор предъявит иск к поручителю 1 октября 2024 г., такой иск подлежит удовлетворению только в части, поскольку по первой части право кредитора пресеклось (прекратилось) истечением преклюзивного срока поручительства. При этом, даже если в договоре, из которого возникли основные обязательства, указано, что он действует до 1 декабря 2022 г., это равным счетом ничего не меняет. Кредитор не вправе рассчитывать, что срок поручительства не истекает до окончания срока действия договора, если это не было предусмотрено договором поручительства.

(в) Пленум определяет гипотезу своего разъяснения указанием на случай, когда *обязательство исполняется по частям*, что требует некоторого уточнения. Дело заключается в том, что неважно, как фактически исполняется обязательство должником, юридическое значение для правильного исчисления срока действия поручительства имеет отдельное определение сроков исполнения каждой части исполнения, поскольку именно эти сроки определяют начало течения пресекающего срока поручительства. Множественность сроков поручительства образуется тогда, когда у должника есть не одно-единственное обязательство, а несколько обязательств с различными сроками исполнения, в том числе когда обязательство *подлежит* исполнению по частям. В этих случаях срок поручительства исчисляется в зависимости от сроков исполнения каждого обязательства (каждой части исполнения), которые определяются по условиям обязательства или по закону.

Приведем пример. У должника имеется обязательство уплатить долг 1 апреля 2022 г., однако он впал в просрочку и произвел часть исполнения 15 апреля 2022 г., другую часть – 1 ноября 2022 г., а оставшуюся часть долга не уплатил. Двухлетнее поручительство прекратится 1 апреля 2024 г., а исполненное по частям обязательство никакого влияния на срок действия поручительства не оказывает.

При этом надо принимать во внимание, что если сроки исполнения этих обязательств (части исполнения) не указаны и не могут быть

определены или определены моментом востребования (бессрочные обязательства), то множественности сроков действия поручительства не возникает, поскольку его срок исчисляется с момента заключения договора поручительства, а он является единым для всех обязательств (унитарный срок действия поручительства).

(г) В некоторых случаях для определения срока действия поручительства придется применять несколько методов, предусмотренных п. 6 ст. 367 ГК. *Мультиметодная концепция* влечет возникновение множественности сроков действия поручительства, когда к одним обязательствам должника применяется один метод определения срока, а к другим иной метод. Например, если у должника имеется одно обязательство с установленным сроком исполнения, а другое – бессрочное, то применяется соответственно второй и третий метод. Получится множественность сроков поручительства, при которой по одному обязательству поручительство прекращается в один срок, определяемый по сроку его исполнения, а по второму – в другой срок, определяемый по сроку заключения договора поручительства. При этом для некоторых обязательств характерна высокая степень дискретности, так что число сроков может измеряться сотнями. Например, по неустойке, установленной за каждый день просрочки, срок исполнения наступает каждый день, соответственно, по каждому дневному неустоечному периоду срок поручительства исчисляется отдельно и сообразно этому может прекращать поручительство истечением пресекающего срока каждый день.

(д) Гипотеза разьяснения Пленума охватывает только денежное обязательство («обязательство по *уплате денежной суммы*»). Это может показаться необоснованным ограничением правила об отдельном исчислении срока. Как верно разьяснил сам Пленум, поручительством может быть обеспечено не только денежное обязательство, но и обязательства по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг, воздержанию от совершения определенных действий и т.п. (абзац первый п. 2 [Постановления](#)). Естественно, и такие виды *неденежных* обязательств в силу закона или по договору могут подлежать исполнению по частям, т.е. представлять собой множественность обязательств с различными сроками исполнения. Стало быть, когда по условиям договора поручительства срок действия поручительства привязан к сроку исполнения основного обязательства или когда применяется второй метод определения срока, срок поручительства также должен исчисляться отдельно по каждому просроченному действию. Например, если обязательства поставщика по периодическим поставкам (ст. 508

ГК) обеспечены поручительством, то при просрочке поставки одной партии начинается исчисляться отдельный срок действия поручительства, при просрочке поставки другой партии – иной срок действия поручительства. Может показаться, что обратный подход приводил бы к неравенству прав кредитора и поручителя при тождественности имущественного интереса, что противно принципу равенства в гражданском праве. Поэтому разъяснение Пленума, быть может, следует воспринимать как иллюстрацию принципа дискретного исчисления сроков поручительства на примере денежного обязательства.

Однако, возможно, указание Пленума только на обязательство по уплате денежной суммы сделано не случайно. Дело в том, что кредитор не вправе требовать исполнения поручителем неденежного обязательства должника, а его притязание к поручителю всегда денежное (абзац второй п. 2 [Постановления](#)). В связи с этим, быть может, Пленум имел в виду, что срок действия поручительства в таких случаях необходимо определять не в привязке к сроку регулятивного неденежного обязательства (сроку передачи товара, сроку выполнения работ, сроку оказания услуг и т.п.), а по сроку соответствующего вторичного (дополнительного) обязательства – возмещения убытков, уплаты неустойки, возврата аванса. В каких-то случаях срок регулятивного и срок вторичного обязательства совпадут, в каких-то не совпадут, а в каких-то повлекут возникновение множества обязательств и, соответственно, множественность сроков поручительства (например, неустойчное обязательство уплаты пени).

(е) Давая разъяснение о дискретном методе исчисления срока действия поручительства, Пленум присовокупляет к этому указание о праве кредитора требовать исполнения с поручителя. Указывается, что *кредитор вправе требовать исполнения обязательства поручителем с момента неуплаты соответствующей части, например со дня не внесения должником очередного платежа*. Все это верно, только надо учитывать, что для срока поручительства реализация указанного права кредитором irrelevantна. Строго говоря, это добавление вообще не нужно и не имеет никакого значения для самой правовой позиции, которая может быть сформулирована более лаконично без ущерба для ее смысла: если обязательство должно исполняться по частям, срок действия поручительства исчисляется отдельно по каждой просроченной части предоставления.

Указанное добавление сделано, видимо, для обоснования самого дискретного метода: коль скоро кредитор вправе требовать исполнения с поручителя в отношении соответствующей части исполнения,

то и срок начинает исчисляться отдельно по этой просроченной части исполнения. Действительно, здесь есть логическая связь, но не функциональная: фактическое наличие или отсутствие требования кредитора не имеет значения для исчисления срока действия поручительства.

(ж) Как уже было указано выше, из выражения Пленума «если обязательство... исполняется по частям...» не следует, что дискреция срока поручительства зависит от фактических действий, поскольку закон связывает исчисление срока действия поручительства с условием о сроке исполнения основного обязательства, а не с фактом его исполнения. Если условия обязательства не предусматривали его исполнения по частям, но оно стало исполняться должником по частям, необходимо определить влияние этого обстоятельства на исчисление срока действия поручительства. Видимо, здесь следует провести дифференциацию в зависимости от того, при каких обстоятельствах происходит изменение модуса исполнения основного обязательства.

Изменение порядка исполнения может сопровождаться таким изъятием воли сторон, что это будет свидетельствовать об изменении условий обязательства. Самый простой случай можно наблюдать тогда, когда должник при производстве частичного исполнения предлагает изменить условия обязательства, а кредитор соглашается с этим. В таком случае если изменение основного обязательства не приводит к ухудшению положения поручителя, то при молчании на сей счет самого договора поручительства подлежит применению дискреционный метод исчисления срока действия поручительства.

Но чаще, наверное, можно наблюдать иную картину. Когда без изменения условий обязательства должник начинает исполнять обязательство, которое подлежало исполнению целиком, по частям, а кредитор принимает такое исполнение, последнее означает, что кредитор не воспользовался своим возражением о недопустимости частичного исполнения (ст. 311 ГК). Условий обязательства это не меняет. Потому, как только и если должник допустит просрочку исполнения обязательства в отношении оставшейся части предоставления, подлежит применению *ординарный метод* исчисления срока поручительства, который исчисляется с момента такой просрочки. По-иному и быть не может, поскольку в отношении оставшегося предоставления по условиям обязательства невозможно выделить части и сроки исполнения. Между тем дискретный метод исчисления срока действия поручительства может быть использован, когда обязательство предусматривает или позволяет определить срок его исполнения, включая сроки исполнения в отношении отдельных частей предоставления.

(з) Пленум не затронул одного немаловажного вопроса, который проявился в практике экстракассации. По общему правилу по каждому обязательству срок действия поручительства исчисляется отдельно и не зависит от истечения сроков по другим обязательствам в узком смысле. Однако суд обнаруживает такую зависимость. При прекращении поручительства в отношении *основной суммы долга* оно прекращается и в отношении подлежащих уплате процентов на эту сумму независимо от того, что обязанность по уплате данных процентов, равно как и по уплате основного долга, сохраняется для должника до момента фактического исполнения обязательства либо до его прекращения по иным основаниям¹. Нетрудно заметить, что применен тот же принцип, который заложен в п. 1 ст. 207 ГК. Согласно данной норме с истечением срока исковой давности по главному требованию считается истекшим срок исковой давности и по дополнительным требованиям (проценты, неустойка, залог, поручительство и т.п.), в том числе возникшим после истечения срока исковой давности по главному требованию. Конечно, суд не ссылается на указанное законоположение, видимо, прекрасно понимая, что срок исковой давности и срок действия поручительства не тождественные сроки. Однако сам принцип применен точно такой же — только в его приложении к пресекательному сроку поручительства. Таким образом, к трем методам исчисления срока поручительства, введенным п. 6 ст. 367 ГК, и одному особому методу, предусмотренному самим Пленумом (абзац второй п. 42 [Постановления](#)), добавляется еще и пятый — специальный метод, если данная правовая позиция получит признание в нашем праве. При этом надо заметить, что комментируемое [Постановление](#) такого не демонстрирует, но и не опровергает указанного подхода.

Насколько само введение пятого метода обоснованно, наверное, можно спорить, ибо его политико-правовая обоснованность неочевидна. Дело заключается в том, что поручитель и так имел бы защиту по п. 1 ст. 207 ГК в виде темпоральной эксцепции по исковой давности. Поручитель вправе возражать против требования кредитора ссылкой на истечение исковой давности к должнику. Стало быть, как только по специальному основанию п. 1 ст. 207 ГК задавнились бы дополнительные требования кредитора к должнику, включая требования по регулятивным или охранительным процентам, истекла бы исковая давность и по требованию к поручителю в силу этой же нормы. Если сроки поручительства короче сроков исковой

¹ Определение СКГД ВС от 12 января 2016 г. № 49-КГ15-19.

давности, а в отношении законных сроков по второму (один год) и третьему методу (два года) это обычно так и есть, то пятый метод улучшает положение поручителя, поскольку срок поручительства, исчисляемый отдельно по каждому процентному периоду, позволяя бы кредитору взыскивать соответствующие проценты и при прекращении срока поручительства в отношении суммы основного долга вплоть до задавнивания этих требований на основании п. 1 ст. 207 ГК. Следовательно, пятый метод основан на продебиторской позиции, ослабляя обеспечительную функцию поручительства. Чтобы доказать это, приведем сравнительный анализ на примере. Допустим, по договору поручительства, обеспечивающему исполнение обязательства по процентному займу на год, срок поручительства не установлен. Предположим, что сумма займа должна быть возвращена 1 апреля 2021 г. и заемщик не исполняет своего обязательства. Следовательно, 1 апреля 2022 г. истечет срок поручительства в отношении требования о возврате суммы займа, но проценты за пользование займом подлежат начислению ежемесячно (п. 3 ст. 809 ГК) и после этой даты, поскольку обязательства заемщик продолжает не исполнять (п. 1 ст. 811 ГК). Поэтому поручитель получит защиту по п. 1 ст. 207 ГК при истечении срока исковой давности по сумме займа, т.е. 1 апреля 2024 г. Применяя пятый специальный метод к тем же условиям, поручитель не будет отвечать по задолженным процентам начиная с 1 апреля 2022 г. Прødeбиторский результат налицо.

Кредиторам следует принимать риск распространения в практике пятого метода исчисления срока действия поручительства. Нивелировать этот риск можно двумя способами. Во-первых, можно выговаривать себе такой продолжительный пресекательный срок, который отвечает интересам кредитора и перекрывает исковую давность по основному обязательству. Тогда будут применяться только правила об исковой давности, сроки которой истекут ранее наступления пресекательного срока (без учета возможного перерыва давности). Во-вторых, можно предусмотреть договором поручительства, что истечение срока поручительства в отношении основной суммы долга не влечет истечение сроков поручительства в отношении процентов, по которым срок поручительства исчисляется отдельно. Возражений против последнего условия быть не должно, поскольку закон не допускает договариваться о сроках исковой давности и порядке их исчисления (ч. 1 ст. 198 ГК), но не запрещает этого делать в отношении срока действия поручительства, а, наоборот, предусматривает такую возможность (п. 6 ст. 367 ГК).

(и) В абзаце втором комментируемого пункта Пленум обращается к особенностям обеспечения поручительством исполнения обязательства, предусматривающего выдачу аванса. Прежнее разъяснение к этому случаю не обращалось.

Пленум полагает, что, если должник в основном обязательстве *обязан к уплате аванса*, обязанность поручителя отвечать перед кредитором возникает с момента невнесения должником основного платежа, а не аванса. Это означает, что поручитель не отвечает перед кредитором в случае неисполнения обязательства уплатить аванс. Под основным платежом, видимо, понимается оплата полученного по договору (товара, результата работ, оказанной услуги и т.п.).

Хотя разъяснение не содержит нормативного или содержательного обоснования сделанного суждения, оно, надо полагать, связано с п. 3 ст. 328 ГК. Согласно данной норме ни одна из сторон обязательства, по условиям которого предусмотрено встречное исполнение, не вправе требовать по суду исполнения, не предоставив причитающегося с нее по обязательству другой стороне. Из указанной нормы обоснованно делается частный вывод, что взыскание предоплаты или аванса не допускается. Уполномоченный на получение аванса при его непредоставлении должником по общему правилу имеет возможность преследовать свой интерес двумя способами. Он вправе приостановить исполнение своего обязательства или отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков (п. 2 ст. 328 ГК) либо произвести собственное исполнение, хотя он и не обязан исполнять первым, и, если кредитор примет исполнение, потребовать встречного предоставления (п. 3 ст. 328 ГК), в терминологии Пленума — основного платежа. Но есть и третий вариант, базирующийся на диспозитивности названных законоположений (п. 4 ст. 328 ГК). Договор может предусматривать право продавца истребовать долг по внесению предоплаты (первоначальное предоставление) с покупателя до того, как продавец осуществит свое исполнение¹.

Во всех этих трех случаях, если должник не исполнит свое обязательство (не возместит убытков, не произведет встречного исполнения, не выплатит аванса), поручитель, если иное не предусмотрено договором поручительства, должен по требованию кредитора исполнить свое обязательство. В базовом же варианте, когда должник не платит аванса, кредитор не вправе требовать соответствующей ему суммы с поручителя, поскольку он не вправе требовать присуждения должника

¹ Определение СКЭС ВС от 26 ноября 2018 г. № 305-ЭС18-11840.

к уплате аванса. Здесь проявляется общий принцип акцессорности принудительного исполнения: *то, что нельзя взыскать с должника, нельзя взыскать и с поручителя.*

Разъяснение Пленума требует генерализации, имея в виду, что оно справедливо не только для случаев аванса или основного платежа, но и для всякого встречного исполнения, включая неденежное исполнение.

Кроме того, вызывает сомнение указание Пленума на то, что его разъяснение применяется, если иное не вытекает из условия основного обязательства *и договора поручительства.* Дело в том, что из него можно сделать вывод, будто бы иное должно вытекать как из условий основного обязательства, так и из договора поручительства (синхронизация условий). Если ответственность поручителя договором с кредитором никак не ограничена, т.е. он отвечает в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения любого обязательства должника по основному обязательству, то предусматривать специальную обязанность поручителя на случай неисполнения обязательства по уплате аванса нет необходимости, поскольку поручитель и так за него отвечает. Если по условиям основного обязательства кредитор вправе взыскать аванс с должника, то при неисправности последнего он вправе взыскать равную авансу сумму и с поручителя. Здесь опять же действует общий принцип акцессорности принудительного исполнения: *то, что можно взыскать с должника, можно взыскать и с поручителя.*

Тем не менее, поскольку из комментируемого текста следует обратное, кредиторам следует учитывать этот юридический риск, возникший из разъяснения, и дублировать условие из основного обязательства о праве взыскать аванс в договоре поручительства.

Кроме того, подлежит уточнению и другое указание Пленума — о том, что обязанность поручителя отвечать перед кредитором *возникает* с момента невнесения должником основного платежа. Дело в том, что в этот момент требование кредитора становится перфектным, т.е. зрелым, а обязанность поручителя и корреспондирующее ему требование кредитора возникают сразу же после заключения договора поручительства, если он не предусматривает иного. Иными словами, здесь не идет речь о возникновении какого-то нового субъективного гражданского права кредитора в указанный момент — оно было и раньше, но оно было несовершенно, т.е. не способным к взысканию.

Также надо принимать во внимание, что Пленум скорее описывает типический пример, нежели дает точную норму. Поэтому его выражение о *невнесении должником основного платежа* следует понимать расширительно — в том смысле, что поручитель отвечает также и при

частичном неисполнении. Так, например, если, несмотря на непредоставление аванса покупателем, продавец передает товар покупателю и тот его принимает, то неполная оплата товара означает наличие оснований для исполнения обязательства поручителем. Соответственно, может иметь место частичное невнесение основного платежа. Используемые Пленумом понятия «аванс» и «основной платеж» следует рассматривать в разрезе понятий «частичная предоплата» (аванс) и «последующая оплата» (основной платеж). Более того, суждение Пленума одинаково справедливо и для полной суммы предоплаты.

(к) Отдельно нужно рассмотреть такой случай, когда по условиям основного обязательства не предусмотрена допустимость взыскания аванса, а условие договора поручительства предусматривает право кредитора потребовать исполнения обязательства поручителя в случае неплаты аванса. Хотя данная ситуация может показаться неестественной и не фиксируется на практике, право должно иметь решение и для нее.

Если воспринимать разъяснение Пленума как требование о непрерывной синхронизации условий о допустимости присуждения аванса как в основном, так и в обеспечительном обязательствах, то названное условие договора поручительства следует квалифицировать как ничтожное. Однако трудно обосновать, зачем правопорядку здесь нужно проявлять подобный ригоризм. Если поручитель готов пойти на такой риск, нужно руководствоваться принципом *favor contractus*, поскольку права сторон не оказываются в каком-то безысходно расстроенном состоянии. Здесь будет возникать уже выявленная неакцессорная досрочная перфекция поручительства (см. п. «д» *комментария к п. 11 Постановления*). Если должник нарушит свое обязательство по выдаче аванса, а кредитор получит равную ему сумму от поручителя, последний в силу суброгации займет место кредитора в этой части притязания в основном обязательстве. Далее ситуация может развиваться по нескольким сценариям. Если в дальнейшем стороны исполнят свои обязательства, суброгационный кредитор (поручитель) вправе потребовать от должника уплаты суммы аванса, которая к этому моменту будет представлять собой притязание по покрытому требованию, т.е. задолженность (по терминологии Пленума — основной платеж). Если должник, получив встречное предоставление от кредитора, своих обязательств не исполнит, а кредитор получит от поручителя причитающееся, поручитель займет место кредитора в основном обязательстве по всей сумме его притязания. И наконец, если кредитор не исполняет своего обязательства, а должник — своего, то возникает некоторое затруднение, которое, однако, можно преодолеть. Уплата поручителем

суммы, равной авансу, не предоставленному должником в основном обязательстве, влечет возникновение множественности лиц в этом обязательстве. Следовательно, секундарное право на отказ от обязательства (п. 2 ст. 328 ГК) принадлежит двум лицам – оригинальному и суброгационному кредиторам. Здесь затруднение возникает в том случае, если они не найдут согласия в его реализации. Поручитель, частично исполнивший свое обязательство, не вправе осуществлять полученные по суброгации права во вред кредитору (п. 4 ст. 364 ГК), поэтому если кредитор в основном обязательстве не желает воспользоваться правом на отказ от исполнения обязательства, то поручитель не вправе это сделать вопреки воле оригинального кредитора. Из фидуциарной обязанности кредитора перед поручителем следует, что кредитор должен учитывать права и законные интересы поручителя, а потому после истечения разумного срока и с учетом состояния отношений с должником поручитель получает полное секундарное право на отказ от обязательства. Вопрос множественности лиц в секундарном праве подлежит более обстоятельному и отдельному рассмотрению, поскольку он весьма плохо изучен в нашем праве.

(л) Дискретный метод определения срока действия поручительства Пленум связывает с просрочкой должника («отдельно по каждому просроченному платежу»). Это логично, поскольку данный метод чаще всего применим именно в случае просрочки. Но тем не менее следует учитывать, что он может быть востребован и для других нарушений обязательства должником. Например, если при поставке партий товаров должник нарушает условия по качеству, кредитор вправе предъявить к нему соответствующие требования, а корреспондирующая обязанность должника также имеет срок исполнения, который определяется условиями договора, а при их отсутствии по закону (ст. 314 ГК). Таких нарушений может быть допущено должником несколько. Следовательно, и здесь срок действия поручительства определяется отдельно по каждому такому обязательству должника.

46. Должник или поручитель, считая основное обязательство прекратившимся, вправе требовать по суду признания основного обязательства и (или) договора поручительства прекращенными (абзац четырнадцатый статьи 12 ГК РФ).

(а) Прекращение обязательств в соответствующих случаях происходит *ipso jure* при наступлении обстоятельств, указанных в законе (гл. 26 ГК) или предусмотренных условиями обязательства. Таким образом,

обязательство как определенная правовая связь его сторон (*vinculum juris*) прекращает свое существование (разрывается) при наступлении одного или нескольких юридических фактов, составляющих согласно закону необходимый ремиссионный состав. Никакого признания обязательства прекращенным судом или иным юрисдикционным органом не требуется.

(б) Нормы ГК о поручительстве не предусматривают возможность должника или поручителя, равно как и кредитора, требовать по суду признания основного обязательства или договора поручительства прекратившимся. Тем не менее Пленум устанавливает такую возможность для должника и поручителя, но не для кредитора. Правовым обоснованием указанной возможности выступает четырнадцатый (последний) абзац ст. 12 ГК. Согласно данной норме защита гражданских прав осуществляется, в частности, *иными способами, предусмотренными законом*. Закона, который предусматривал бы такой способ защиты гражданского права, пока не существует. Прежнее разъяснение его тоже не предусматривало.

Из текста рассматриваемого разъяснения следует, что правовым основанием признания основного обязательства и (или) договора поручительства прекратившимся является прекращение основного обязательства, т.е. речь идет о таком основании прекращения договора поручительства, как акцессорность прекращения (если основное обязательство прекращается, то прекращается и дополнительное обязательство). На это указывает гипотеза разъяснения («считая основное обязательство прекратившимся»). Получается, что, если основанием прекращения договора поручительства послужил какой-либо иной факт (например, зачет), требовать по суду признания его прекращенным не допускается. В чем логика такого ограничения, понять невозможно. Напротив, теоретически рассматриваемый подход Пленума ставит вопрос о гипотетической допустимости применения данного способа защиты и для всех других обязательств. Легко заметить, что Пленум трактует не о прекращении обязательства поручителя, а о прекращении договора поручительства, но если обязательство поручителя прекратилось полностью, это влечет и прекращение договора, если только в договоре не имеется таких положений, которые продолжают действовать и после прекращения обязательства.

Пленум предусматривает, что по существу всего может применяться два способа защиты: 1) признание основного обязательства и договора поручительства прекращенными и 2) признание договора поручительства прекращенным. Если действительно единственным правовым

основанием этих способов защиты является прекращение основного обязательства (а из рассматриваемого текста это буквально и следует), то в любом случае эвентуально заявляется и данное требование. Суд логически просто не может признать договор поручительства прекращенным по аксессуарности, не признав прекращенным основное обязательство. Поэтому трудно понять, зачем вообще надо было выделять вторую опцию. Какой защищаемый законный интерес поручителя и должника мог бы приниматься во внимание, чтобы в резолютивной части решения суда фигурировало суждение о прекращении договора поручительства и при этом не указывалось на прекращение основного обязательства, остается только догадываться.

В силу изложенного в п. «а» комментария выше решение суда не является преобразовательным, поскольку суд лишь констатирует, что основное обязательство и (или) договор поручительства прекратились, либо отказывает в такой констатации. Об этом также свидетельствует то обстоятельство, что Пленум не приводит в качестве нормативного обоснования ссылку на абзац двенадцатый ст. 12 ГК, который, в частности, предусматривает такое средство защиты, как прекращение правоотношения.

Лишение кредитора данных способов защиты, что следует из текста разъяснения, видимо, объясняется тем, что, по мнению Пленума, у кредитора отсутствует заслуживающий защиты интерес признавать основное обязательство и договор поручительства прекращенными.

Следует принимать во внимание, что удовлетворение судом названных требований, равно как отказ в их удовлетворении, не означает окончательного устранения неопределенности, на что как будто направлено предоставление указанным субъектам данных способов защиты. Дело заключается в том, что, согласно последней судебной практике, обязательство поручителя может восстановиться, например, в связи с признанием исполнения обязательства должника недействительным по специальным основаниям, предусмотренным законодательством о банкротстве¹. Следовательно, решение суда о признании договора поручительства прекратившимся разойдется с истинным положением дел. И наоборот, отказ суда в удовлетворении требований о прекращении договора поручительства вовсе не означает, что оно не может прекратиться через секунду после вынесения судебного решения, и, стало быть, это приведет к такому же результату несоот-

¹ Определение СКЭС ВС от 27 апреля 2018 г. № 305-ЭС17-2344 (13); п. 26 Обзор судебной практики ВС РФ № 3 (2018) (утв. Президиумом ВС РФ 14 ноября 2018 г.).

ветствия решения действительному правовому состоянию. Потому преюдициальный эффект подобных решений достаточно иллюзорный.

(в) Нет сомнений, что и поручитель, и должник могут иметь интерес в признании основного обязательства и договора прекратившимися; другое дело, заслуживает ли этот интерес защиты именно таким образом, что требует предоставить им названные способы защиты. Ведь и тот, и другой могут достичь удовлетворения упомянутого интереса посредством возражения против предъявленного к ним иска кредитором. Более того, как уже указывалось, если такие способы защиты доступны названным субъектам, то, будучи последовательным, их надо предоставить любым обязанным по обязательству лицам.

Конечно, в некоторых случаях могут сложиться такие обстоятельства, при которых имеет место высокая степень неопределенности относительно того, прекратилось основное обязательство или нет. Например, должник и поручитель могут считать, что основное обязательство прекратилось невозможностью исполнения, однако кредитор может не соглашаться, что соответствующее обстоятельство относится к обстоятельству, влекущему такую невозможность. Не имея уверенности в правильной квалификации обстоятельств, должник и поручитель вынуждены держать наготове соответствующие активы или предпринимать организационные усилия по их оперативному приисканию к моменту наступления срока исполнения обязательства, который может быть отдален по времени. Должник и поручитель могут быть заинтересованы в «очистке баланса», чтобы в других своих отношениях продемонстрировать отсутствие долговой нагрузки. Эти и другие соображения могут обосновать предоставление им таких способов защиты, как признание соответствующих ремиссионных последствий судом. Однако все указанные соображения опять же касаются любого должника, который считает свое обязательство прекратившимся. Справится ли и так изрядно перегруженная судебная система еще с одной категорией дел?

Единственный ограничитель экспансии такого способа защиты, как признание обязательства прекратившимся, можно косвенно усмотреть из разъяснения, и он связан с акцессорностью. Иными словами, можно предположить, что названный способ защиты доступен лицам только в том случае, когда необходимо констатировать прекращение дополнительного обязательства, акцессорного по отношению к основному.

(г) Потребность в признании обязательства поручителя прекратившимся действительно возникает в одном частном случае, когда после взыскания в пользу кредитора причитающегося с поручителя

должник в основном обязательстве исполняет свою обязанность. Поручительство не утрачивает свойство акцессорности прекращения после взыскания с поручителя долга. Поэтому в таком случае поручительство прекращается. Но поскольку взыскание (вынесение решения) с поручителя уже произведено, необходимо гармонизировать материальное и процессуальное отношения.

Вопрос заключается лишь в том, следует ли это делать посредством предоставления поручителю отдельного иска или приспособить для таких целей процессуальный институт изменения порядка и способа исполнения решения суда (ст. 324 АПК; ст. 203 ГПК). Указанные нормы по существу устанавливают компетенцию и процессуальные средства судебного контроля над стадией исполнения решения суда. Поскольку изменение материального правоотношения происходит именно на стадии, когда решение суда уже вынесено и подлежит исполнению, но вследствие ремиссии обязательства требуется предотвратить начало взыскания или остановить уже начатое, данная процедура представляется вполне пригодной для защиты названного интереса поручителя, чье обязательство прекратилось. Схожая проблематика уже успела озаботить судебную практику, в частности, в связи с зачетом, прекратившим обязательство, по которому судом произведено взыскание. Ссылаясь на необходимость применения ст. 324 АПК, было указано, что суду следует рассмотреть вопрос *о прекращении исполнения исполнительного документа* применительно к п. 1 ч. 2 ст. 43 Закона об исполнительном производстве¹.

В любом случае кредитор (взыскатель), получив исполнение от должника в основном обязательстве и получая платежи с поручителя на основании решения суда, неосновательно обогащается. Тот факт, что процессуальные отношения не приведены в соответствие с материальным отношением, вовсе не отменяет материально-правовые последствия отношений сторон. Поэтому, действуя добросовестно, в таких обстоятельствах взыскателю следует заявить в установленном порядке отказ от взыскания. В указанном аспекте можно обратить внимание на правовую позицию Пленума в другом разъяснении, сформулированную для случая присуждения по солидарному обязательству. Если требования кредитора будут удовлетворены одним из солидарных должников, кредитор, действуя добросовестно, должен обратиться с заявлением о возвращении исполнительных документов в отношении

¹ Определение СКЭС ВС от 11 марта 2020 г. № 305-ЭС19-22240; см. также п. 25 Обзора судебной практики ВС РФ № 1 (2020) (утв. Президиумом ВС РФ 10 июня 2020 г.).

остальных солидарных должников. На основании указанного заявления исполнительное производство в отношении остальных солидарных должников оканчивается судебным приставом-исполнителем (п. 4 ст. 1 ГК; п. 1 ч. 1 ст. 46 и п. 3 ч. 1 ст. 47 Закона об исполнительном производстве). В случае неисполнения этой обязанности и получения исполнения с других солидарных должников кредитор обязан вернуть неосновательно полученное и возместить причиненные должникам убытки (ст. 15, 307, 393, 1102 ГК РФ)¹.

(д) Интересно отметить, что первоначально комментируемый пункт содержал ряд других разъяснений, которые были исключены. Их надлежит рассмотреть, поскольку исключение соответствующих разъяснений не устраняет вопросов, которые они были призваны разрешить.

Проект Постановления содержал следующий фрагмент: со дня обращения кредитора в суд в установленном порядке за защитой нарушенного права срок поручительства не течет на протяжении всего времени, пока осуществляется судебная защита, в том числе в случаях, когда суд счел подлежащими применению при разрешении спора иные нормы права, чем те, на которые ссылался истец в исковом заявлении, а также при изменении истцом избранного им способа защиты права или обстоятельств, на которых он основывает свои требования.

Нетрудно заметить, что в части суждения о нетечении срока поручительства фактически использовалась аналогия со сроком исковой давности (п. 1 ст. 204 ГК), хотя прямо это и не указывалось. Как уже отмечалось, истечение срока поручительства в процессе рассмотрения спора между кредитором и поручителем столь же противостоит праву истечения срока исковой давности после начала процесса по защите нарушенного права. Однако исключение приведенного разъяснения может быть воспринято как допущение такой правовой аномалии. Последнее, конечно, совсем нежелательно; срок поручительства не должен истекать в процессе рассмотрения спора между кредитором и поручителем.

Что касается исключения разъяснения в той части, в которой оно касалось применения судом при разрешении спора иных норм права, чем те, на которые ссылался истец в исковом заявлении, а также изменения истцом избранного им способа защиты права или обстоятельств, на которых он основывает свои требования, то это следует признать обоснованным. Данные суждения являются более чем очевидными, поскольку усмотреть какую-то логическую связь между названными

¹ См. абзац четвертый п. 51 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

обстоятельствами и нетечением пресекательного срока весьма затруднительно.

Следующие два исключенных разъяснения являются весьма практически востребованными, а их отсутствие в **Постановлении** не снимает неопределенности, которую предполагалось разрешить.

Увеличение истцом размера исковых требований до принятия судом решения не изменяет наступивший в связи с предъявлением им иска в установленном порядке момент, с которого срок поручительства перестает течь. Вместе с тем если судом принято заявление об увеличении иска в отношении задолженности за периоды, которые при обращении с первоначальным требованием не заявлялись, то срок поручительства по измененным требованиям перестает течь с даты заявления таких требований, а не с даты предъявления первоначального иска.

Нетрудно заметить, что и здесь была предпринята попытка латентной аналогии с институтом исковой давности — только на этот раз применительно к другому разъяснению Пленума. Сравнительный анализ показывает, что адаптация текста была почти дословной. По смыслу ст. 199, 200 ГК увеличение истцом размера исковых требований до принятия судом решения не изменяет наступивший в связи с предъявлением иска в установленном порядке момент, с которого исковая давность перестает течь. Вместе с тем если судом принято заявление об увеличении иска в отношении задолженности за периоды, которые при обращении с первоначальным требованием не заявлялись, то срок исковой давности по измененным требованиям перестает течь с даты заявления таких требований, а не с даты предъявления первоначального иска¹.

Представляется, что исключенные разъяснения являются обоснованными и их применение к поручительству вполне уместно.

В итоге получается, что более обоснованным подходом кажется такой, что исключенные разъяснения (в большей части) следовало бы оставить, а оставленное следовало бы исключить.

47. Поручитель, исполнивший требование кредитора по договору поручительства, признанному недействительной сделкой, вправе по своему выбору потребовать возврата полученного по недействительной сделке от кредитора либо возмещения исполненного от должника на основании соглашения между должником и поручителем о выдаче поручительства, а в отсутствие такого соглашения — возмещения от должника в силу исполнения за него обязательства в соответствии со статьей 313 ГК РФ.

¹ См. абзацы второй и третий п. 14 Постановления № 43.

(а) Казалось бы, недействительность исполненного договора поручительства не имеет каких-то особенностей и не должна вызывать затруднений в определении последствий такой недействительности. Однако эмпирика свидетельствует об обратном.

Неясность с последствиями поручительства, видимо, обнаруживалась и ранее. Поэтому прежнее разъяснение содержало такое толкование законодательства. Судам следует учитывать, что, в случае если исполненный поручителем договор поручительства будет признан недействительной сделкой и судом будут применены последствия недействительности сделки в виде возврата всего переданного по сделке, кредитор обязан вернуть поручителю все полученное от него (ст. 167 ГК). Предъявленные в такой ситуации поручителем к должнику требования, основанные в том числе на положениях гл. 60 ГК, не подлежат удовлетворению, так как недействительность договора поручительства не затрагивает отношений кредитора и должника (п. 2 ст. 329 ГК) и последний не извлекает выгоду из действий поручителя, поскольку его обязательство перед кредитором не прекратилось¹.

Как видно, данная правовая позиция была направлена на опровержение неверного представления о том, что поручитель может иметь кондикционное притязание к должнику, основанное на его исполнении кредитору по недействительному договору поручительства. Это и понятно, ибо *causa solvendi* оказалась порочной. При этом данное суждение находилось в лоне классической теории недействительности сделок. При недействительности сделки каждая из сторон обязана вернуть другой все полученное по сделке (п. 2 ст. 167 ГК). Поскольку по исполненному договору поручительства исполнение получает только кредитор, то реституция является односторонней: все полученное обязан вернуть кредитор. Между кредитором и поручителем *возникает реституционное обязательство*, инверсированное по субъекту по отношению к невозникшему обязательству из договора поручительства. Реституционным кредитором является поручитель, а должником — кредитор в основном обязательстве (реституционный должник). Суброгация не имеет места, поскольку фактическое получение исполнения кредитором не имеет правового основания, а совершенная сделка по исполнению не может достигнуть правовой цели, т.е. служить тем юридическим фактом, на основании которого право кредитора переходит по суброгации. В отношениях между кредитором и должником по основному обязательству также не происходит никаких изменений.

¹ См. п. 40 Постановления № 42.

Несмотря на то что Пленум не воспринял процитированной правовой позиции, это ничего не меняет. Если кредитор присужден в пользу поручителя по реституции, то последний не вправе искать чего-либо по кондикции с должника в основном обязательстве, поскольку иное привело бы к неосновательному обогащению поручителя. Впрочем, к такому же выводу следует прийти и в случае, если поручитель фактически не получит от кредитора ничего по реституции, поскольку никакого неосновательного обогащения на стороне должника не имеется, ибо он по-прежнему остается обязанным перед кредитором. Все это вполне укладывается в классическую теорию недействительности сделок.

Пленум, судя по всему, основывается на какой-то новой теории недействительности сделок, по крайней мере в отношении последствий недействительности договора поручительства, которая подлежит усвоению и аналитическому разбору.

(б) По мнению Пленума, поручитель по исполненному договору поручительства, признанному недействительным, имеет три опции: 1) требовать реституции от кредитора; 2) требовать возмещения от должника на основании договора о выдаче поручительства; 3) требовать возмещения от должника на основании ст. 313 ГК, если соглашение о выдаче поручительства отсутствует.

Если первая опция укладывается в классическую теорию недействительности сделок, то две другие, напротив, законом не предусмотрены и базируются на неизвестной пока, новой теории, научная и практическая состоятельность которой вызывает некоторые сомнения.

Эти две новеллы подлежат отдельному анализу, что будет последовательно проделано в следующих двух пунктах комментария. Пока же нужно оценить стремление Пленума наделить поручителя дополнительными правами. Договор поручительства обычно оспаривается самим поручителем или третьими лицами (например, по косвенным искам по основаниям корпоративного законодательства). Естественно, такое оспаривание исполненного договора поручительства направлено на удовлетворение имущественного интереса по возврату или иному возмещению уплаченного кредитору. Поэтому нетрудно заметить, что указанное стремление продиктовано заботой о правах поручителя, которые могут пострадать вследствие несостоятельности кредитора, т.е. намерения, кажется, были благими. При наличии у поручителя выбора ответственного лица между кредитором и должником вероятность удовлетворения названного интереса поручителя увеличивается. Это в целом лучше защищает поручителя, а потому можно ожидать, что поручители более охотно будут вступать в сделку, поскольку даже при

ее недействительности они лучше защищены, нежели другие стороны недействительных сделок, которые имеют только одного реституционного должника. С этих позиций новая теория недействительности выглядит позитивной, но вопрос только в том, насколько она жизнеспособна, а также насколько она учитывает интересы других лиц тройственного отношения.

С другой стороны, насколько усиленная защита поручителя по сравнению с другими реституционными кредиторами оправданна? Ведь тот факт, что договор поручительства оказался недействительным, может лежать в сфере юридического риска самого поручителя. Почему порядок должен отыскивать для него лучшее правовое положение? Да, договор поручительства заключался в интересах должника, но его интерес с очевидностью охватывает действительное поручительство, тогда как должник получает вместо этого позицию ответчика по иску поручителя. Едва ли он рассчитывал на это. Ведь опять, только теперь для должника, получается, как в той пословице: «Пошел за шерстью — вернулся стриженным». Политико-правовое обоснование новой теории кажется далеко не очевидным.

(в) Вторая опция поручителя основана на возмещении по соглашению о выдаче поручительства. Договор о выдаче поручительства является упомянутым в законе договором, о содержании которого позитивному праву почти ничего не известно. Тот факт, что теоретически этот договор может рассматриваться как комиссионный, признания со стороны законодателя или судебной практики пока не получил. Согласно п. 3 ст. 365 ГК договором поручителя с должником могут предусматриваться иные последствия исполнения обязательства поручителя, нежели те, которые предусмотрены п. 1 этой статьи (суброгация). Согласно п. 1 ст. 366 ГК соглашением между поручителем и должником может быть предусмотрено, что должник не лишается права выдвигать возражения, которые могли быть заявлены против требования кредитора, в случае нарушения должником информационных обязанностей, предусмотренных этим же пунктом. Как видно, сам законодатель не устанавливает, что договор о выдаче поручительства предусматривает какое-либо возмещение должником исполненного поручителем в пользу кредитора, в том числе в случае недействительности поручительства. Пленум также ничего не разъясняет по поводу возможного содержания договора о выдаче поручительства и того, о каком возмещении идет речь.

Тем не менее на основании принципа свободы договора соглашением поручителя и должника о выдаче поручительства или любым

другим соглашением может предусматриваться, что должник обязуется возместить уплаченное поручителем кредитору в случае признания договора поручительства недействительной сделкой. Хотя широкой практики таких условий не наблюдается, исключать саму эту возможность нет оснований.

Поскольку позитивного регулирования данного случая не имеется, а Пленум, провозгласив саму правовую возможность поручителя требовать такого возмещения на основании договора между поручителем и должником, никаких дальнейших разъяснений не сделал, особую остроту приобретает необходимость согласования соответствующих последствий названного возмещения. Дело в том, что реституционное отношение само по себе никакой связи с возмещением должника в пользу поручителя по закону не имеет. Отсюда следует, что, получив возмещение от должника, поручитель своего реституционного притязания к кредитору по основному обязательству не утрачивает. Поэтому в соглашении о выдаче поручительства, предусматривающем такое возмещение, в интересах должника следует определить обязанность поручителя, получившего названное возмещение, отказаться от реституционного права. Однако и это решение неидеально, поскольку наличие такой обязанности у поручителя не гарантирует должнику, что она будет исполнена, а кредитор, в силу относительности не участвуя в данном соглашении, также не может рассчитывать на прекращение реституционного притязания. Ситуация еще более осложняется, если соглашением о выдаче поручительства не предусмотрено обязанности поручителя отказаться от реституционного притязания. Кроме того, отказ от реституционного права в отношениях между кредитором и поручителем представляет собой по существу прощение долга, которое является договором, а следовательно, требует согласия кредитора, хотя бы и молчаливого¹.

Если же Пленум имел в виду возмещение, которое причитается по соглашению о выдаче поручительства как встречное предоставление за выдачу поручительства со стороны должника, то такой подход не может быть поддержан, поскольку исполнение со стороны поручителя (выдача поручительства) не должно рассматриваться как надлежащее, ибо недействительное поручительство таковым просто не является.

Кроме того, предоставленные поручителю опции по выбору защиты своего права могут повлечь нарушение интересов кредитора, ставя его в неопределенное положение в зависимости от интерпретации

¹ См. п. 34 Постановления № 6.

новой теории. Ввиду молчания закона здесь может возникать множество вопросов. Означает ли данная концепция, что кредитор обязан дожидаться, когда поручитель осуществит выбор? Когда наступает определенность — с момента выбора, т.е. с момента волеизъявления поручителя, или с момента получения им исполненного от кредитора? Каким образом влияет на выбор поручителя частичное получение полученного от кредитора? Остается ли у него выбор в отношении оставшегося? Вправе ли кредитор вернуть полученное на основании решения суда с уничтожением секундарного права на выбор исполнением реституционного обязательства кредитором? Вопросы можно приумножать, но уже видно, что степень созданной неопределенности угрожает гипотетической пользе от рассматриваемых новелл.

Описанное положение вещей показывает, что новая теория не может пока гармонично встроиться в систематику действующего законодательства. Конечно, принцип добросовестности как мастер-ключ открывает любые двери, но необходимость его привлечения как раз и свидетельствует о сбое в системе.

Таким образом, вторая неклассическая опция в тройственном выборе поручителя, предоставленная ему Пленумом в стремлении последнего защитить интересы поручителя, вызывает сомнения в жизнеспособности. Но если в этом случае едва ли есть основания ожидать массовых проблем, поскольку условие о возмещении должником издержек поручителя при недействительности поручительства просто не имеет широкого распространения и вряд ли его получит, то с третьей опцией дела обстоят по-иному.

(г) Третья опция может быть выбрана поручителем, если он отказался от первой (реституционное требование к кредитору) и не может воспользоваться второй, поскольку для этого не имеется договорного основания. В таком случае поручитель рассматривается в качестве третьего лица, исполнившего обязательство за должника (ст. 313 ГК).

Прежде всего вызывает сомнение такая квалификация отношения чисто теоретически. Хотя направленность воли при исполнении обязательства преимущественно игнорируется в нашей теории, сбросить ее со счетов, по нашему мнению, не удастся, и со временем право придет к этому пониманию. Исполнение поручителя не было его действием как третьего лица, он не желал такого исполнения, а исполнял обязанность по договору поручительства, который является недействительным. Стало быть, порочна *causa solvendi*. Именно потому, что недействительная сделка не влечет тех правовых последствий, на которые она направлена, и исполнение по такой сделке не вле-

чет соответствующих последствий, ибо исполнение — это не просто фактическое действие, но и юридическое, имеющее правовые последствия. В данном случае таким правовым последствием является возникновение реституционного права, а не тех последствий, которые наступают при исполнении договора поручительства или при исполнении обязательства третьим лицом. Заменить одно другим означает навязать поручителю то волеизъявление, которого он не делал, и те последствия, на которые он не рассчитывал. Внешняя фактическая схожесть действия (платеж) не означает тождественности юридического содержания. Конечно, последствия для поручителя не столь критичны, поскольку он сам выбирает, в какие юридические «одежды» ему облачиться. Другое дело — кредитор и должник, их кредиторы и другие третьи лица, которые оказываются заложниками этого «маскарада».

Как известно, исполнение третьим лицом обязательства без покрытия со стороны должника, т.е. когда между третьим лицом и должником не имеется соглашения, предусматривающего последствия данного исполнения¹, влечет такую же суброгацию, как и при поручительстве. Следовательно, получается, что вследствие признания договора поручительства недействительным право считается перешедшим к поручителю по суброгации в объеме исполненного кредитором и его интерес по возмещению издержек получает защиту.

Но здесь возникают такие же затруднения, что и при второй опции. Реституционное право поручителя никуда не исчезает. Точно так же вследствие неопределенности могут пострадать и права кредитора.

Кроме того, могут возникать вопросы и с моментом, в который происходит суброгация, предусмотренная ст. 313 ГК. Следует ли считать, что право перейдет с момента, когда поручитель определится со своим выбором, или нужно применять ретроактивность? Как быть должнику, если он произведет исполнение кредитором, а впоследствии поручитель воспользуется этой третьей опцией? Ведь у кредитора уже нет права требования, которое могло бы перейти по суброгации, поскольку должник обязательство исполнил и в части исполненного требование кредитора прекратилось. Однако если применить ретроспективный метод, то получится, что должник произвел исполнение ненадлежащему лицу. Обязан ли должник извещать поручителя об исполнении, учитывая, что договор поручительства недействителен?

Как видим, и здесь новая теория не демонстрирует своей проработанности.

¹ См. п. 21 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

(д) Даже если признать новую теорию работоспособной, разъяснение Пленума нужно уточнить в отношении некоторых нюансов.

Выражение Пленума о поручителе, исполнившем *требование кредитора* по договору поручительства, не следует понимать узко, будто бы гипотеза разъяснения охватывает только такой случай, когда требование было предъявлено поручителю. Даже если поручитель произвел исполнение по договору поручительства без какого-либо требования, последствия недействительности поручительства все равно подлежат применению. Иными словами, правильно было бы определить гипотезу таким образом: «Поручитель, исполнивший обязательство по договору поручительства, признанному недействительной сделкой...», а далее изложить диспозицию. Но, несмотря на буквальный текст, воспринимать его надо именно так, как указано нами.

Указание на то, что договор поручительства был *признан недействительной сделкой*, следует понимать в том смысле, что разъяснение подлежит применению как в том случае, когда договор поручительства признан недействительным, будучи оспоримой сделкой, так и в том случае, когда он являлся ничтожным. В последнем случае поручитель вправе предъявить по первой опции реституционный иск без требования о признании договора недействительным.

Право на *возмещение*, о котором трактует Пленум, на самом деле является перешедшим к поручителю соответствующим правом кредитора, а не правом *sui generis*. При этом непосредственно о переходе права говорит п. 5 ст. 313 ГК, а не вся эта статья, некоторые пункты которой вообще к данному случаю применяться не могут, например ее п. 6.

(е) Пленум не делает никакого исключения из третьей опции поручителя, однако она может вызывать дополнительные сомнения в случае, когда договор поручительства заключался без согласия должника (абзац первый п. 4 [Постановления](#)). Было бы противно принципу автономии воли зайти настолько далеко, чтобы возложить на должника негативные последствия от действий, которые он не совершал и о которых не просил. Риск последствий недействительности договора поручительства в этом случае следует возложить исключительно на самого поручителя, который попытался вторгнуться в чужие отношения без согласия одной из сторон.

Кроме того, выбор поручителем третьей опции следует ограничить в тех случаях, когда договор поручительства оспорен третьими лицами, например, по косвенному иску. Дело в том, что суброгационная концепция последствий исполнения обязательства третьим лицом

тождественна последствиям исполнения обязательства поручителем. Было бы весьма странным, если бы поручитель мог заблокировать интерес третьих лиц, потому и оспоривших договор поручительства, поскольку они рассчитывали на реституцию.

48. Недостаточность у поручителя имущества для исполнения договора поручительства на момент его заключения сама по себе не может служить основанием для признания договора поручительства недействительным (пункт 1 статьи 421 ГК РФ).

(а) Вещное обеспечение выговаривается кредитором исходя из принципа «верю не лицу, а вещи». Ценность имущества, обремененного обеспечительным правом кредитора, служит тем дополнительным источником, из которого предполагается удовлетворять притязание кредитора на случай неисправности должника в основном обязательстве (например, залог). При этом другие кредиторы должника в силу преимущества обеспеченного кредитора уступают ему в известных пределах.

Личное обеспечение не предполагает выделение конкретного имущества лица, предоставившего обеспечение, поскольку оно отвечает перед кредитором, как и любой другой должник, по общему правилу всем своим имуществом. Здесь к имущественной массе должника в основном обязательстве добавляется еще один источник — имущественная масса лица, предоставившего личное обеспечение. Поскольку поручительство относится к личному обеспечению, в отношении него действует указанная логика. Если поручитель не имеет достаточного имущества, поручительство, являясь юридически действительным, оказывается фактически недействительным. Именно поэтому кредиторы, приискивая личное обеспечение, обращают внимание на состоятельность поручителя, наличие у него достаточного имущества, источников дохода и всяческих ценных авуаров. Но поскольку поручительство — обеспечение личное, кредитор в полной мере оправдывает свое название: он верит в то, что к моменту его притязания в отношении обеспечения поручителю будет чем ответить. Поручительство по «гамбургскому счету», как и всякое другое обязательство, — лишь надежда, хотя и подкрепленная силой правопорядка. Но последний имуществом поручителя не наделяет: такой силой он не обладает.

(б) Прежним разъяснениям не была известна правовая позиция комментируемого пункта. Видимо, в то время в практике не возникало

вопроса о том, что поручительство порочно, если в момент его выдачи имущества поручителя было недостаточно, а кроме того, этот вопрос чаще поднимается в связи с участием в качестве поручителей граждан и больше проявляется в практике судов общей юрисдикции.

Формально-юридически наличие или отсутствие имущества у поручителя, его достаточность или недостаточность по сравнению с размером обеспечиваемых обязательств нерелевантны. Это не имеет юридического значения. Такое положение дел характерно для большинства обязательств по предоставлению, в том числе и обеспечительных.

Разъяснение Пленума, видимо, учитывает практику экстракассации, которая имеет пример, когда пришлось опровергать суждение нижестоящих судов о мнимости договора поручительства вследствие изначальной недостаточности имущества поручителя. Нормы материального права не ставят возможность заключения договора поручительства, а также обязанность поручителя нести солидарную ответственность с должником вследствие неисполнения должником обеспеченных поручительством обязательств в зависимость от платежеспособности поручителя либо наличия у него имущества, достаточного для исполнения такого обязательства¹. Тут нужно, конечно, сделать поправку, имея в виду возможность оспаривания поручительства по специальным основаниям, предусмотренным законодательством о банкротстве. Но в приведенном деле об этом речь не шла.

По другому делу указывалось, что нижестоящий суд не учел, что невозможность исполнения сделки при ее заключении не свидетельствует о ее мнимости и не означает, что у стороны договора поручительства и в будущем будет отсутствовать возможность удовлетворить требования кредитора². Действительно, кредитор может, заключая договор с не очень состоятельным поручителем, иметь основания рассчитывать на получение им в будущем достаточного имущества.

Неудивительно, что соответствующая практика чаще встречается в системе судов общей юрисдикции, поскольку связана с оспариванием договоров поручительства гражданами, чья состоятельность нередко вызывает у судов сомнения в априорной возможности поручителя ответить по обязательству.

¹ Определение СКГД ВС от 17 февраля 2009 г. № 24-В09-1.

² Определение СКГД ВС от 26 января 2016 г. № 57-КГ15-14; см. также Определение СКГД ВС от 12 декабря 2017 г. № 18-КГ17-219.

Это особенно характерно для таких случаев, когда гражданин обеспечивает исполнение предпринимательского обязательства на крупную сумму. В некоторых случаях действительно изначально ясно, что, если отбросить фантастические ситуации, соответствующий поручитель в принципе не может иметь такого имущества с учетом его социального положения, профессии и прочих факторов, чтобы его хватило для удовлетворения требования кредитора.

В качестве поручителей по предпринимательским обязательствам нередко выступают сотрудники организации (должника в основном обязательстве), которые состоят с ней в трудовых отношениях. Житейский опыт подсказывает, что суммы коммерческих обязательств, например крупных кредитов, таковы, что имущества поручителя и доходов за всю его жизнь не наберется в таком размере, чтобы реально представлять собой какую-то обеспечительную ценность для кредитора. В каких-то случаях создается впечатление, что такие договоры, быть может, заключаются скорее для устрашения соответствующих сотрудников организации (например, ее директора или бухгалтера¹, иных менеджеров компании), например, чтобы стимулировать их не совершать действий, влекущих вывод активов должника, под страхом личной ответственности.

Формально-юридически разъяснение Пленума согласуется с действующим законом, однако, как представляется, в некоторых случаях на кредитора следует возлагать как минимум информационную обязанность, такую же, какую имеют кредитные организации при потребительском кредитовании (см. комментарий к п. 9 *Постановления*). Нарушение данной обязанности в случае информационной асимметрии должно влечь уменьшение ответственности поручителя в русле доктрины защиты от несправедливых условий договора.

В этом аспекте излюбленное судебной практикой выражение «само по себе» здесь оказывается весьма уместным, поскольку свобода договора, на которую ссылается Пленум, не является безграничной.

Ссылка Пленума на п. 1 ст. 421 ГК относится к норме этого пункта о том, что граждане и юридические лица свободны в заключении договора. В контексте данного разъяснения, а также учитывая, что приведенная норма является общей, можно пойти дальше и в качестве общего правила заключить, что каждый вправе принять на себя обязательство и при отсутствии имущества.

¹ Определение СКГД ВС от 17 мая 2016 г. № 2-КГ16-1.

(в) Хотя текущая судебная практика, включая приведенные выше случаи, отказывается считать сделки поручительства мнимыми по тому мотиву, что имущества поручителя на момент заключения договора недостаточно для исполнения его обязательства, исключать наличия таких оснований в других ситуациях нельзя. Действительно, один лишь факт недостаточности имущества поручительства не является основанием, чтобы прийти к суждению о мнимости сделки. Тем не менее нельзя исключать и других случаев, где это обстоятельство наряду с другими может получить юридическое, хотя и не решающее значение. Например, уполномоченное действовать от имени кредитора лицо в стремлении выдать необеспеченный кредит может сговориться с должником и поручителем, чтобы поручительство было предоставлено лишь для вида, дабы формально соблюсти соответствующие внутренние правила предоставления кредита. При наличии таких доказательств договор поручительства вполне себе может получить квалификацию мнимой сделки, а отсутствие имущества будет дополнительным тому доказательством.

К мнимому поручительству прибегают и в других случаях, в том числе в коммерческой практике, например, чтобы недобросовестно изменить подсудность спора (см. комментарий к п. 52 *Постановления*); при этом недостаточность имущества принимается во внимание в качестве одного из доказательств¹. Кроме того, могут встречаться случаи притворного поручительства для прикрытия цессии².

(г) Комментируемый раздел посвящен в том числе недействительности поручительства. При этом только два пункта касаются такой недействительности, а комментируемый пункт единственный, который рассматривает одно основание недействительности договора поручительства, да и то содержит суждение, что поручительство не является недействительной сделкой.

Договор поручительства является односторонним договором, т.е. таким, по которому только одна сторона является обязанной по нему, а другая (кредитор) — нет. Поручитель не получает ничего от кредитора за свое предоставление, а зачастую также и от должника. Поэтому признание недействительным неисполненного договора поручительства влечет только одно последствие: поручитель признается не имеющим никакого обязательства. В силу естественной склонности поручителя освободиться от бремени обязательства он зачастую

¹ См. Определение СКЭС ВС от 28 апреля 2021 г. № 304-ЭС19-24625.

² См. абзац второй п. 5 *Постановления* № 42.

приискивает правовые основания для оспаривания договора поручительства, которое не влечет для него возникновения реституционных обязанностей. Таким образом, поручительство – потенциально высоко оспариваемая сделка.

В судебной практике это явление проявилось, в частности, в виде необоснованного оспаривания сделки поручителя, состоящего в брачном союзе. Судам пришлось встать на защиту стабильности и неизблемости договора поручительства¹. В арбитражной практике позаботились о кредиторах, заключивших договор поручительства с индивидуальным предпринимателем, состоящим в браке. При рассмотрении вопроса о действительности договора поручительства, заключенного индивидуальным предпринимателем без согласия супруга, судам необходимо исходить из следующего. Согласно п. 3 ст. 256 ГК, п. 1 ст. 45 СК по обязательствам одного из супругов взыскание может быть обращено лишь на имущество этого супруга. При недостаточности данного имущества кредитор вправе требовать выдела доли должника, которая причиталась бы ему при разделе общего имущества супругов, для обращения на нее взыскания. В связи с изложенным заключение индивидуальным предпринимателем договора поручительства без согласия супруга не нарушает права супруга поручителя и потому не является основанием для признания поручительства недействительной сделкой².

Действующее разъяснение не восприняло данной правовой позиции из арбитражной практики, следовательно, она оказалась в числе не подлежащих применению (п. 55 **Постановления**). Ни одна из приведенных норм не претерпела изменения, поэтому законодательных оснований для изменения подхода не имеется. Остается лишь заключить, что Пленум не воспринял рассматриваемого разъяснения, видимо, в силу утраты им актуальности для современной практики.

Тем не менее осмотрительному кредитору по возможности следует получить согласие супруга поручителя, чтобы избавить себя от участия в судебном процессе и доказывания, что согласие супруга на заключение договора по закону не требуется, а договор является действительным. Ибо, как известно, лучшее судебное дело для любого участника гражданского оборота – это такое дело, которого не было.

¹ Определения СКГД ВС от 4 июня 2013 г. № 18-КГ13-27, от 13 декабря 2016 г. № 46-КГ16-28.

² См. п. 39 **Постановления** № 42.

Процессуальные вопросы

49. При рассмотрении споров между кредитором, должником и поручителем судам следует исходить из того, что кредитор вправе предъявить иски одновременно к должнику и поручителю либо только к должнику или только к поручителю. Если иск заявлен только к поручителю или только к должнику, суд вправе по своей инициативе привлечь к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований, соответственно должника или поручителя (статья 43 ГПК РФ, статья 51 АПК РФ). Не привлеченный к участию в деле должник или поручитель вправе ходатайствовать о привлечении к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования.

(а) Как известно, принцип автономии воли в гражданском праве имеет свое проявление или продолжение в процессуальном праве, в частности, реализуясь в принципе диспозитивности процесса. Управомоченное лицо само решает, как ему защищать свои права, а при наличии нескольких отвечающих перед ним лиц, как правило, само определяет, привлекать ли в качестве ответчика их вместе или обратиться с иском только к одному, равно как и действовать последовательно — сначала искать с одного, а затем с другого. При обеспечении обязательства поручительством складывается как раз такая ситуация, что кредитор может иметь перфектное требование как к должнику в основном обязательстве, так и к поручителю. Кого и как привлечь к суду, решает сам кредитор.

Пленум, в целом следуя прежним подходам в арбитражной практике¹ и сообразно названным принципам, разъясняет, что у кредитора есть три процессуальные возможности по защите своего нарушенного права, а именно предъявить иск: 1) одновременно к должнику и поручителю, 2) только к должнику и 3) только к поручителю. Разумеется, не исключается и такой вариант, буквально не названный ни в прежнем, ни в действующем разъяснении, когда кредитор предъявляет иски последовательно сначала к должнику, а затем к поручителю или в обратном порядке, т.е. не одновременно, а разновременно, и не только к одному из названных лиц, а к тому и другому. Иными словами, термин «одновременно» лишний, а точнее говорить о праве кредитора потребовать исполнения *совместно* от должника и поручителя, так, как это делает законодатель (см. п. 1 ст. 323 ГК).

¹ См. абзац первый п. 7 Постановления № 42.

Кроме того, нет никаких препятствий для совместного предъявления требований об исполнении, если в отношении одного из названных субъектов или обоих возбуждено дело о банкротстве. Поэтому в соответствующих случаях речь пойдет не об исках, а о заявлениях в делах о банкротстве. Также этот же принцип совместности и раздельности применяется и в случае обращения к нотариусу для учинения исполнительной надписи.

Естественно, при наличии множества обеспечения действует та же логика. Кредитор может предъявить иск (или заявление) ко всем лицам, предоставившим обеспечение, только к некоторым из них, совместно с иском в отношении должника или без такового, равно как и в любой последовательности к любому из этих лиц.

Но следует принять во внимание, что совместное предъявление требований к поручителю и должнику может быть ограничено случаями, когда у поручителя перфектно только одно требование при неакцессорной отложенной перфекции и неакцессорной досрочной перфекции (см. соответственно п. «д» комментария к п. 8 и п. «д» комментария к п. 11 *Постановления*).

(б) Компаративный анализ показывает, что, применяя принцип диспозитивности к рассматриваемому вопросу, Пленум отказался от прежнего видового ограничения поручительства. Дело в том, что прежнее разъяснение трактовало только *о поручителе, несущем солидарную ответственность с должником*. Действующее разъяснение исходит из того, что названная в предыдущем пункте тройственная инвариантность защиты прав кредитора применима к любому поручительству. Представляется, что эта редукция ограничения является верной.

Особенность субсидиарного поручительства, в отличие от солидарного, определяется, в частности, в п. 1 ст. 399 ГК, согласно которому до предъявления требований к лицу, которое в соответствии с законом, иными правовыми актами или условиями обязательства несет ответственность дополнительно к ответственности другого лица, являющегося основным должником (субсидиарную ответственность), кредитор должен предъявить требование к основному должнику. При этом, если основной должник отказался удовлетворить требование кредитора или кредитор не получил от него в разумный срок ответ на предъявленное требование, данное требование может быть предъявлено лицу, несущему субсидиарную ответственность.

Поручителю должен быть известен срок исполнения основного обязательства, по которому он выдал поручительство. Следовательно, он должен быть готов к этому моменту исполнить свое обязательство.

Оставляя в стороне вопрос о том, является ли требование указанной нормы выполненным до истечения разумного срока на ответ основного должника, заметим, что зачастую это не имеет практического значения для вопроса о совместном предъявлении иска по причине процессуальных сроков движения дела.

Кредитор имеет возможность предъявить иск как совместно к должнику в основном обязательстве и к субсидиарному поручителю, так и только к субсидиарному поручителю с соблюдением п. 1 ст. 399 ГК. Для этого достаточно предъявить требование к основному должнику и выждать разумный срок. Исключая прежнее ограничение, видимо, Пленум имел в виду такой сценарий.

Если кредитор, предъявляя исковое требование совместно к должнику и субсидиарному поручителю, не выполнит требования этой статьи, он рискует тем, что должник удовлетворит его требование и его процессуальные действия окажутся тщетными. Если же в таком случае ни должник, ни поручитель исполнения не произведут, то к моменту рассмотрения дела по существу требования п. 1 ст. 399 ГК окажутся выполненными, поскольку нельзя считать права субсидиарного поручителя нарушенными, ибо с получением искового заявления основным должником таких оснований нет: требование должнику в основном обязательстве было заявлено и не было удовлетворено.

Остается только один случай, когда кредитор предъявит иск только к субсидиарному поручителю, не обратившись вовсе к должнику в основном обязательстве. Здесь нарушение п. 1 ст. 399 ГК налицо, а стало быть, оснований для удовлетворения искового требования кредитора не имеется. Едва ли произведенная Пленумом редукция прежнего ограничения имела в виду игнорировать положение ГК, поскольку для этого нет никаких оснований (см. п. 12 *Постановления*). Следовательно, разъяснение Пленума необходимо понимать в том смысле, что право кредитора на предъявление требования только к субсидиарному поручителю, которое обнимается комментируемым текстом, может быть реализовано с соблюдением п. 1 ст. 399 ГК, но не при его нарушении.

Естественно, не имеют правового значения для рассмотренных вариантов защиты своего права и другие видовые классификации поручительства – совместное или раздельное, ординарное или генеральное, ограниченное или неограниченное, договорное или законное.

(в) Предъявление кредитором иска к поручителю или к должнику затрагивает интересы другой стороны, хотя ей иска не предъявлено. Принятый в такой ситуации судебный акт может повлиять на права или обязанности такого лица по отношению к ответчику. Поэтому, несмо-

тря на свободный выбор кредитором ответственного лица, которому нельзя навязать другого ответчика, правопорядок должен учитывать права другого лица, к которому иск не предъявлен, будь то поручитель или должник в основном обязательстве.

Вслед за прежними разъяснениями Пленум решает эту задачу, указывая, что, если иск предъявлен *только к одному* из ответственных лиц, суд вправе по своей инициативе привлечь другого лица в качестве *третьего лица*, не заявляющего самостоятельных требований. По сравнению с прежним разъяснением, помимо добавления соответствующей ссылки на ст. 43 ГПК, действующее разъяснение уточняет, что речь идет именно о третьем лице, *не заявляющем самостоятельных требований*. Зачем понадобилось это добавление, сказать трудно, поскольку ни ст. 51 АПК, ни ст. 43 ГПК ни о каких других третьих лицах не трактуют, и отсылки к этим статьям было бы достаточно.

Надо добавить, что выражение о том, что суд *вправе* привлечь в качестве третьего лица соответствующего субъекта, лучше было бы сформулировать в том смысле, что суд в этих случаях привлекает данных лиц, поскольку соблюдение прав и законных интересов других лиц, к которым не предъявлен иск, но на права или обязанности которых решение суда может повлиять, должно входить в задачу правосудия.

(г) Прежнее разъяснение не содержало суждения о том, что не привлеченный в качестве третьего лица должник или поручитель вправе ходатайствовать о таком привлечении перед судом, поскольку это с очевидностью следует из ст. 51 АПК; впрочем, это также следует из ст. 43 ГПК.

(д) Сравнительный анализ показывает, что Пленум не воспринял одну немаловажную правовую позицию, содержащуюся в прежнем разъяснении. Там предусматривалось следующее. Обстоятельства, установленные в деле по спору между кредитором и поручителем, в котором не участвовал должник, учитываются судом при рассмотрении других споров с участием поручителя и должника, например при рассмотрении дела о взыскании поручителем денежных средств, уплаченных кредитору по договору поручительства, с должника. Если, рассматривая спор, суд придет к иным выводам, нежели содержащиеся в судебном акте по делу между кредитором и поручителем, он должен указать соответствующие мотивы¹.

Возможно, Пленум отказался от этого суждения, поскольку оно не вполне соответствует правилу о преюдиции. Коль скоро должник

¹ См. абзац второй п. 7 Постановления № 42.

не участвовал в рассмотрении спора между кредитором и поручителем, то суд не связан установленными в нем обстоятельствами (ч. 2 и 3 ст. 69 АПК; ч. 2 и 3 ст. 61 ГПК). Рассматриваемая правовая позиция напоминает своего рода ослабленную или опровержимую преюдицию. Она не препятствует должнику опровергнуть обстоятельства, установленные в деле, в котором он не участвует, в рамках ординарного доказывания. Но если он этого не делает, то суд не вполне свободен в игнорировании установленных в другом деле обстоятельств. Для того чтобы отбросить их, суд должен мотивировать такое свое решение. В данном подходе есть *ratio legis*, поскольку это не только поддерживает уважение к институту суда, но и сдерживает судебный произвол. Если эти рассуждения имеют под собой основания, то названной правовой позиции теперь придется утвердиться в юриспруденции без официальной поддержки.

50. Если в период рассмотрения спора в суде поручитель исполнил основное обязательство полностью, суд по его заявлению и при наличии согласия кредитора производит замену истца в порядке, установленном статьей 44 ГПК РФ и статьей 48 АПК РФ.

В отсутствие согласия кредитора на замену его правопреемником исполнивший поручитель вправе вступить в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора (часть 1 статьи 42 ГПК РФ, часть 1 статьи 50 АПК РФ).

Указанные правила применяются также в случае частичного исполнения поручителем основного обязательства. В этом случае при замене кредитора поручителем в части заявленных требований оба лица, являясь истцами, выступают в процессе самостоятельно и независимо друг от друга (часть 3 статьи 40, часть 1 статьи 429 ГПК РФ, часть 4 статьи 46, часть 5 статьи 319 АПК РФ).

(а) Тот факт, что кредитор прибегает к судебной защите своего права, не отменяет действия материального права, в том числе суброгационной концепции поручительства. Но поскольку отношения сторон осложняются юрисдикционной формой их развития, материальное отношение требует гармонизации с процессуальным отношением. Здесь уже недостаточно соблюдения юридической логики материального права, ибо необходимо подчиняться и логике процессуальной формы движения отношения сторон.

В материальном отношении трех субъектов – кредитора, должника и поручителя – могут происходить различные метаморфозы, некоторые из которых заслужили внимание судебной практики.

(б) Одним из возможных юридических фактов в отношениях сторон, осложненных процессуальной стадией их взаимодействия, является исполнение обязательства поручителем. Вчинение кредитором иска ясно свидетельствует о серьезности его намерений в защите своего нарушенного права и зачастую сопряжено с таким обоснованием его притязания, которое убеждает поручителя в бесперспективности дальнейших препирательств. Что же должно происходить в процессуальном отношении в связи с названным фактом?

Прежнее разъяснение распространялось на случай, когда кредитором предъявлен *иск к должнику*, после чего поручитель исполнил свое обязательство (например, уплатив кредитору соответствующую денежную сумму). В данной ситуации судам предлагалось учитывать, что поручитель вправе обратиться в суд с ходатайством о вступлении в дело в качестве процессуального правопреемника кредитора по требованию о взыскании долга по обеспеченному обязательству, уплате процентов и т.п. (ч. 1 ст. 48 АПК)¹.

Действующее разъяснение в целом держится такого же подхода. Тем не менее обнаруживается несколько отличий в отношении отдельных нюансов.

Если прежнее разъяснение трактовало о праве поручителя обратиться в суд с ходатайством о вступлении в дело в качестве процессуального правопреемника кредитора, то комментируемое разъяснение дает более полную картину, указывая на *замену* судом истца по делу в установленном процессуальными нормами порядке.

Пленум не говорит буквально, о каком споре идет речь, выражаясь в том смысле, что поручитель производит исполнение *в период рассмотрения спора в суде*. На первый взгляд может показаться, что исключение указания на предъявление иска именно к должнику чисто техническое и сделано для экономии правового материала, ибо другого варианта и быть не может. Не исключено, что это и правда было единственным мотивом, ведь в большинстве случаев так и происходит: кредитор предъявляет иск должнику; поручитель, прежде отказавшийся уплатить кредитору, убедившись теперь, что спорить с кредитором не о чем, производит исполнение в адрес кредитора, стремясь занять его место по суброгации и произвести процессуальную замену в начатом кредитором процессе. Но в действительности прежнее разъяснение было зауженным (в части указания на иск к должнику) и не охватывало и другого случая, а действующее разъяснение хотя и не называет его,

¹ См. предложение первое абзаца первого п. 8 Постановления № 42.

но оказывается более широким, что позволяет не исключать и такой случай. Речь идет об иске кредитора к другому поручителю. В этой ситуации также действует суброгационная концепция, и к исполнившему свое обязательство раздельному поручителю переходит требование не только к должнику в основном обязательстве, но и к другому поручителю. Следовательно, исполнивший обязательство поручитель вправе требовать процессуальной замены и в этом случае. Если же кредитор в данных обстоятельствах предъявил также иск и к должнику в основном обязательстве, то и в этом процессуальном отношении поручитель вправе требовать замены истца, причем независимо от того, заявлены ли кредитором к ним иски совместно или к каждому в отдельности.

Разъяснение уже привычно, в который уже раз содержит неточность, поскольку указывается на то, что *поручитель исполнил основное обязательство*. Никакого основного обязательства он не исполняет, ибо платит по своему обязательству (см. абзац второй п. 1 *Постановления*).

Пленум отказывается от приведенного в прежнем разъяснении примера исполнения обязательства, возможно, по мотиву экономии материала, а кроме того, потому, что пример (платеж соответствующей денежной суммы) не вполне иллюстративный, да и неточный. Дело в том, что суброгационная концепция действует, например, и в том случае, если поручитель заявил о зачете своего обязательства против встречного требования к кредитору или предоставил ему отступное. Иными словами, платеж поручителя является не единственным случаем, который повлечет необходимость применения рассматриваемых разъяснений. Кроме того, прежнее разъяснение упоминало некую *соответствующую* сумму, что могло привести к ошибочному суждению, что разъяснение действует только тогда, когда поручитель произвел исполнение в точном размере того, что с него причитается. Это не так. Суброгация будет иметь место во всех случаях, сколько бы поручитель ни заплатил, а следовательно, имеется основание и для процессуальной замены. Но, отказавшись от примера в этом разъяснении, вместо того чтобы приумножить примеры и уточнить имевшийся, охватив приведенные случаи суррогатов исполнения, Пленум не отметил данный нюанс.

Еще один нюанс связан с тем, что прежнее разъяснение не ограничивалось случаем полного исполнения, но лишь подспудно охватывало и частичное исполнение. Пленум же в комментируемом абзаце трактует только о полном исполнении, а о *частичном* указывается в абзаце

третьем. Такой метод кажется более удачным, поскольку частичное исполнение прямо названо, что устраняет всякие сомнения в том, что суброгация имеет место и в этом случае. Последнее немаловажно, поскольку, как уже указывалось, в судебной практике наблюдались труднообъяснимые девиации от этого верного подхода¹.

Тот факт, что Пленум трактует о *полном* исполнении поручителя, не должен вводить в заблуждение, поскольку все зависит от того, что считать полным исполнением. Полной процессуальной замены истца поручитель вправе требовать в соответствующих случаях, когда он сам исполнил свое обязательство не полностью. Если, к примеру, должник в основном обязательстве произвел частичное исполнение кредитору, то, уплатив сумму, покрывающую остающееся исполнение должника, поручитель не полностью исполняет свое обязательство, ибо он обязался за большее, но у кредитора более нет притязания к должнику, ибо он в совокупности получил причитающееся сполна. Таким образом, полнота исполнения в контексте полной замены истца должна определяться по сравнению с тем, на что имеет право кредитор: если произведенное поручителем исполнение кредитору полностью покрывает сумму иска, то и процессуальная замена должна быть полной.

Еще одно отличие, на этот раз весьма существенное, компаративный анализ выявляет в отношении *согласия кредитора* на замену истца. Прежнее разъяснение ничего в отношении согласия кредитора не указывало, а действующее допускает правопреемство в правах истца только с его согласия. Ничего не говорят о согласии заменяемого лица и процессуальные законы (ст. 48 АПК и ст. 44 ГПК). Данная правовая позиция является системным и последовательным продолжением ранее сформулированного подхода в другом разъяснении. Если в период рассмотрения спора в суде состоялся переход прав кредитора (истца) к третьему лицу, суд по заявлению заинтересованного лица и при наличии *согласия* cedentia и цессионария производит замену истца в порядке, установленном ст. 44 ГПК, ст. 48 АПК².

Интересно, что первоначальная редакция рассматриваемого разъяснения была иной. Там указывалось, что поручитель, исполнивший основное обязательство полностью или в части, вправе *после предъявления кредитором иска к должнику* обратиться в суд с ходатайством

¹ Определения СКЭС ВС от 25 мая 2017 г. № 306-ЭС16-17647 (8), от 4 октября 2018 г. № 305-ЭС18-9321.

² См. абзац первый п. 33 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

о вступлении в дело в качестве процессуального правопреемника кредитора по требованию о взыскании долга по основному обязательству в пределах исполненного обязательства (ч. 1 ст. 44 ГПК; ч. 1 ст. 48 АПК). Пленум обоснованно исправил эту редакцию, поскольку она создавала впечатление, что поручитель произвел исполнение еще до предъявления кредитором иска к должнику. Но это на самом деле несколько иной случай. Если поручитель исполнил свое обязательство в пользу кредитора, то в силу суброгации он занял его место в основном обязательстве, а кредитор не является надлежащим истцом, ибо уже не обладает соответствующим правом. Пленум обоснованно обращается к ситуации, когда поручитель производит исполнение уже после предъявления кредитором соответствующего иска, что требует разрешения вопроса о процессуальном правопреемстве.

Вместе с тем в силу различных обстоятельств кредитор, получивший исполнение от поручителя, может случайно или намеренно проигнорировать это и вчинить иск к должнику, хотя он уже и не является его кредитором в силу случившейся суброгации. Здесь может вставать вопрос: вправе ли поручитель и в данном случае требовать процессуальной замены? Формально-юридически оснований для этого нет, поскольку иск заявлен лицом, не имеющим субъективного гражданского права (ненадлежащим истцом). В некоторых случаях для поручителя может быть критически важной возможность именно заменить такого кредитора в процессе, например, если предъявление самостоятельного иска поручителем оказывается за пределами пресекающего срока. Тут, как представляется, складывается ситуация, схожая с вчинением иска мнимым цессионарием. По поводу этой последней имеется правовая позиция Пленума в другом разъяснении. Если при недействительности уступки требования цессионарием уже предъявлен иск к должнику по такому требованию, cedent вправе самостоятельно предъявить иск к должнику или вступить в начатое дело (ч. 4 ст. 1, ч. 1 ст. 44 ГПК; ч. 5 ст. 3, ч. 1 ст. 48 АПК)¹. Оставляя в стороне обоснованность такого подхода, применительно к поручительству, видимо, следует признать, что поставить в разное правовое положение названных лиц (цедента и поручителя) было бы противным принципу равенства, поскольку и в том, и в другом случае защищаются схожие интересы. Истечение срока исковой давности и пресекающего срока является тому иллюстрацией; несмотря на разность юридической природы срока, защищаемый интерес одинаков.

¹ См. абзац второй п. 34 Постановления от 21 декабря 2017 г. № 54.

Кредитор (истец), смотря по обстоятельствам, может быть не согласен с тем, что суброгация имела место в полном объеме или в какой-то части. При этом в некоторых случаях данный вопрос может быть осложнен непростыми правовыми аспектами и фактическими обстоятельствами. Например, поручитель настаивает на суброгации в связи с заявленным им зачетом обязательства против своего встречного требования к кредитору. Последний возражает, полагая, что по требованию поручителя истекла давность, а поручитель считает, что давность не истекла, поскольку имели место действия, свидетельствующие о признании долга, что влечет ее перерыв. Поэтому вопрос процессуальной замены на основании вроде бы такого простого факта, как исполнение обязательства поручителем, далеко не всегда тривиальный. В этом смысле разъяснение Пленума представляется разумным и обеспечивающим права кредитора (истца), который может быть заменен новым истцом (поручителем) только с его согласия.

Но важно отметить и еще одну ситуацию, которой разъяснение не касается. Если кредитор, получив исполнение от поручителя, на этом основании заявляет отказ от иска (будь то к другому поручителю или к должнику), то суд не должен его принимать, поскольку принятие отказа от иска может привести к нарушению прав исполнившего обязательство поручителя, еще не успевшего заявить о процессуальном правопреемстве.

(в) Что же должно происходить, если кредитор (истец) не дает согласие на его замену поручителем, исполнившим свое обязательство?

Логически возможно как минимум два подхода к разрешению этой дилеммы. Суд мог бы рассмотреть спор между кредитором и поручителем о том, кто же из них и в какой части является надлежащим истцом. Установив обоснованность ходатайства поручителя о процессуальной замене, суд мог бы произвести замену истца (кредитора) на надлежащего истца и далее рассматривать его спор с должником (ответчиком) и (или) с отдельным поручителем (ответчиком) по существу. Однако в таком случае после замены истца кредитор бы переставал быть участником процесса, хотя он и не был согласен со своей заменой. Это лишало бы его соответствующих процессуальных возможностей и побуждало к обжалованию итогового акта суда (ч. 2 ст. 48 АПК) либо определения суда о замене правопреемника (ч. 3 ст. 44 ГПК).

Но Пленум избирает другой путь, более соответствующий принципу диспозитивности, предлагая при отсутствии *согласия кредитора* (истца) на его замену использовать институт вступления поручителя в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования

относительно предмета спора (ч. 1 ст. 50 АПК; ч. 1 ст. 42 ГПК). Такой подход позволяет реализовать все процессуальные возможности как кредитору, так и поручителю, причем как в споре между ними, так и в споре с должником и (или) отдельным поручителем (ответчиками).

Интересно отметить, что **проект** Постановления вводил приведенное правило на случай наличия возражения кредитора против его замены правопреемником. Действующая редакция трактует об отсутствии согласия. Тем самым права кредитора защищаются более надежным образом, полностью исключая его замену без его волеизъявления, т.е. и в том случае, когда кредитор не проявляет какой-либо процессуальной инициативы.

Пленум не касается еще одного нюанса, который, однако, должен учитываться. Дело в том, что кредитор, смотря по обстоятельствам, может быть согласен с тем, что суброгация имела место, но не в том объеме, на котором настаивает поручитель. В такой ситуации, видимо, следует произвести замену кредитора на поручителя в том размере требования, с которым истец согласен, а в остальной части поручитель вступает в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельное требование относительно предмета спора. Таким образом, у нас появляется участник процесса, который одновременно, но в отношении разных притязаний занимает две процессуальные позиции. При этом если обычно названное третье лицо состязается с истцом за присуждение, то поручитель сам с собой, конечно, не конкурирует.

При рассмотрении вопроса о правопреемстве по требованию кредитора, заявленному в деле о банкротстве должника или отдельного поручителя, должна быть обеспечена такая же логика.

Если же вопрос о правопреемстве возникает на стадии рассмотрения требования, предъявленного к ликвидационной комиссии, и кредитор не согласен с суброгацией, возможно несколько сценариев. Ликвидационная комиссия может воспользоваться правом на депонирование, предусмотренным подп. 3 п. 1 ст. 327 ГК, который предусматривает такое основание для исполнения обязательства в депозит нотариуса или суда, как очевидное отсутствие определенности по поводу того, кто является кредитором по обязательству, в частности, в связи со спором по этому поводу между кредитором и другими лицами.

Кроме того, ни кредитор, ни поручитель не лишены права обратиться в суд о взыскании причитающегося им с ликвидируемого лица.

(г) Пленум вывел в отдельный абзац суждение о правопреемстве при *частичном исполнении обязательства поручителем*, распространив на него приведенные выше разъяснения, а также дополнив указанием

на то, что, если кредитор и поручитель оказываются истцами, они выступают в процессе самостоятельно и независимо друг от друга (ч. 4 ст. 46, ч. 5 ст. 319 АПК; ч. 3 ст. 40, ч. 1 ст. 429 ГПК).

О том факте, что при процессуальном соучастии каждый из истцов по отношению к другой стороне выступает в процессе *самостоятельно*, сказано в процессуальных нормах, на которые имеется ссылка. Указание на то, что истцы выступают также и *независимо*, скорее всего, сделано для усиления, хотя законодателю хватило одного термина — «самостоятельно». Оно не должно сбивать с толку в том смысле, что поручитель связан процессуальными действиями своего правопреемника, и в этом аспекте некоторая зависимость здесь наблюдается. Что касается редукции указания закона на самостоятельное участие *по отношению к другой стороне*, то это можно, видимо, объяснить тем обстоятельством, что разъяснение имеет акцент на дальнейшей самостоятельности каждого из истцов по отношению друг к другу, а не к ответчику, несмотря на то что ранее данную процессуальную позицию занимал один из них. Хотя для чего предприняты эти терминологические кульбиты, до конца неясно, и остается некоторый риск, что за ними скрывается что-то содержательное, ускользнувшее от нашего понимания.

К этому надо добавить, что и в случае вступления поручителя в дело в качестве третьего лица, причем независимо от того, притязает ли поручитель на полный или частичный переход к нему прав требования по суброгации, названные лица выступают в процессе самостоятельно и независимо друг от друга. Иными словами, предложение второе третьего (последнего) абзаца комментируемого пункта распространяется не только на случай, названный в этом абзаце, но и на случай, названный в абзаце втором.

В комментируемом фрагменте опять допускается известная неточность, поскольку указывается на случай частичного исполнения поручителем основного обязательства. Приходится опять без устали повторять: поручитель исполняет свое обязательство.

Но важно учитывать также еще один нюанс. Критерий частичного процессуального правопреемства поручителя неправильно определять частичным исполнением им своего обязательства. Это случайное обстоятельство может как приводить к частичному правопреемству в процессе, так и не приводить к такому последствию. Все зависит от соотношения размера предъявленного кредитором иска и размера исполнения, произведенного поручителем в пользу кредитора. Если последний меньше первого — только тогда процессуальное преемство

является частичным. В соответствующих случаях частичное исполнение обязательства поручителем будет приводить к полному процессуальному правопреемству. Например, кредитор предъявил иск о взыскании с должника половины суммы причитающегося с должника по основному обязательству, а поручитель уплатил кредитору 75% от обеспеченного поручительством обязательства. Исполнение поручителя является частичным, ибо он должен был заплатить все 100%, но никакого частичного процессуального преемства быть не может, поскольку покрыта вся сумма иска. Кредитор с его согласия должен полностью выбыть из процесса, а его место занять поручитель. И от обратного нужно заметить, что и при полном исполнении поручителем своего обязательства процессуальная замена может быть только частичной. Например, это должно иметь место, если ответственность поручителя ограничена договором, он производит полное исполнение своего обязательства, но оно не покрывает всю сумму иска кредитора к должнику.

Что же касается выдачи *нескольких исполнительных листов*, на которую ориентирует Пленум (ч. 5 ст. 319 АПК; ч. 1 ст. 42 ГПК), то применение этих норм зависит от разрешения спора между кредитором и поручителем. Если к поручителю, вступившему в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования относительно предмета спора, никакие права кредитора поручителя не перешли, равно как и наоборот, если все права кредитора перешли к поручителю, выдается один исполнительный лист. А если должник присуждается в пользу каждого из них, то только тогда названные нормы подлежат применению.

(д) Если интересы кредитора в отношении его несогласия с суброгацией учтены Пленумом, то об интересах должника в разъяснении ничего не сказано. Прежнее разъяснение на этот счет содержало следующее суждение. Возражения должника *против вступления в дело поручителя* могут быть основаны в том числе и на доводах об отсутствии правопреемства в отношениях между кредитором и поручителем в связи с недействительностью договора поручительства, неисполнением поручителем договора поручительства и т.п.¹ Интересно, что **проект** Постановления содержал фрагмент о возражениях должника. Там предусматривалось, что возражения должника или кредитора против вступления в дело поручителя могут быть основаны в том числе на доводах об отсутствии правопреемства в отношениях между кредитором

¹ См. абзац второй п. 8 Постановления № 42.

и поручителем в связи с неисполнением договора поручительства и т.п. Однако в действующее разъяснение данное суждение включено не было.

Это не означает, что должник лишается процессуальной возможности оспаривать факт суброгации, и Пленум с очевидностью не мог иметь такого в виду, поскольку это означало бы лишение должника судебной защиты. Если кредитор дает согласие на его процессуальную замену или если поручитель вступает в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования на предмет спора, должник вправе возражать не против вступления поручителя в дело (процессуальный аспект), а по существу (материальный аспект). Он может возражать в том числе по основаниям, приведенным выше, против наличия у поручителя перфектного требования, годного к принудительному удовлетворению, и просить суд отказать ему в иске. Таким образом, спор между поручителем и должником окажется рассмотренным по существу, а не в процедуре рассмотрения вопроса о вступлении поручителя в дело.

(е) Пленум не воспринял еще одного фрагмента, который, как представляется, не имеет юридических изъянов. Ранее в отношении поручителя, исполнившего свое обязательство, после предъявления кредитором иска к должнику разъяснялось следующее. В случае обращения поручителя в суд с самостоятельным иском к должнику иск подлежит оставлению без рассмотрения в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 148 АПК; производство по делу, возбужденному по иску поручителя к должнику, подлежит прекращению согласно п. 2 ч. 1 ст. 150 АПК¹.

Трудно что-то возразить против такого подхода, поэтому остается лишь предположить, что Пленум не посчитал необходимым обращать на этот аспект внимание ввиду его ясности. Изложив разъяснения о последствиях исполнения поручителем обязательства после вчинения иска кредитором и указывая на вступление в том или ином качестве поручителя в уже начатый процесс, Пленум как бы уже предпринял вопрос о модусе действий, который исключает предъявление поручителем отдельного иска. Другое объяснение умолчания о верной правовой позиции, приведенной выше, пока подобрать не получается, ведь поручитель, исполнивший свое обязательство, является правопреемником кредитора.

(ж) Ни прежнее разъяснение, ни действующее не касаются такого нюанса, когда поручитель, исполнивший свое обязательство, после

¹ См. абзац первый п. 8 Постановления № 42

предъявления кредитором иска с заявлением о процессуальном преемстве не обращается. Видимо, это объясняется тем простым обстоятельством, что это далеко не самый распространенный случай. Тем не менее его нельзя исключать, в том числе в связи с тем, что при отсутствии суброгации (п. 3 ст. 165 ГК) поручитель может быть не заинтересован в активных действиях, ибо его права и законные интересы не нарушаются, а на процессуальное преемство он просто не имеет права. Кроме того, поручитель может и не знать о наличии судебного процесса, начатого кредитором. Помимо этого, и кредитор, получив исполнение по договору поручительства, равно причитающемуся с должника, может вести себя пассивно, поскольку более не имеет интереса в продолжении процесса и участия в нем.

Этот процессуальный риск лежит на должнике, ибо если он не оставит процессуального притязания, то с него могут взыскать недожное. Если же в деле имеются доказательства, что исполнение поручителем произведено, а суброгация не имеет места, суд должен отказать в иске.

(з) Также в разъяснениях не затрагивался вопрос об исполнении поручителем обязательства на стадии исполнительного производства, кроме упоминания о переходе прав¹. Никаких ограничений для защиты прав поручителя тут быть не должно, и подлежит применению ст. 52 Закона об исполнительном производстве. При этом такое правопреемство имеет место независимо от того, добровольно или принудительно исполнил свое обязательство поручитель. Если в исполнительном производстве в отношении поручителя производится полное взыскание в пользу кредитора, то это производство подлежит прекращению, а в исполнительном производстве в отношении должника производится правопреемство, и кредитор, соответственно, заменяется на поручителя в силу суброгации.

Также замена в исполнительном производстве должна производиться и в случае, когда взыскание производится на основании исполнительной надписи нотариуса.

(и) Еще одна тонкость может быть связана с движением процесса в темпоральном промежутке между получением кредитором исполнения от поручителя и соответствующей процессуальной заменой. Фидуциарные обязанности кредитора перед поручителем требуют, чтобы кредитор не совершал действий в ущерб поручителю, например не заявлял отказа от иска. Это объясняется тем обстоятельством, что

¹ См. абзац первый п. 13 Постановления № 42.

все действия, совершенные до вступления правопреемника в процесс, обязательны для него в той мере, в какой они были бы обязательны для лица, которое правопреемник заменил (ч. 3 ст. 48 АПК; ч. 2 ст. 44 ГПК). В такой ситуации кредитор по существу ведет чужое дело, а потому обязан учитывать права и законные интересы хозяина данного дела.

Если кредитор нарушит такую свою обязанность, поручитель вправе взыскать с него все то, что он утратил вследствие этого по перешедшему к нему требованию.

51. Иски, предъявляемые кредитором — юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем одновременно как к должнику, являющемуся юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем, так и к поручителю — физическому лицу, в том числе являющемуся учредителем (участником) общества или иным лицом, контролирующим деятельность общества, подсудны суду общей юрисдикции (часть 4 статьи 22 ГПК РФ).

Если в ходе разрешения такого спора будет заявлен встречный иск, связанный с корпоративным спором, подсудным арбитражному суду в силу части 1 статьи 225.1 АПК РФ, например, о недействительности кредитного договора как сделки, в совершении которой имеется заинтересованность, суд общей юрисдикции в соответствии с пунктом 2 части 1 статьи 135, статьей 137 ГПК РФ возвращает его в связи с подсудностью такого иска арбитражному суду.

(а) Выдача поручительства, в отличие от независимой гарантии, доступна любым субъектам гражданского права, в том числе гражданам, не осуществляющим предпринимательскую деятельность¹. При этом граждане предоставляют такое обеспечение как по предпринимательским, так и по общегражданским обязательствам. Кроме того, граждане могут выдать поручительство за юридическое лицо, обязательство которого не является предпринимательским.

Вследствие этого обстоятельства на практике достаточно распространены случаи, когда иск к должнику в основном обязательстве подсуден одному суду, а иск к поручителю — другому.

Дуализм российских судебных систем базируется на принципе специализации, согласно которой гражданско-правовые споры,

¹ Далее в комментарии к этому пункту, если не указано иное, под поручителем понимается только такой субъект.

связанные с бизнесом в широком смысле этого понятия, подсудны арбитражным судам, а все остальные – судам общей юрисдикции. Поручительство само по себе не имеет какой-то бизнес-специфики. В силу акцессорности поручительства характер спора с поручителем в значительной степени предопределен характером основного обязательства. Рационально действующий гражданин, выдавая поручительство за юридическое лицо или за индивидуального предпринимателя, не может не понимать характера основного обязательства, в том числе в случае, когда оно является предпринимательским. Также более чем очевидным даже для непрофессионала является то обстоятельство, что поручитель несет ответственность по своему обязательству наряду с должником по основному обязательству. Для поручителя вполне естественно ожидать иска, предъявленного совместно к нему и к должнику. Более того, многие поручители лишь по внешней видимости не имеют связи с предпринимательской деятельностью, но в действительности являются хозяевами бизнеса или достаточно сведущими в коммерции людьми. Речь идет о более чем распространенных случаях, когда поручителем по обязательствам хозяйственного общества выступают участники этого общества, его директора и другие менеджеры.

Поэтому, казалось бы, следовало бы прийти к выводу, что, если кредитор предъявляет иски совместно к должнику, который подсуден арбитражному суду, и к поручителю, их целесообразно рассмотреть совместно в арбитражном суде. Это позволило бы соблюсти специализацию, ради чего, собственно, и существуют коммерческие суды, а также не расходилось бы с ожиданиями поручителя. Однако дела обстоят ровным образом наоборот.

(б) В комментируемом пункте Пленум обращается к двум аспектам подсудности споров с участием поручителя.

В абзаце первом речь идет как раз о такой ситуации, когда кредитор желает защищать свои права, заявив иск одновременно к должнику в основном обязательстве и к поручителю, в том числе к такому, который является учредителем (участником) общества или иным лицом, контролирующим его деятельность. Под обществом, надо полагать, имеется в виду хозяйственное общество (п. 4 ст. 66 ГК).

Пленум определяет *подсудность в пользу суда общей юрисдикции*. Хотя из текста прямо не следует, что речь идет только о таком поручителе – физическом лице, который не зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, это следует из контекста, иначе

не было бы почвы для разьяснения. Данный подход закрепляет ранее сложившуюся практику¹.

Приведенное Пленумом нормативное обоснование, во-первых, не совсем точно, а во-вторых, не может обосновать указанное решение.

Разьяснение обосновывается ссылкой на ч. 4 ст. 22 ГПК, где установлено следующее.

При обращении в суд с заявлением, содержащим несколько связанных между собой требований, из которых одни подсудны суду общей юрисдикции, другие – арбитражному суду, если *разделение требований невозможно*, дело подлежит рассмотрению и разрешению в суде общей юрисдикции.

Если разделение требований возможно, судья выносит определение о принятии требований, подсудных суду общей юрисдикции, и о возвращении заявления в части требований, подсудных арбитражному суду.

Как видно, подсудность суду общей юрисдикции определяет не вся часть 4 данной статьи, а только ее абзац первый, ибо абзац второй приводит к иному решению, которое Пленумом отвергнуто. Почему разделение требований кредитора считается невозможным, понять трудно. Дело в том, что, как обоснованно указал сам Пленум, кредитор вправе предъявить иски одновременно к должнику и поручителю либо только к должнику или только к поручителю (*см. предложение первое п. 49 Постановления*). Рассуждая по методу *a contrario*, получается, что, если иск к должнику заявлен в одном суде, а иск к поручителю – в другом, такие дела не подлежат рассмотрению, поскольку разделение требований невозможно. Но это наше суждение с очевидностью ложно. Судебная практика свидетельствует, что банки предъявляют исковые требования в отдельности в различные суды: к поручителям (физическим лицам) – в суды общей юрисдикции, а к заемщикам (юридическим лицам) – в арбитражные суды², и пресекать такое положение дел вроде бы никто не собирается. Другое дело, что совместное рассмотрение названных исков более целесообразно, чем раздельное, в том числе в силу акцессорности поручительства.

¹ См. п. 1 [Обзора](#) судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.).

² См. п. 1.2 [Обзора](#) судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств (утв. Президиумом ВС РФ 22 мая 2013 г.).

Оберегая поручителя от подсудности арбитражного суда, последовательно провести эту линию все равно не получится. Дело в том, что суброгационная концепция с неизбежностью приведет поручителя в соответствующих случаях в арбитражный суд. Например, если кредитор, согласно установленной подсудности, предъявил иск к основному должнику в арбитражный суд, а поручитель заплатил по договору поручительства (будь то добровольно или по суду), то в силу материального и процессуального правопреемства он оказывается стороной арбитражного процесса. Передача дела в суд общей юрисдикции в таких обстоятельствах только навредила бы поручителю в связи с неминуемой задержкой рассмотрения спора по существу. Какие еще из этого подхода выйдут последствия, можно легко представить, например, когда имеется множественность поручителей разного субъектного состава (юридические лица, физические лица, индивидуальные предприниматели). Если они последовательно будут исполнять свои обязательства, то дело придется передавать неоднократно то в один суд, то в другой. Нет также сомнений, что подобный путь открывает больше возможностей для злоупотреблений, основанных на искусственном создании миграции дела по подсудности. Например, видя, что процесс идет не самым лучшим образом в этом суде, кредитор (истец) легко организует для себя мнимого поручителя, который произведет платеж (из одного кармана в другой), а дело отправится в другой суд, где фортуна может оказаться более благосклонной к истцу. Конечно, в соответствующих случаях большой опыт наших судей в борьбе с многочисленными злоупотреблениями позволит распознать их и пресечь. Но стоит ли создавать почву для злоупотреблений, чтобы потом заниматься борьбой с ними, вместо того чтобы направить судебскую энергию и время на более потребные для общества дела по отправлению правосудия?

(в) Нормативно обосновать недопустимость разделения требований достаточно затруднительно. Приведенные выше в п. «а» комментария соображения, как представляется, не принимаются во внимание. Однако совместное рассмотрение требований к поручителю и должнику более эффективно и удобно, в том числе и для поручителя, поскольку в части совпадающих интересов он может рассчитывать на процессуальную активность должника, которая защитит и его интерес. Поэтому можно, наверное, считать, что указанная подсудность выбрана из сомнительных патерналистских соображений, а также для упрощения критерия определения подсудности.

Что касается критериев подсудности, то, действительно, в дуалистических судебных системах следует стремиться к максимально

ясному, формализованному критерию определения этой подсудности, чтобы устранить контрверзы по данному вопросу, ибо они угрожают такому базовому принципу цивилизованного общества, как доступность и эффективность правосудия. Запутанная система критериев определения надлежащей подсудности угрожает подлежащим судебной защите нарушенным правам участников гражданского оборота. Если же подсудность спора с участием поручителя определяется единственным признаком, является он зарегистрированным предпринимателем или нет, то нет необходимости выяснять, связан ли он тем или иным образом с предпринимательской деятельностью, насколько он сведущ в бизнесе, является ли он хозяином предпринимательского дела и т.п. Хотя, надо сказать, даже и при таком простом критерии встречаются одиозные случаи, когда, например, рассматривая дело почти два года, суд приходит к суждению, что оно ему неподведомственно, и прекращает производство, поскольку поручитель является индивидуальным предпринимателем. При этом кредитор по новому иску в арбитражном суде отказывают за пропуском пресекательного срока поручительства¹. Конечно, здесь может возникнуть вопрос: какие экстраординарные причины помешали профессиональному участнику оборота (банку) затрудниться с установлением статуса своего контрагента по договору — поручителя?

Считается, что гражданину проще защищать свои права в суде общей юрисдикции, в том числе в связи с его большей территориальной доступностью, отсутствием необходимости обращения только к профессиональному представителю по делам мировых и районных судов (ч. 2 ст. 49 ГПК).

С этих позиций подход, закрепленный Пленумом, может считаться оправданным с политико-правовой точки зрения. Но неизбежной ценой этого являются отказ от судебной специализации и риски принятия противоречивых решений различными судами по спору с должником и по спору с поручителем.

(г) Гипотеза разъяснения выделяет среди физических лиц особым образом учредителей (участников) общества или иных лиц, контролирующих деятельность общества. Надо полагать, это сделано для того, чтобы устранить сомнения в том, не является ли столь тесная связанность с бизнесом основанием для подсудности спора арбитражному суду. Даже при отсутствии статистики судебная практика показывает, что во множестве случаев поручителями выступают именно указанные

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 22 октября 2013 г. № 5737/13.

Пленумом субъекты. Тем не менее следует отметить, что тот же подход должен применяться и к тем случаям, когда поручитель имеет иной статус, например члена кооператива, участника товарищества, не являющегося предпринимателем, сотрудника юридического лица и т.п.

(д) Абзац второй разъяснения обращается к частному случаю предъявления к кредитору встречного иска о признании кредитного договора недействительным как сделки с заинтересованностью или о его оспаривании по иным корпоративным основаниям. Такая категория споров относится к корпоративным спорам (ч. 1 ст. 225.1 АПК). В этом случае суды ориентируются возвращать такое встречное заявление, как подсудное арбитражному суду. Хотя в разъяснении не указывается, о каком кредитном договоре идет речь, из контекста понятно, что это договор, обязательство заемщика по которому обеспечено поручительством гражданина.

Данное разъяснение требует небольшого уточнения исходя из заложенного в нем принципа. Из разъяснения Пленума следует, что оно распространяется на случай, подпадающий под гипотезу абзаца первого данного пункта [Постановления](#). Последняя буквально охватывает только ситуацию, когда кредитор предъявляет иски одновременно к должнику в основном обязательстве и к поручителю. Между тем очевидно, что такой же вывод следует сделать и в случае, если иск предъявлен только к поручителю в суде общей юрисдикции, а встречный иск относится к корпоративным спорам, например, об оспаривании по соответствующим специальным основаниям договора поручительства. Таким образом, поручитель последовательно ограждается от подсудности арбитражного суда.

(е) Пленум не указывает на последствия нарушения указанной им подсудности спора. Следовательно, действуют общие правила на этот счет. Тем не менее, исходя из целей законодателя, установившего соответствующую подсудность, проявление избыточного юридического пуризма (например, отмена решения арбитражного суда, взыскавшего в пользу поручителя причитающееся с должника, по жалобе последнего только на том основании, что нарушены правила подсудности) кажется неприемлемым. Также весьма сомнительным выглядит возражение должника в основном обязательстве о неподсудности спора арбитражному суду в случае замены кредитора поручителем. Ведь должник изначально был привлечен ответчиком в арбитражном суде, и достаточно трудно измыслить, какой законный интерес мог бы быть защищен в этом случае передачей дела в суд общей юрисдикции, да еще к тому же без волеизъявления истца, готового продолжать процесс.

(ж) Разъяснение комментируемого пункта относится к ситуации, когда по обязательству юридического лица или индивидуального предпринимателя поручителем выступило физическое лицо, не осуществляющее предпринимательской деятельности. Однако нельзя исключать и обратной ситуации, когда такое физическое лицо является должником в основном обязательстве, а поручителем выступают юридическое лицо или индивидуальный предприниматель. Поскольку в основе разъяснения лежит намерение оградить физических лиц от подсудности арбитражных судов, надо полагать, что и в этом случае при одновременном предъявлении кредитором иска к поручителю и должнику в основном обязательстве дело относится к подсудности суда общей юрисдикции. Если же в такой ситуации кредитор предъявляет иск только к поручителю (юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю), спор подсуден арбитражному суду¹.

52. Если при разрешении спора, вытекающего из договора поручительства, будут установлены недобросовестные согласованные действия кредитора и поручителя, направленные на заключение договора поручительства исключительно с целью изменения его подсудности (территориальной или подсудности судам общей юрисдикции или арбитражным судам), суд устанавливает подсудность спора без учета указанного договора поручительства и направляет дело в суд, к подсудности которого оно отнесено законом.

О том, что единственной целью заключения договора поручительства является изменение подсудности дела, может свидетельствовать совокупность следующих обстоятельств:

1) между поручителем и должником отсутствуют какие-либо отношения (корпоративные, обязательственные, родственные и проч.), разумно объясняющие мотивы выдачи поручительства за должника;

2) иск по обязательству, обеспеченному таким поручительством, предъявлен в суд, который расположен в месте нахождения истца либо в непосредственной близости к нему, либо отличается от суда, указанного в договоре, заключенном между кредитором и должником (статья 32 ГПК РФ, статья 37 АПК РФ), либо расположен таким образом, что личное участие должника в рассмотрении дела может быть существенно затруднено.

Суд также вправе отнести все судебные расходы по делу на кредитора и поручителя, злоупотребивших процессуальными правами, независимо

¹ См., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 27 октября 1998 г. № 5533/98.

от результатов рассмотрения дела (часть 4 статьи 1 ГПК РФ и статья 111 АПК РФ).

Бремя доказывания противоправности заключения договора поручительства и необходимости определения подсудности без учета такого договора возлагается на лицо, заявившее об этом (статья 56 ГПК РФ, статья 65 АПК РФ), которое также должно действовать добросовестно, в частности заявить возражения против договора поручительства до представления своего первого заявления по существу спора в суде первой инстанции.

(а) Как известно, договор поручительства заключается между кредитором и поручителем, а должник в нем не участвует. Более того, закон не требует ни согласия должника на заключение договора поручительства, ни даже его уведомления: этот договор может быть заключен без ведома и согласия должника в основном обязательстве. Ранее в арбитражной практике указывалось, что из положений § 5 гл. 23 ГК следует, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника; названное обстоятельство не влияет на действительность договора поручительства¹. В действующем разъяснение также указывается, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника, поскольку иное не предусмотрено § 5 гл. 23 ГК (абзац первый п. 4 [Постановления](#)).

Такое положение вещей делает заключение договора поручительства более простым делом: это не требует дополнительных транзакционных издержек от коммуникации с должником, снижает риски оспаривания договора в связи с пороком воли должника.

Но для того, чтобы соблюсти принцип относительности, а также принцип автономии воли, правопорядок должен обеспечить, чтобы такой договор поручительства не ухудшал положение должника существенным образом. Когда договор поручительства заключается по инициативе самого должника, последний имеет возможность оценить все риски и невыгоды, которые из этого могут проистекать, а потому принимает их на себя. Когда же должник к заключению договора поручительства непричастен, он заслуживает защиты от названных негативных факторов.

На первый взгляд договор поручительства заключается к выгоде должника, а потому он и не может повлечь каких-то негативных

¹ См. абзац первый п. 5 [Постановления № 42](#).

последствий для должника. Напротив, он предоставляет ему доступ к кредитору, т.е. заключается к его пользе. Более того, должник в договоре поручительства не участвует, а потому, казалось бы, никаких невыгод должнику он причинить не может.

Хотя договор поручительства акцессорен по отношению к основному обязательству, а последнее, наоборот, не зависит от дополнительного обязательства, являясь автономным и самостоятельным, тем не менее появление поручительства может оказывать некоторое влияние на отношения сторон основного обязательства и уж тем более вызывает преобразовательный эффект по субъектному составу при его исполнении поручителем.

Возможность заключения договора поручительства без ведома и согласия должника предопределяет техническую доступность злоупотреблений, которые не преминули проявиться на практике. Одним из таких злоупотреблений, первоначально выявленных в практике арбитражных судов, было недобросовестное изменение территориальной подсудности спора¹.

Поручитель отвечает наряду с должником в основном обязательстве, из чего следует право кредитора предъявить к ним иски совместно. Предположим, что некий кредитор, находящийся, скажем, в Москве, заключил договор с должником, находящимся, допустим, во Владивостоке. Нарушение должником основного обязательства влечет необходимость судебной защиты прав кредитора. По общим процессуальным правилам территориальной подсудности иск предъявляется по месту нахождения ответчика (ст. 35 АПК; ст. 28 ГПК). Следовательно, кредитору требуется принять на себя издержки и риски по защите своих прав во Владивостоке. Кроме того, кредитор может желать изменения территориальной подсудности исходя из других неблагоприятных целей. Для недобросовестного кредитора не составит большого труда приискать мнимого московского поручителя, в том числе юридическое лицо, специально созданное для этих целей, который заключит договор поручительства с кредитором без ведома и согласия владивостокского должника. Попытки изменения суда, которому было бы подсудно дело без учета договора поручительства, могут быть мотивированы и другими причинами, в том числе расчетом на то, что при изменении подсудности решение будет более благоприятным для кредитора (*forum shopping*).

¹ См., например, Постановление Президиума ВАС РФ от 18 апреля 2006 г. № 13688/05.

Частью 2 ст. 36 АПК предусмотрено, что иск к ответчикам, находящимся на территориях разных субъектов Российской Федерации, предъявляется в арбитражный суд по месту нахождения одного из ответчиков. Выбор между арбитражными судами, которым согласно указанной статье подсудно дело, принадлежит истцу (ч. 7 ст. 36 АПК).

Кредитор осуществляет выбор московского суда и предъявляет туда иск одновременно к поручителю и должнику в основном обязательстве. Цель достигнута: территориальная подсудность изменена.

Естественно, судебная практика не могла мириться с такими недобросовестными манипуляциями законом. Поэтому было сформулировано следующее разъяснение. Если иск кредитора к должнику и поручителю предъявлен по месту нахождения поручителя и судом на этапе подготовки дела к судебному разбирательству будет установлено, что договор поручительства был заключен без ведома и согласия должника для недобросовестного изменения подсудности дела, суд в соответствии с ч. 3 ст. 130 АПК выделяет требование в отношении должника в отдельное производство и передает его в суд по месту нахождения должника или определенный соглашением должника и кредитора (ст. 35 и 37, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК), так как истец, обратившись в суд по месту нахождения поручителя, злоупотребил процессуальным правом на выбор подсудности для данного дела (ч. 2 ст. 41 АПК)¹.

(б) Пленум в абзаце первом комментируемого пункта в целом продолжает такую же линию, *не допуская недобросовестного изменения подсудности* и обеспечивая направление дела на рассмотрение того суда, к подсудности которого оно отнесено законом. Однако сравнительный анализ обнаруживает некоторые отличающиеся нюансы, которые подлежат уяснению и разбору. Естественно, и прежние подходы в арбитражной практике могут вызывать вопросы, по-прежнему требующие осмысления.

Но прежде нужно сделать одно общее замечание. Поскольку речь идет о недобросовестных действиях, их точная фиксация в парадигме строгой юридической логики едва ли возможна. По крайней мере исчерпывающим образом невозможно описать все оттенки и замысловатости проявления недобросовестности. Поэтому в основу должен быть положен не столько дескриптивный метод описания всех возможных проявлений таких действий, сколько общий, указанный выше принцип: недобросовестное изменение подсудности не допускается. Возможно, Пленум преследовал цель большей абстрактности разъяс-

¹ См. абзац второй п. 6 Постановления № 42.

нения, но в результате повысилась и степень его неопределенности. В частности, важно не запутаться в том, что по буквальному смыслу недобросовестно изменяется подсудность *спора* («изменение его подсудности»), а направляется по установленной подсудности *дело* («направляет дело в суд»). О чем этот спор и как он соотносится с делом, еще предстоит уяснить, поскольку рассматриваемый текст не так прост, как кажется при первом приближении. Дело облегчается тем, что прежний опыт понимания механики злоупотреблений помогает правильно воспринимать разъяснение, как бы оно ни было сформулировано.

(в) Пленум предлагает применять его разъяснение при установлении соответствующих фактов, если они будут обнаружены *при разрешении спора, вытекающего из договора поручительства*. Действительно, как было описано в модельном примере выше (см. п. «а» *комментария*), кредитор в стремлении изменить территориальную подсудность должен воспользоваться институтом альтернативной подсудности при наличии нескольких ответчиков, а для этого ему надо симулировать спор с поручителем. Потому по внешней видимости соответствующие обстоятельства и будут установлены при разрешении спора, вытекающего из договора поручительства. Тем не менее надо все же учитывать, что этот спор не настоящий, а все затевается ради другого спора — с должником по основному, а по сути по единственному обязательству. На самом деле никакого спора, вытекающего из договора поручительства, не существует. Выражение Пленума о том, что в рамках *разрешении спора, вытекающего из договора поручительства*, устанавливаются соответствующие действия, направленные на изменение *его* подсудности, не соответствует действительности и только дезориентирует. Исходя из контекста, выражение «изменения его подсудности» можно соотнести только со спором, вытекающим из договора поручительства, ибо больше это словоупотребление некуда приладить. Но подсудность по договору поручительства в базовой модели не изменяется (хотя, как будет показано ниже, и это возможно). На самом деле кредитор стремится изменить подсудность другого спора — с должником в основном обязательстве. Именно для этого заключается договор поручительства, чтобы искусственным образом создать основания для альтернативной подсудности, для чего требуется еще один ответчик. Такое понимание также вытекает из п. 2 абзаца второго п. 52 **Постановления**, где верно указывается на иск по обязательству, обеспеченному данным поручительством.

Более того, в некоторых случаях грубо действующий кредитор может и вовсе успеть отказаться от иска к поручителю, а соответствующую

щие обстоятельства будут установлены впоследствии. Неужели только потому, что они вскрылись не при разрешении спора, вытекающего из договора поручительства, процесс должен идти своим чередом? Вопрос кажется риторическим. Поэтому указанное словоупотребление следует понимать таким образом, чтобы оно охватило и спор с должником по основному обязательству, и не придавать ему решающего значения, чтобы не допустить эффективности злоупотребления.

Помимо этого, обсуждаемые фактические обстоятельства, свидетельствующие о названной цели, могут быть установлены не при разрешении спора, вытекающего из договора поручительства, а при рассмотрении другого дела с участием тех же лиц (например, по делу, связанному с другим договором, из которого возникло обеспечиваемое поручительством обязательство). В таком случае надо признать, что препятствий для защиты прав должника рассматриваемая формулировка создавать не должна.

(г) Часть гипотезы разъяснения, следуя за прежним подходом, охватывает случай, когда установлены недобросовестные *согласованные* действия кредитора и поручителя. Действительно, можно предположить, что в большинстве случаев кредитор и поручитель действуют в сговоре, т.е. сообща, согласованно, преследуя общую цель изменения подсудности. Если непорочное поручительство обычно характеризуется аффилированностью должника и поручителя, то в подобных злоупотреблениях, напротив, такую связанность можно обнаружить между кредитором и поручителем. Для случая специально созданного юридического лица для целей недобросовестного изменения подсудности воля последнего полностью подчиняется воле кредитора, если тут вообще можно обнаружить подлинную правосубъектность.

Прежнее разъяснение во фрагменте, специально посвященном изменению подсудности, как видно, не акцентировало внимание на согласованности действий кредитора и поручителя, ограничиваясь простым указанием на недобросовестное изменение подсудности дела. Но в другом месте также говорилось о согласованности действий кредитора и поручителя¹. Изменение подсудности является целью незаконного интереса кредитора, поскольку он рассчитывает извлечь из этого те или иные выгоды в ущерб интересам должника. Поручитель от этого может ничего и не выгадать, действуя вследствие тех или иных мотивов в интересе кредитора, помогая ему достичь незаконной цели.

¹ См. абзац второй п. 5 Постановления № 42.

Однако нельзя исключать, что кредитор отыщет такого простака, которого введет тем или иным образом в заблуждение под благовидным предложением, так что он даже не будет представлять истинных целей, преследуемых кредитором. Конечно, это в значительной степени умозрительное построение казуса, но, памятуя о том, что жизнь всегда богаче наших представлений о ней, рано или поздно найдутся и такие случаи. Но тогда они формально-юридически не будут подпадать под приведенную Пленумом гипотезу ввиду отсутствия общего умысла, выражающегося в согласованных действиях, поскольку их согласованность лишь внешняя, а не содержательная. Также может вызывать сомнение наличие согласованных действий в том случае, когда договор поручительства имеет пороки воли поручителя, например заключен под влиянием угроз. Пока он не оспорен, такой договор является действительным, однако можно ли считать действия согласованными? Конечно, права такого поручителя подлежат защите, но как быть с правами должника, когда наличие угроз уже доказано, но договор не оспорен? Кажется несправедливым оставить должника без защиты и позволить торжествовать недобросовестному кредитору, добившемуся незаконного изменения территориальной подсудности. Поэтому предпочтительнее понимать названную согласованность имеющей место уже тогда, когда заключен договор поручительства с неприемлемой целью: этого достаточно.

(д) Если прежнее разъяснение обозначало цель заключения договора поручительства достаточно лаконично — для недобросовестного изменения подсудности дела (хотя в дальнейшем также указывалось на единственную цель заключения договора поручительства), то действующее разъяснение делает это иначе. К заключению договора поручительства особо добавляется предикат *исключительности цели* по недобросовестному изменению подсудности. Формально-юридически получается, что, если кредитор преследовал еще какую-нибудь цель, причем неважно какую, оснований для применения разъяснения не имеется. Это может вызывать сомнения.

Дело в том, что кредитор может преследовать не только цель незаконного изменения подсудности спора, но и другие незаконные цели, например приискание обеспечения под воздействием насилия и угроз в отношении поручителя. Неужели такое усугубление злодеяния кредитора должно пойти ему на пользу? Это противоречило бы не только общему принципу добросовестности, но и здравому смыслу: увеличение степени упречности в действиях лица не может вести к улучшению его правового положения.

Но сомнения сохраняются и в том случае, если помимо цели недобросовестного изменения территориальной подсудности кредитор преследует также и другую, вполне законную цель. Конечно, соединение таких обстоятельств едва ли может составлять распространенный случай, однако логически его исключать нельзя. Но если наличие упречной цели доказано, то добавление к ней другой цели не может исключить последствий первой. Если, скажем, доказано, что кредитор намеренно приискивал поручителя в определенной местности, чтобы не только изменить территориальную подсудность, но и приобрести обеспечение, кажется, что защита должнику все равно должна быть предоставлена. Ведь в отношении законной цели — наличия обеспечения — права кредитора не затрагиваются, но дело подлежит рассмотрению с учетом недопущения достижения незаконной цели, т.е. по установленной законом подсудности. Бесспорно, что практическая вероятность того, что описанные нюансы будут выявлены и доказаны, особенно с учетом нынешнего скудного состояния ландшафтов доказывания фактических обстоятельств в наших гражданских процессах, крайне мала. Но стоит поостеречься сказать, что такого никогда не может случиться, ибо *never say never*.

Введение исключительности цели, видимо, все же имело другое предназначение и содержательно раскрывается в следующем абзаце, что несколько смягчает использование этого предиката. Кредитор должен быть избавлен от негативных последствий, если изменение подсудности в связи с заключением договора поручительства действительно имеет место, но нет соответствующих доказательств, что он был заключен с такой целью, а кредитор преследовал допустимую цель — получение обеспечения.

(е) Если прежнее разъяснение реагировало на злоупотребления, связанные с изменением территориальной подсудности, то действующая правовая позиция распространяет сферу своего применения также и на случаи недобросовестного изменения того, что ранее именовалось подведомственностью. Определяя недопустимую цель недобросовестных действий, Пленум указывает на изменение подсудности спора (территориальной или подсудности судам общей юрисдикции или арбитражным судам).

Недобросовестное изменение подсудности спора одной судебной системе на другую может быть обусловлено стремлением воспользоваться тем обстоятельством, что их практика неединообразна, а потому кредитор заинтересован перенести рассмотрение дела в суд той правовой системы, где вероятность благоприятного для него решения

более высокая (*forum shopping*). Нельзя исключать и коррупционных мотивов таких незаконных манипуляций кредитором подсудностью.

Надо заметить, что в этой части разъяснение Пленума может дать парадоксальный результат в аспекте его стремления оградить физическое лицо от подсудности арбитражному суду (см. комментарий к предыдущему пункту *Постановления*). Дело в том, что рассматриваемая правовая позиция применима к такому случаю, когда кредитор недобросовестно стремится изменить подсудность арбитражному суду на подсудность суду общей юрисдикции. В такой ситуации он, рассчитывая на разъяснение Пленума в п. 51 *Постановления*, заключает договор поручительства с гражданином и предъявляет в суд общей юрисдикции иск совместно к такому поручителю и должнику в основном обязательстве, спор с которым, не будь поручительства, был бы подсуден арбитражному суду. Комментируемый фрагмент разъяснения Пленума допускает такую интерпретацию, что в этом случае спор кредитора с названными соответчиками должен быть передан арбитражному суду. Но тогда получится, что арбитражному суду оказывается подсуден спор с участием гражданина, не осуществляющего предпринимательской деятельности. Возможно, учитывая, что такое физическое лицо действует недобросовестно, Пленум считает допустимым сделать исключение из общего правила (п. 51 *Постановления*) о подсудности такого спора суду общей юрисдикции.

Можно было бы и по-другому защитить интересы должника, а именно направить дело по иску к должнику в основном обязательстве в арбитражный суд, которому оно подсудно согласно закону без учета договора поручительства, а дело по спору с мнимым поручителем оставить в суде общей юрисдикции. Но для этого нужно признать допустимым разделение требований к поручителю и должнику в основном обязательстве, с чем Пленум, судя по всему, не согласен (см. п. «б» комментария к п. 51 *Постановления*), особенно учитывая, что прямое указание на это в прежнем разъяснении не воспринято действующим.

Что касается попытки с помощью мнимого поручителя изменить подсудность суду общей юрисдикции на подсудность арбитражному суду, то при одновременном предъявлении требований к поручителю и должнику этого у кредитора не должно получиться. Если кредитор к обязательству гражданина приискивает поручителя, который является юридическим лицом или предпринимателем, то на основании расширительного толкования п. 51 *Постановления* (см. обоснование в п. «ж» комментария к данному пункту *Постановления*) такой спор должен быть подсуден суду общей юрисдикции.

Однако пространство для более изощренного в своей утонченности злоупотребления остается и применительно к рассматриваемому случаю. Допустим, кредитор стремится воспользоваться подсудностью арбитражному суду в соответствующем его интересу рассмотрении фактических обстоятельств и применении норм права и для этого по обязательству гражданина приискивает мнимого поручителя, являющегося юридическим лицом или предпринимателем. Далее он предъявляет иск только к такому поручителю, а гражданин, являющийся должником в основном обязательстве, привлекается в качестве третьего лица. Согласно ч. 4 ст. 27 АПК заявление, принятое арбитражным судом к своему производству с соблюдением правил компетенции, должно быть рассмотрено им по существу, хотя бы в дальнейшем к участию в деле будет привлечен гражданин, не имеющий статуса индивидуального предпринимателя, в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора.

Поскольку при рассмотрении спора с поручителем в силу акцессорности договора поручительства устанавливаются фактические обстоятельства по основному обязательству, кредитор вправе будет рассчитывать на преюдицию при рассмотрении в последующем спора с гражданином в суде общей юрисдикции. Попросту говоря, благоприятное для кредитора решение арбитражного суда о взыскании с поручителя причитающегося означает, что гражданин допустил соответствующее нарушение основного обязательства. Поэтому в известных пределах успешность спора с гражданином в суде общей юрисдикции для кредитора предопределена (ч. 3 ст. 61 ГПК).

Если и к такому случаю применить правовую позицию Пленума, то при доказанности недобросовестного преследования кредитором цели изменения подсудности спора и в этой ситуации дело должно быть передано в суд общей юрисдикции. Но поскольку иск к основному должнику не предъявлен, получится, что суд общей юрисдикции рассмотрит спор между кредитором и поручителем, который по своему характеру и по субъектному составу относится к подсудности арбитражного суда. Возможно, это и невеликая цена за то, чтобы не допускать злоупотреблений.

(ж) Сравнительный анализ показывает, что прежнее разъяснение предоставляло защиту от злоупотребления при условии, что соответствующие обстоятельства установлены судом *на этапе подготовки дела к судебному разбирательству*. Действующее разъяснение такого темпорального ограничения не устанавливает, а применяет другую

методологию, которая проявляется в последнем абзаце комментируемого пункта и будет рассмотрена ниже.

(з) Если прежнее разъяснение подлежало применению при условии, что договор поручительства был заключен *без ведома и согласия должника*, то действующее разъяснение об этом обстоятельстве умалчивает. Является ли такое умолчание квалифицированным, т.е. действительно ли Пленум считает, что злоупотребление следует констатировать и тогда, когда договор поручительства заключен с ведома и согласия должника?

Дело осложняется тем, что само это словоупотребление, использованное ранее, может пониматься двояко. Одно из значений выражения «без ведома» означает «без согласия». Если оно использовалось именно в таком значении, то его тавтологичность может объясняться лишь намерением усиления выражения. Иными словами, «без ведома и согласия» означает «просто без согласия». Если же это выражение использовалось, чтобы описать такое положение вещей, когда должник не знал (не ведал) о договоре поручительства и не давал согласия на его заключение, то оно избыточно, поскольку достаточно было бы сказать «без ведома», ибо если должник даже не знает о договоре поручительства, то и согласия он давать на него не мог.

Так или иначе, правильное положение дел заключается в том, чтобы придавать юридическое значение лишь отсутствию согласия должника. Знает ли должник о договоре поручительства или не знает, правового значения иметь не должно, поскольку это никак не влияет на возможность кредитора злоупотребить своим правом. Было бы противным здравому смыслу отказать должнику в его защите от злоупотребления кредитора только по одному тому обстоятельству, что должник знал об этом злоупотреблении, если последнее впоследствии доказано должником. Раскрытие злоупотребления амнистии не влечет.

С этих позиций разъяснение Пленума оказывается избыточно широким, если применять его и к тем случаям, когда договор поручительства заключался с согласия должника. Дело в том, что в этой ситуации права должника в отношении подсудности спора не могут считаться нарушенными. Было бы противно здравому смыслу вменить кредитору злоупотребление правом, если он заключил договор поручительства с согласия должника, в том числе когда фигура поручителя предложена кредитору самим должником. Равным образом не имеется никаких оснований блокировать возникающую альтернативную подсудность, которая возникает с согласия должника вследствие действия закона. Поскольку каждому вменено знание закона, должник, не желающий

возникновения альтернативной подсудности, может приискать для кредитора такого поручителя, участие которого не приводит к этому последствию. В противном случае следует констатировать его согласие на такую подсудность, а потому он не заслуживает защиты от ее невыгод. Каждый участник гражданского оборота принимает на себя негативные последствия, которые возникают по причине его собственных свободных действий, если иное не вытекает из закона или договора.

Отсюда следует, что рассматриваемое разъяснение Пленума подлежит применению только к тем случаям, когда договор поручительства был заключен без согласия должника.

(и) Компаративный анализ показывает, что с последствиями установления злоупотребления возникла некоторая неопределенность. Дело в том, что прежнее разъяснение исходило из того, что установление рассматриваемого злоупотребления должно повлечь следующее: суд в соответствии с ч. 3 ст. 130 АПК *выделяет* требование в отношении должника в отдельное производство и передает его в суд по месту нахождения должника или определенный соглашением должника и кредитора (ст. 35 и 37, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК). Действующее разъяснение, как уже упоминалось, судя по всему, исходит из того, что разделение требований к поручителю и должнику невозможно. Правда, последнее выводилось из абзаца первого п. 51 **Постановления** (см. п. «б» *комментария к этому пункту Постановления*), который злоупотребления не касается, а также относится только к вопросу подсудности суду общей юрисдикции и арбитражному суду. Отсюда можно предположить, что для случая злоупотребления выделение требований допускается (ч. 3 ст. 130 АПК; ч. 2 ст. 151 ГПК). Таким образом, для базового сценария это означает, что, установив злоупотребление кредитора, который с помощью мнимого поручительства пытается изменить подсудность, *суд выделяет требование к должнику в основном обязательстве и в этой части направляет дело в суд, к подсудности которого оно отнесено законом*. Однако данному пониманию препятствует то обстоятельство, что Пленум не воспринял приведенного выше фрагмента из арбитражной практики о выделении требования. Кроме того, такому верному, по нашему мнению, подходу препятствует редакция комментируемого абзаца разъяснения, из которого следует, что имела место попытка изменения подсудности спора, *вытекающего из договора поручительства* («Если при разрешении спора, вытекающего из договора поручительства... с целью изменения *его* подсудности... суд... направляет дело в суд, к подсудности которого оно отнесено законом»). Но последнее не имеет смысла, поскольку дело по спору из поручительства как раз

никуда направлять не нужно, ведь целью борьбы со злоупотреблением является защитить законный интерес должника в рассмотрении дела там, где оно должно было рассматриваться, не будь заключен договор поручительства. Кредитор редко когда заинтересован во взыскании чего-либо с мнимого поручителя, а потому это дело надо оставить там, где оно возбуждено. Но последнее возможно, только если допустить выделение требований. В противном случае надо было бы поменять концепцию и направлять все дело как по одному, так и по другому требованию в суд, в котором надлежало бы рассматривать требование к должнику в основном обязательстве. Возможно, это и имелось в виду, но сложность заключается в том, что из рассматриваемого текста видно только одно — что в суде имеется спор, вытекающий из договора поручительства, но предъявлен ли также одновременно иск и к должнику в основном обязательстве, не указано. Если исходить из того, что иски предъявлены именно так — совместно к поручителю и должнику в основном обязательстве (что было прямо обозначено в прежнем разъяснении), то при установлении злоупотребления все дело целиком — как по одному, так и по другому иску — направляется в надлежащий суд.

На самом деле и одна концепция (выделение требования к должнику), и другая концепция (направление всего дела в надлежащий суд) достигают цели недопущения злоупотребления, поскольку действующий во зло кредитор не может удовлетворить своего незаконного интереса. Однако какую из них имел в виду Пленум, с уверенностью сказать пока сложно. Такая неопределенность не возникла бы, если бы был воспринят соответствующий фрагмент о выделении требования из прежней правовой позиции, но этого почему-то не произошло.

(к) Несмотря на некоторые затруднения с последствиями выявления злоупотребления, отмеченные в предыдущем пункте комментария, в самом тексте усматривается, что *подсудность должна определяться без учета договора поручительства*, спор из которого разрешается.

Также ясно, что дело должно направляться из одного суда в другой, т.е. в тот, к подсудности которого дело *отнесено законом*.

Отсюда можно с уверенностью сделать вывод о том, что в любом случае иск кредитора к должнику в основном обязательстве должен рассматриваться в том суде, в котором он рассматривался, не будь кредитором заключен договор поручительства с недобросовестной целью. Этот важный аспект помогает правильно определить один нюанс. Дело в том, что в прежнем разъяснении прямо обращалось внимание не только на передачу дела по месту нахождения должника, но и на альтернатив-

ный вариант его передачи согласно договорной подсудности. Предусматривалось, что дело передается в суд по месту нахождения должника или *определенный соглашением должника и кредитора* (ст. 35 и 37, п. 3 ч. 2 ст. 39 АПК). Действующее разъяснение буквально образом этот нюанс не выделяет, но именно к такому результату должно привести его общее указание на то, что подсудность определяется без учета договора поручительства. Что касается договорной подсудности, то и данный случай соответствует разъяснению в той части, что дело направляется в суд, к подсудности которого оно отнесено законом, поскольку договорная подсудность допускается в соответствующих случаях, указанных в законе, а следовательно, и дело относится к подсудности по закону. Иными словами, установление факта злоупотребления кредитором не обесценивает законной договоренности о подсудности, так чтобы она стала определяться по закону, а не по договору.

(л) Надо иметь в виду, что как прежнее разъяснение, так и действующее по вполне понятной причине, реагируя на те случаи, которые доминируют в судебной практике, не касаются возможных дивергенций. Правило о недопущении злоупотребления распространяется на случай *заключения договора поручительства*. Однако изощренность злоупотребления кредитора может побудить его попытаться вывести свои экзерсисы из-под этого понятия. Например, сначала заключается договор поручительства, который никакого изменения подсудности не влечет, допустим, потому, что и должник, и поручитель находятся в таком месте, которое определяет одинаковую территориальную подсудность. Но впоследствии кредитор дает согласие на перевод долга поручителя, который в связи со сменой субъекта меняет подсудность. Ясно, что и этот случай должен подпасть под действие рассматриваемого разъяснения, хотя само заключение договора поручительства юридического порока не имело. Но последующее согласие кредитора на перевод долга может свидетельствовать о единстве замысла, охватывающего два этапа: 1) заключение договора и 2) согласие на перевод долга. При наличии соответствующей доказательственной базы это свидетельствует о порочности обеих сделок, которые в своей совокупности преследуют недопустимую цель — недобросовестное изменение подсудности.

(м) Нелишним будет заметить, что такого же рода злоупотребления могут иметь место и в тех случаях, когда кредитор подыскивает мнимого поручителя для целей изменения подсудности спора не с должником, а с другим поручителем. Поэтому разъяснения Пленума пригодны и для такой ситуации.

(н) Пленум избегает использовать нормативное обоснование при квалификации действий кредитора и поручителя в качестве недобросовестных, что было сделано в прежнем разъяснении. Там прямо указывалось, что соответствующая передача дела в другой суд производится, так как истец, обратившись в суд по месту нахождения поручителя, *злоупотребил* процессуальным правом на выбор подсудности для данного дела (ч. 2 ст. 41 АПК).

Трудно поверить, что это обоснование было отброшено только потому, что в АПК прямо сказано о том, что злоупотребление процессуальными правами лицами, участвующими в деле, влечет за собой для этих лиц предусмотренные настоящим Кодексом неблагоприятные последствия (абзац второй ч. 2 ст. 41 АПК), а в ГПК такого указания нет, ибо там предусмотрено только, что лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами (ч. 1 ст. 35 ГПК). Как представляется, эти различия несущественны, чтобы прийти к другой квалификации самого правового феномена. Да и сам Пленум обоснованно называет действия кредитора и поручителя злоупотреблением процессуальными правами в предпоследнем абзаце комментируемого пункта.

Видимо, все же эта безнормативность абзаца первого комментируемого пункта принята вследствие простой экономии места.

(о) Интересно отметить, что как прежнее разъяснение, так и действующее трактуют о том, что в рассматриваемой ситуации единственной (исключительной) целью заключения договора поручительства является изменение подсудности дела. При этом правовой оценки данному договору не дается, — видимо, потому, что последствия установления данного обстоятельства судом являются сугубо процессуальными.

Тем не менее для полноты картины следует отметить, что, если указанная цель действительно была единственной, договор поручительства следует считать ничтожной сделкой, поскольку эта сделка мнимая, т.е. совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия (п. 1 ст. 170 ГК). Стороны не желали такого правового последствия, как предоставление обеспечения, а согласованно действовали для целей изменения подсудности. Особняком нужно поставить случаи введения кредитором поручителя в заблуждение (см. п. «г» *комментария выше*), а также заключения договора поручительства с иным пороком воли (см. п. «д» *комментария выше*).

(п) Добросовестным кредиторам, которые не преследуют такой цели, как изменение подсудности соответствующего спора, желая

приискать себе обеспечение, следует озаботиться снижением юридического риска квалификации их действий как недобросовестных. Если наши соображения о том, что комментируемое разъяснение не должно распространяться на случаи заключения договора поручительства с согласия должника (*см. п. «з» комментария выше*), найдут сочувствие в судебной практике, то сделать это будет несложно. Достаточно получить согласие должника в отношении договора поручительства, в том числе в виде соответствующей отметки на договоре. Такая договорная практика снимает риски и другого рода (например, в части информационных обязанностей должника в отношении поручителя), а потому она желательна и для поручителя. Согласие может быть как предварительным, так и последующим (одобрение).

Должник также может попытаться снизить риски злоупотреблений кредитора, договорившись с ним о том, что кредитор принимает на себя обязательство не заключать договоры поручительства без согласия должника. Это обязательство может быть снабжено условием о неустойке на случай его нарушения, а также специальным пророгационным соглашением, согласно которому при нарушении данной обязанности иск к должнику может быть предъявлен только по согласованной договорной подсудности или по подсудности, определяемой без учета договора поручительства. В контрактной практике таких договоренностей как будто не встречается, и они не прошли еще проверку на юридическую прочность в нашей судебной практике. Поэтому надо отдавать себе отчет, что с учетом удручающего положения в отношении практической реализации принципа свободы договора такие условия могут быть поставлены под сомнение, хотя, на наш взгляд, они закону не противоречат.

(р) Когда кредитор заключает договор поручительства без согласия должника, что влечет изменение подсудности, должник оказывается в затруднительном положении в отношении доказывания цели, которую преследовал кредитор. Если согласиться с тем, что цель есть субъективный образ конечного результата, то зачастую она скрыта от всех остальных лиц, в том числе и от должника, поскольку существует лишь в сознании того, кто стремится ее достичь. Рациональный кредитор, действуя во зло должнику, совсем не заинтересован раскрывать свои планы, а, напротив, склонен их скрыть. Поэтому недобросовестный кредитор позиционирует свою сделку как законную, имеющую цель приискания обеспечения. Если бы должник был оставлен один на один с законом, то вероятность отыскания им доказательств в защиту своего нарушенного законного интереса от-

вечать по обязательству по установленной, а не измененной подсудности была бы невелика. Поэтому правопорядок должен поддерживать должника в защите своего интереса.

Арбитражная практика, которой в целом последовал и Пленум, на основе эмпирических данных выработала критерии, которые свидетельствуют о том, что единственной целью заключения договора поручительства является изменение подсудности дела. Такое свидетельство возникает при наличии совокупности двух обстоятельств: 1) между поручителем и должником отсутствуют какие-либо отношения (корпоративные, обязательственные, родственные и пр.), разумно объясняющие мотивы выдачи поручительства за должника; 2) иск по обязательству, обеспеченному таким поручительством, предъявлен в суд, который расположен в месте нахождения истца или в непосредственной близости к нему, либо отличается от суда, указанного в договоре, заключенном между кредитором и должником (ст. 37 АПК; ст. 32 ГПК), либо расположен таким образом, что личное участие должника в рассмотрении дела может быть существенно затруднено.

Компаративный анализ названных критериев показывает наличие некоторых незначительных изменений, смысл которых, правда, ускользает от нашего понимания. Так, например, прежнее разъяснение, касаясь договорной подсудности, оперировало понятием *договора кредитора и должника*, а действующее разъяснение содержит уточнение, трактуя о договоре, *заключенном между* кредитором и должником. Конечно, наверное, всякому российскому цивилисту известен такой юридический оксюморон, как «незаключенный договор». Это логически невозможное состояние: если договор не заключен — это не договор, а если перед нами договор — то он заключен. Но в рассматриваемом текстуальном контексте, кажется, нет никаких оснований особенно упирать на то, что договор заключен, ибо в нем нет ничего такого, что могло бы зародить в этом сомнения. Не находя пока никаких разумных объяснений названному уточнению, следует заключить, что перед нами просто чье-то чисто стилистическое предпочтение в таком словоупотреблении.

Другой нюанс усматривается в том, что прежнее разъяснение, касаящееся цели выдачи поручительства, трактовало об *экономической* цели, объясняющей выдачу поручительства за должника, а действующее разъяснение говорит о *разумно объясняющих мотивах* такой выдачи. Если замена цели на мотивы не вызывает возражения, поскольку более точно описывает существо дела (цель выдачи поручительства —

предоставить обеспечение, а мотивы объясняют, почему лицо преследует эту цель), то устранение акцента на экономическом объяснении неясно. Быть может, инициаторы данного изменения полагали, что мотив у поручителя может быть и неэкономическим, а, скажем, объясняться душевным порывом. Действительно, дружеское и семейное поручительство вполне себе может иметь дарственную каузу, но почему следует считать договор дарения неэкономическим явлением, объяснить затруднительно. Но эта замена в целом не видится критичной, поскольку разумные мотивы в любом случае должны охватывать и экономические мотивы.

Как прежде, так и действующее разъяснение не претендуют на исключительность указанных обстоятельств, т.е. не считают их единственно возможными для доказывания неблагоприятных помыслов кредитора. Используется вполне нейтральное выражение о том, что их совокупность *может* свидетельствовать о наличии единственной цели по изменению подсудности. Следовательно, должник вправе приводить и другие доказательства, в том числе в таких условиях, когда ни одно из названных двух обстоятельств не имеет места. Действительно, в практике встречаются и другие случаи. Например, кредитор может заключить договор с поручителем, с которым у должника имеются корпоративные или обязательственные либо родственные отношения, но с таким ограничением объема обязательства поручителя, что этот объем с очевидностью незначителен по сравнению с размером причитающегося от должника в основном обязательстве. Если кредитор не сможет разумно объяснить, почему ответственность поручителя так существенно ограничена, то следует признать наличие неблагоприятного мотива доказанным, несмотря на то что первый критерий не соблюден.

Второй критерий, как видно, больше подходит для случаев изменения территориальной подсудности, но не изменения подсудности судам общей юрисдикции или арбитражным судам. В отношении данного критерия Пленум никаких обстоятельств для презумпции не приводит. Следовательно, в этой части разъяснение не может в принципе ничем помочь должнику, поскольку совокупности таких критериев не может быть *a priori*, если только изменение подсудности одной ветви судебной власти на другую не совпадет также и с соответствующими территориальными изменениями. Например, если подсудность арбитражному суду изменяется на подсудность суду общей юрисдикции, находящемуся в том же городе, второй критерий оказывается неприменимым.

(с) В предпоследнем абзаце комментируемого пункта Пленум почти дословно повторяет прежнюю правовую позицию¹, правда, зачем-то переставляя некоторые слова местами.

Защита должника от злоупотребления выражается не только в стабильности подсудности дела, которую пытались недобросовестно изменить, но и в возложении на кредитора и поручителя обязанности по возмещению всех судебных расходов, причем независимо от результатов рассмотрения дела. Нормативным основанием этой правовой позиции является применение по аналогии (ч. 4 ст. 1 ГПК) ст. 111 АПК, специально посвященной отнесению судебных расходов на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами. Ясно, что аналогия закона нужна только для гражданского процесса, которому такое законоположение неизвестно.

По буквальному значению разъяснения и нормы закона, все судебные расходы подлежат отнесению на злоупотребивших правом лиц, в том числе и тогда, когда материальное притязание истца полностью или частично обосновано и удовлетворено судом. Конечно, недобросовестные лица не вызывают сочувствия, но следует ли отсюда, что правопорядок должен покарать их за это? С одной стороны, это полезно, поскольку одна лишь компенсация потерь другого лица может не оказывать сдерживающего влияния, т.е. не вести к превенции. С другой стороны, даже если кара оправданна с политико-правовой точки зрения, она, будучи все же реализующейся в лоне гражданского права, должна быть соразмерной, а также имеющей правовую связь с самим злоупотреблением.

Добившись защиты своего интереса в рассмотрении дела по надлежащей подсудности, должник в дальнейшем ведет процесс как ответчик, а его присуждение к возмещению судебных расходов оправдано в том числе и тем, что он нарушил права кредитора (истца), коль скоро требование последнего удовлетворяется судом полностью или в части. Судебные расходы в той их части, которая приходится на рассмотрение дела до его передачи по подсудности в надлежащий суд, должны быть отнесены на лиц, злоупотребивших правом, и это не вызывает никаких сомнений. Однако судебные расходы, понесенные в дальнейшем при рассмотрении дела надлежащим судом, вызваны упречными действиями должника (ответчика). Они могут быть достаточно значительными (например, расходы на дорогостоящую экспертизу) и никакой причинной связи со злоупотреблением

¹ См. абзац четвертый п. 6 Постановления № 42.

не имеют. Потому в этой части они являются карой, которая по общему правовому принципу должна быть соразмерной. Следовательно, в соответствующих случаях, как представляется, имеются основания применения по аналогии ч. 3 ст. 111 АПК, согласно которой по заявлению лица, участвующего в деле, на которое возлагается возмещение судебных расходов, арбитражный суд вправе уменьшить размер возмещения, если этим лицом представлены доказательства их чрезмерности.

Кроме того, возложение всех судебных расходов на лиц, злоупотребивших правом, необоснованно в тех случаях, когда должник (ответчик) сам допускает злоупотребления, предусмотренные ч. 1 и 2 ст. 111 АПК.

Помимо этого, если поручитель не участвовал в злоупотреблении (см. п. «г» и «д» комментария выше), возложение на него расходов необоснованно.

(г) В последнем абзаце комментируемого пункта Пленум обращается к бремени доказывания рассматриваемого злоупотребления правом, возлагая его по общему правилу (ст. 65 АПК; ст. 56 ГПК) на лицо, заявляющее об этом, т.е. на должника (ответчика). Впрочем, Пленум избегает указать, что таким лицом является ответчик, и, возможно, это не случайно, поскольку должник в основном обязательстве может оказаться в позиции истца (см. об этом п. «ф» комментария ниже).

В связи с указанным распределением *onus probandi* возникает вопрос, как оно соотносится с теми двумя совокупными обстоятельствами, которые отнесены Пленумом к тем, что свидетельствуют о наличии злоупотребления?

Из текста трудно понять, является такое свидетельство опровержимой презумпцией или нет. Думается, что оснований для объективного вменения недопустимой цели заключения договора поручительства кредитору не имеется. Подобное воззрение противоречило бы принципу состязательности и умаляло бы право каждой стороны приводить доказательства в свою пользу. Потому обоснованно считать это именно опровержимой презумпцией, что означает следующее распределение бремени доказывания. Должник обязан доказать наличие совокупности двух вышеуказанных обстоятельств. При этом надо понимать, что по п. 1 абзаца второго комментируемого пункта все, что он должен сделать, — это декларировать отсутствие у него данных о соответствующей связанности кредитора и поручителя. Кредитор вправе опровергнуть такие обстоятельства либо представить разумное объяснение их существования, т.е. привести доказательства, что он

не преследовал цели недобросовестного изменения подсудности, а названные обстоятельства суть лишь случайное и побочное последствие иной законной цели, которую он преследовал.

(у) Во второй части последнего абзаца Пленум выводит из принципа добросовестности темпоральные границы защиты законного интереса должника на рассмотрение дела по надлежашей подсудности. Эта граница простирается *до первого заявления должника (ответчика) по существу спора* в суде первой инстанции. Прежнему разъяснению такой правовой позиции известно не было, но она отчасти обоснована, поскольку базируется на принципе добросовестности. Ответчик не должен пользоваться своим возражением по подсудности, когда, усмотрев, что разрешение дела клонится не в его сторону, вознамерится получить новый шанс в другом процессе.

Что касается указания на заявление *в суде первой инстанции*, то его следует распространить и на соответствующие случаи рассмотрения дела в апелляционной инстанции по правилам производства в суде первой инстанции, когда должник просто не имел возможности воспользоваться своим возражением.

Однако неочевидно, что это разъяснение во всех случаях будет срабатывать корректно. Скажем, если доказательства, свидетельствующие о злоупотреблении, открылись должнику после его первого заявления по существу дела, злоупотребление не пресекается, а законные интересы должника не защищаются. Также неочевидно, что разъяснение в части отнесения судебных расходов на лиц, злоупотребивших правом, не может быть применено, если злоупотребление доказано позднее названного темпорального предела.

(ф) В рассматриваемом фрагменте Пленум указывает на возражение относительно *противоправности* договора поручительства, не указывая, в чем она заключается. Как уже отмечалось, с точки зрения материального права такой договор может быть квалифицирован в качестве ничтожной, а именно мнимой, сделки, хотя и не всегда (*см. п. «о» комментария*). Однако противоправность можно усмотреть уже и в самом факте злоупотребления, т.е. договор является ничтожным, поскольку преследует противоправную цель — недобросовестное изменение подсудности.

Поскольку в соответствующих случаях договор поручительства является ничтожным, может возникнуть вопрос о допустимости его оспаривания по иску должника в основном обязательстве. Согласно абзацу второму п. 3 ст. 166 ГК допустимо предъявление исков о признании недействительной ничтожной сделки без заявления требования

о применении последствий ее недействительности, если истец имеет законный интерес в признании такой сделки недействительной¹. Можно ли признать наличие интереса у должника на такой иск?

Поскольку противоправным договором поручительства нарушается законный интерес должника на рассмотрение дела по установленной подсудности, то и обсуждение права должника на иск должно рассматриваться в этом аспекте. Негативным последствием наличия договора поручительства для должника является необходимость защиты своих прав в суде, отдаленном от места жительства или места нахождения должника. Поэтому должник может иметь законный интерес заявить иск по месту нахождения одной из его сторон, а именно кредитора, чтобы устранить территориальные осложнения в защите своего интереса.

Хотя обычно должник узнает о рассматриваемом злоупотреблении кредитора, когда тот предъявляет к нему иск по измененной подсудности, нельзя исключать и другой ситуации, когда должник узнает об этом раньше. В таком случае представляется также целесообразным предоставить должнику правовую возможность защиты своего интереса, не дожидаясь, когда к нему будет предъявлен иск кредитором и откроется процессуальная возможность для возражения по подсудности.

С данных позиций имеются основания допустить такой иск должника. Однако вопрос этот пока не является проясненным в нашей практике.

В таком случае лицом, которое ссылается на противоправность договора, будет все тот же должник в основном обязательстве, но в процессуальной позиции истца. Что касается предмета доказывания, то изменение процессуальной позиции заинтересованного лица предмета доказывания не меняет.

53. Наличие решения суда, которым удовлетворены требования кредитора в отношении одного из солидарных должников (должника по основному обязательству), не является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника (поручителя), если кредитором не было получено исполнение в полном объеме (пункт 1 статьи 323 ГК РФ). В этом случае в решении суда должно быть указано на солидарный характер их ответственности и на известные суду судебные акты, которыми удовлетворены требования к другим солидарным должникам.

¹ См. абзац первый п. 84 Постановления № 25.

(а) Обеспечительный характер поручительства заключается в том, что кредитору предоставляется имущественная масса еще одного лица для удовлетворения его притязания наряду с имущественной массой другого лица — должника в основном обязательстве. Таким образом, у кредитора появляется своего рода альтернатива в источниках, из которых он может извлекать причитающееся, причем в любом сочетании и последовательности. Единственное, чего он не может, — это получить больше, чем ему причитается по основному обязательству.

Создающаяся у кредитора при поручительстве опция по выбору присуждения не означает, что кредитор может лишь определить, кто из ответственных перед ним лиц состоятельнее (поручитель или должник), вчинить к нему иск, освободив другого от притязания. Такие известные праву модели обязательственной связи с множественностью лиц не представляют собой эффективного обеспечения, а потому давно оставлены в истории. Кредитор может так поступить *de facto* и искать удовлетворения только с одного из указанных лиц, который наиболее состоятелен, но *de jure* он вправе требовать удовлетворения совместно с них обоих.

Материально-правовое притязание по обязательству существует, пока существует само обязательство. Переход обязательственного отношения в процессуальную плоскость может оказывать некоторое воздействие на обязательство, но в большинстве случаев для самого существования обязательства это не имеет юридического значения. Даже состоявшаяся защита нарушенного обязательственного требования кредитора судом, т.е. вынесение судебного акта о присуждении по обязательству, на материальное право воздействие не оказывает. Оно продолжает существовать, кредитор остается по-прежнему управомоченным, а должник по-прежнему обязанным. Это и неудивительно, поскольку *материальный интерес кредитора судебным решением не удовлетворяется*, ведь предоставление им еще не получено. Кульминация для обязательственного права, в том числе подтвержденного судебным решением, наступает только тогда, когда кредитор получает причитающееся. Все это справедливо и для тех случаев, когда перед кредитором отвечает несколько лиц, в том числе поручитель и должник.

(б) Если кредитор добился защиты своего нарушенного права в суде, но не получил полного исполнения от должника, он вправе взыскивать причитающееся с поручителя. Собственно, это и разъясняется Пленумом в предложении первом комментируемого пункта. Прежнему разъяснению такой правовой позиции известно не было. Из этого можно сделать вывод, что на практике были случаи или име-

лись опасения, что такие случаи появятся, когда кто-то считал наоборот. Наличие судебного решения, которым удовлетворены требования кредитора в отношении одного из солидарных должников (должника по основному обязательству), является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника (поручителя). Это суждение, конечно, неверное, а разъяснение Пленума вытекает из закона и отвечает существу дела, но есть некоторые нюансы, которые рассмотрены ниже.

Можно было бы предположить, что данное разъяснение было сформулировано по мотивам арбитражной практики конца прошлого века, где предусматривалось, что, если решение суда о взыскании соответствующих сумм с должника не исполнено, кредитор имеет право предъявить иск к поручителю¹, причем казус, которому соответствует этот тезис, касался случая с договором солидарного поручительства. Однако на самом деле оно является переделкой другого разъяснения, поскольку текстуальные совпадения очевидны. Согласно п. 1 ст. 323 ГК кредитор вправе предъявить иск о полном взыскании долга к любому из солидарных должников. Наличие решения суда, которым удовлетворены те же требования кредитора против одного из солидарных должников, не является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника, если кредитором не было получено исполнение в полном объеме. В этом случае в решении суда должно быть указано на солидарный характер ответственности и на известные суду судебные акты, которыми удовлетворены те же требования к другим солидарным должникам².

(в) Пленум трактует о *наличии решения суда* в пользу кредитора. При этом обоснованно не указывается, вступило решение суда в силу или нет. Дело в том, что это не имеет юридического значения для справедливости сделанного далее заключения. Даже если решение суда вступило в законную силу, но кредитор не получил полного исполнения от должника, он может добиваться взыскания с поручителя всего не полученного от должника в пределах объема обязательства поручителя.

В разъяснении говорится о *солидарных должниках*, а стало быть, можно сделать вывод, что оно распространяется только на случай солидарного, но не субсидиарного поручительства. Однако такое понимание было бы ошибочным. Дело в том, что особенность субсиди-

¹ См. п. 7 Информационного письма № 28.

² См. абзац первый п. 50 Постановления от 22 ноября 2016 г. № 54.

арного поручительства такова, что после безуспешного внесудебного истребования кредитором исполнения от должника по основному обязательству правовое положение субсидиарного поручителя мало чем отличается от солидарного поручительства (п. 1 ст. 399 ГК). В дальнейшем кредитор может предъявить иск как к должнику, так и к поручителю.

Таким образом, разъяснение является необоснованно зауженным, и его следует распространить также и на соответствующие случаи, касающиеся субсидиарного поручительства.

Пленум описывает некоторую очередность, когда в отношении должника в основном обязательстве имеется решение суда о взыскании, а в отношении поручителя — нет. Но с очевидностью справедлива и обратная последовательность: наличие решение суда, которым удовлетворены требования кредитора в отношении поручителя, не является основанием для отказа в иске к должнику по основному обязательству. При этом и здесь характер поручительства значения не имеет.

Для полноты картины и из соображений последовательности нужно пойти еще дальше и сказать, что наличие исполнительного листа, а также наличие исполнительных производств, возбужденных в отношении того или другого (должника или поручителя), равно как и в отношении каждого, не лишает кредитора его прав (в последнем случае — в отношении другого поручителя). Общий принцип заключается в том, что, пока кредитор не получил полного исполнения, он вправе добиваться принудительного исполнения, причитающегося с любого из субъектов — должника в основном обязательстве и поручителей, залогодателей.

Однако, когда Пленум говорит об отсутствии оснований для отказа в иске к поручителю, если кредитором не было получено исполнение в полном объеме, это не следует понимать в том смысле, что и удовлетворение иска или исполнение решения суда должно быть в любом случае в полном объеме. Акцессорность объема поручительства, естественно, не позволяет присудить поручителя в той корреспондирующей основному обязательству части, в которой основное обязательство исполнено должником или прекратилось по иному основанию.

Пленум отмечает, что названное обстоятельство не является основанием для отказа в иске о взыскании долга с другого солидарного должника (поручителя), если кредитором не было получено исполнение *в полном объеме*, нормативным основанием чего выступает п. 1 ст. 323 ГК, который предусматривает, что при солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех

должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. Как видно, до каких темпоральных пределов отвечают солидарные должники, здесь не сказано. В этом аспекте кажется более подходящим нормативным обоснованием абзац второй п. 2 этой статьи, где как раз сказано, что солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено полностью. Ведь кредитор вправе предъявить иск и добиваться взыскания с другого лица (будь то должник или поручитель) именно потому, что он остается обязанным, поскольку по взысканному судом долгу исполнение не получено полностью.

Из гипотезы предложения первого комментируемого пункта следует, что при наличии решения суда о взыскании с должника в основном обязательстве допускается взыскание с поручителя, если кредитором не было получено *исполнение в полном объеме*. В связи с этим кто-то мог бы связать данное выражение с таким случаем, когда должник исполнил решение суда в полном объеме, что препятствует взысканию с поручителя. Но ни редакция разъяснения, ни закон не дают к этому повода; такое понимание неверно. Дело в том, что решение суда в отношении должника могло быть принято лишь в отношении части обязательства последнего, поскольку кредитор взыскивал лишь такую часть, а потому его исполнение должником в полном объеме не прекращает обеспеченное обязательство в оставшейся части. Пленум ведет речь об исполнении должником в полном объеме обязательства, которое обеспечено поручительством, а не решения суда.

Поскольку законодательство допускает производство взыскания на основании исполнительной надписи нотариуса, следует заметить, что наличие такой надписи точно так же не является основанием для отказа в иске кредитора соответственно к поручителю или должнику, если кредитором не было получено исполнение в полном объеме.

(г) Наличие взыскания в судебном или внесудебном порядке с нескольких лиц (должника и поручителя) естественным образом влечет риски неосновательного обогащения кредитора. Последнее предложение комментируемого пункта, видимо, направлено на некоторое снижение этого риска, поскольку суды обязываются указывать в судебном решении на солидарный характер произведенного взыскания, а также на судебные акты, которыми удовлетворены требования к другим солидарным должникам.

Уже из самого текста разъяснения видно, что предпринятая Пленумом мера не может полностью исключить названный риск — и не только потому, что суду будет неизвестно о каком-нибудь взыскании

с другого должника, а потому, что сам факт наличия такого взыскания не освобождает иных должников от исполнения. Иными словами, для того чтобы остановить взыскание с одного из должников полностью или в части, нужно установить факт соответствующего исполнения по другому обязательству, а не факт взыскания.

То обстоятельство, что правопорядок порождает риск неосновательного обогащения кредитора, является закономерным последствием того, что должник в основном обязательстве и поручители довели дело до суда, вместо того чтобы исполнить свое обязательство, а потому справедливо возложить именно на них заботу о таком риске. При этом ни должник, ни поручитель не остаются здесь беззащитными, поскольку каждый из них обязан информировать другого об исполнении по своему обязательству, в том числе и принудительному (п. 2 ст. 366, п. 3 ст. 307 ГК). Стало быть, исполняя требования закона, а также действуя добросовестно, должнику и поручителю следует предпринять меры по оперативному извещению друг друга об исполнении в пользу кредитора, чтобы предотвратить его неосновательное обогащение.

Ранее в арбитражной практике на доводы поручителей, желающих освободиться от ответственности, о том, что при наличии решения о взыскании долга с должника повторное взыскание повлечет неосновательное обогащение кредитора, указывалось, что при наличии доказательств, свидетельствующих о полной или частичной уплате долга основным должником, поручитель вправе ссылаться на эти обстоятельства в споре с кредитором (ст. 364 ГК)¹.

Заключительные положения

54. Положения параграфа 5 главы 23 раздела III части первой Гражданского кодекса Российской Федерации в измененной Федеральным законом от 8 марта 2015 года № 42-ФЗ редакции не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 1 июня 2015 года). При рассмотрении споров из указанных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией Гражданского кодекса Российской Федерации, в том числе правилами о сроке поручительства, с учетом сложившейся практики их применения (пункт 2 статьи 4, абзац второй пункта 4 статьи 421, пункт 2 статьи 422 ГК РФ).

¹ См. п. 7 Информационного письма № 28.

(а) Комментируемый пункт открывает несколько необычный для разъяснений Пленума раздел «Заключительные положения», который, по нашим данным, стал появляться в таких документах с ноября 2015 г.¹

Пленум обращается к вопросу действия законодательства во времени, имея в виду реализацию реформы ГК, которая, в частности, выразилась в принятии Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Закон № 42-ФЗ). Пунктами 30–32 ст. 1 Закона № 42-ФЗ регулирование поручительства было подвергнуто изменениям. Этот Закон вступил в силу с 1 июня 2015 г. Согласно ч. 2 ст. 2 Закона № 42-ФЗ положения ГК (в редакции настоящего Закона) применяются к *правоотношениям, возникшим после дня вступления в силу* настоящего Закона. По правоотношениям, возникшим до дня вступления в силу настоящего Закона, положения ГК (в редакции настоящего Закона) применяются к тем *правам и обязанностям, которые возникнут после* дня вступления в силу настоящего Закона, если иное не предусмотрено настоящей статьей. Таким образом, речь идет о такой ситуации, когда стороны заключили договор поручительства до 1 июня 2015 г., т.е. до дня вступления в силу пореформенного законодательного регулирования (дореформенный договор).

После заключения договора поручительства между его сторонами возникает обязательственное правоотношение. Однако некоторые субъективные права и обязанности его сторон могут возникать после заключения договора. Следовательно, правоотношение в целом могло бы оказаться подчиненным разным договорным статутам: по субъективным правам и обязанностям, возникшим до указанной даты, применялся бы прежний правовой режим (переживание закона), а по правам и обязанностям, возникшим после названной даты, — новый закон (двойной договорный статут). Это может приводить к коллизиям вследствие того, что правоотношение в целом имеет некоторую внутреннюю согласованность, а также к нарушению обоснованных ожиданий участников договора. Заключая договор поручительства, стороны оценивали свои риски исходя из действующего законодательного регулирования и рассчитывали на то, что при известных обстоятельствах они будут обладать определенными субъективными правами. Их расчет оказался бы напрасным, если бы они обманулись

¹ См. постановление Пленума ВС РФ от 17 ноября 2015 г. № 50 «О применении судами законодательства при рассмотрении некоторых вопросов, возникающих в ходе исполнительного производства».

в своих обоснованных ожиданиях. Такой подход означал бы полное неуважение к личности человека, пренебрежение его правами и законными интересами. Как бы хорош ни был новый закон, его обратная сила может допускаться только тогда, когда это влечет одни выгоды и не вызывает никаких невыгод ни для кого. Но в относительной правовой связи выгоды одного лица, как правило, образуются за счет невыгод другого лица, а потому такое положение дел может допускаться только при взаимном согласии этих лиц.

В ГК данное обстоятельство учитывается в п. 2 ст. 422, согласно которому, если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров. Как видно по этой норме, весь договор переживает изменение закона, причем безотносительно к тому, когда возникают субъективные права и обязанности — до изменения закона или после.

По внешней видимости норма Закона № 42-ФЗ является и более поздней, и специальной по отношению к норме п. 2 ст. 422 ГК. Поэтому, согласно известным принципам *lex posterior derogat priori* и *lex specialis derogat generali* она должна уступить ч. 2 ст. 2 данного Закона. Но это не так, поскольку последняя норма посвящена правам и обязанностям вообще, а норма ГК — именно договорным обязанностям, т.е. специальной является именно она.

Поэтому было бы желательно принять за правило такое понимание: к договорам поручительства, заключенным до 1 июня 2015 г., нормы Закона № 42-ФЗ не применяются независимо от того, когда возникают права и обязанности его сторон. Но не все так просто.

(б) Кажется, что в разъяснении Пленума можно усмотреть некоторое противоречие, ибо в предложении первом комментируемого пункта говорится, что новый Закон № 42-ФЗ не применяется *к правам и обязанностям, возникшим* из договоров, заключенных до дня вступления его в силу. Отсюда по методу толкования *a contrario* можно сделать вывод, что к правам и обязанностям, возникшим после вступления в силу Закона № 42-ФЗ, он применяется. Однако в предложении втором сказано, что при рассмотрении споров *из указанных договоров* следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК, причем здесь о возникших правах и обязанностях уже не упоминается.

Если же исходить из того, что на самом деле никакого противоречия нет, поскольку Пленум просто не стал в предложении втором

повторять то, что уже сказано в первом, то это означает, что надо применять концепцию двойного договорного статута. Как обосновано в п. «а» комментария, это негодная концепция. Нормативное обоснование, которое приводит Пленум, давало основание отбросить ее. Дело в том, что в п. 2 ст. 4 ГК, на который, в частности, ссылается Пленум, сказано следующее. По отношениям, возникшим до введения в действие акта гражданского законодательства, он применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие. Отношения сторон по договору, заключенному до введения в действие акта гражданского законодательства, регулируются в соответствии со ст. 422 настоящего ГК. Отсюда видно, что договорные отношения выделяются законодателем особо, ибо этого требует существо дела. Стоило Пленуму использовать в своем разъяснении слово «возникающим», а еще лучше «вытекающим» вместо слова «возникшим», и ситуация была бы совершенно другой.

Исправить ситуацию можно, признав (пусть и с известной теоретической натяжкой), что все права и обязанности, включая потенциальные возражения, возникают у сторон сразу же по заключении договора поручительства, а впоследствии они только созревают, т.е. становятся совершенными (перфектными).

Впрочем, надо признать, ситуация не является настолько критической. Беглый анализ норм, потенциально применимых к вновь возникающим после реформы правам и обязанностям по договору поручительства, заключенному до реформы, показывает, что вопиюще несправедливых последствий это как будто не влечет.

Попутно интересно отметить, что в другом разъяснении можно усмотреть несколько иной подход. Изменение положений закона, правил, обязательных для сторон при заключении и исполнении публичных договоров (п. 4 ст. 426 ГК), после заключения публичного договора не влечет изменения условий договора, в частности о порядке исполнения, сроках действия, существенных условиях, за исключением случаев, когда закон распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров (п. 1 и 2 ст. 422 ГК)¹. Как видно, никакого акцента на возникшие права и обязанности до изменения закона здесь не делается. Другое дело, почему этот верный подход оказался реализованным только в отношении публичного договора? Ведь последовательное разграничение разных подходов по вопросу действия законодательства во времени к пу-

¹ См. п. 19 Постановления № 49.

бличным и всем другим договорам приведет к неравенству, что едва ли можно оправдать публичным характером договора. Стабильность договора — общий принцип договорного права, а потому его надо распространить на всякие договоры.

Также интересное наблюдение представляет собой сравнение комментируемого пункта еще с одним разъяснением. Нетрудно заметить, что рассматриваемое нами разъяснение является почти идентичным следующему. Положения ГК в измененной Законом № 42-ФЗ редакции (например, ст. 317.1 ГК) не применяются к правам и обязанностям, возникшим из договоров, заключенных до дня вступления его в силу (до 1 июня 2015 г.). При рассмотрении споров из названных договоров следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК с учетом сложившейся практики ее применения (п. 2 ст. 4, абзац второй п. 4 ст. 421, п. 2 ст. 422 ГК)¹. Но бросается в глаза, что в комментируемом **Постановлении** не содержится еще один фрагмент: по правоотношениям, возникшим до дня вступления в силу Закона № 42-ФЗ, положения ГК в измененной редакции применяются к тем *правам и обязанностям, которые возникнут после* дня вступления Закона № 42-ФЗ в силу (1 июня 2015 г.)². Таким образом, там прямо указывалось на применение к вновь возникающим после реформы правам и обязанностям нового регулирования, а в комментируемом **Постановлении** этого не сделано. Расхождения в трех приведенных разъяснениях на первый взгляд незначительные, но загадочные.

Все эти нюансы важны не столько для поручительства (особенно с учетом уже прошедшего с момента реформы времени), сколько для самого принципа, которого намерен придерживаться Пленум в будущем. Ведь темп и масштаб изменений законодательства будет только увеличиваться, пока наше общество не подойдет к моменту сингулярности, и мы еще неоднократно успеем столкнуться с изменением нормативного регулирования договоров.

(в) В предложении втором комментируемого пункта Пленум особо выделяет, что в соответствующих случаях следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК, в том числе *правилами о сроке поручительства*. Среди правил о сроках поручительства никаких изменений в законе не имеется, а усматривается появление только одного нового правила. Согласно абзацу второму п. 6 ст. 367 ГК предъявление

¹ См. п. 83 Постановления № 7.

² См. там же, предложение второе п. 82.

кредитором к должнику требования о досрочном исполнении обязательства не сокращает срок действия поручительства, определяемый исходя из первоначальных условий основного обязательства (*см. комментарий к п. 44 Постановления*).

Означает ли рассматриваемая правовая позиция, что к дореформенным договорам следует применять обратное суждение, т.е. что предъявление кредитором к должнику требования о досрочном исполнении обязательства сокращает срок действия поручительства? Это было бы весьма странным, в том числе и потому, что Пленум требует учитывать сложившуюся ранее практику применения соответствующих норм, а, согласно практике арбитражных судов, влияние названного обстоятельства на срок действия поручительства было двояким¹. В итоге получается, что для арбитражных судов нужно руководствоваться данным им разъяснением, тогда как для судов общей юрисдикции руководствоваться вообще нечем, ибо ранее особенность этих отношений законом не регулировалась, а разъяснений судебной практики не было, но в текущей практике применялся схожий с арбитражной практикой подход².

Возможно, особое внимание к этому аспекту объясняется тем, что Пленум отказался от прежней правовой позиции в арбитражной практике, касающейся сдвига годичного срока действия поручительства, исчисляемого с момента наступления срока исполнения основного обязательства, при досрочном истребовании долга, быть может, считая, что и законодатель не предусматривает такой особенности, полагая, что при досрочном истребовании долга срок поручительства не изменяется во всех случаях (подробнее об этом *см. комментарий к п. 44 Постановления*). Тогда получается следующая картина. Соответствующий поручитель, выдавая поручительство, ориентировался на правила о сроке поручительства в их истолковании в арбитражной практике. Он рассчитывал, что если по основному обязательству будет заявлено досрочное требование, то годичный срок поручительства, применяемый по второму методу, сдвинется и начнет исчисляться с момента предъявления такого требования, т.е. раньше. Следовательно, поручитель может освободиться от своего бремени раньше, при условии что кредитор не предъявит к нему иска. Однако в дальнейшем в п. 6 ст. 367 ГК появляется новая норма, из которой

¹ См. абзацы первый и второй п. 34 Постановления № 42.

² См. определения от 27 февраля 2018 г. № 78-КГ17-105 и от 13 февраля 2018 г. № 44-КГ17-22.

следует, что срок не сдвигается, а поручительство продолжает действовать до календарной даты, определяемой изначально сроком исполнения основного обязательства, увеличенным на год (исходный срок поручительства). Получается, если кредитор предъявил иск через год и один день после заявления требования о досрочном исполнении, но до истечения изначально срока, становится критичным, какое правило будет применено. Таким образом, выходит, что если применить прежнее толкование закона, то у поручителя в указанном случае есть шанс освободиться от ответственности, а если действующее — то нет.

Если же приведенные нами мотивы акцентирования Пленумом внимания на сроке поручительства неверны, то выделение в разъяснении рассматриваемого момента о сроке действия поручительства оказывается весьма туманным, и уяснить его пока не удастся.

Помимо прочего, остается неясным, как быть со сроками действия поручительства, которые законом не предусмотрены, но выводятся из его толкования самим Пленумом. К таковым относится срок действия послесрочного поручительства (см. п. «в» *комментария к п. 42 Постановления*). Коль скоро этот срок определялся при толковании закона, то надо считать, что и к дореформенным договорам надо применять такой срок, ибо другого просто нет.

Видимо, аналогичный подход нужно применять и к тем спорам по дореформенным договорам, в которых применяется не новая норма, а та или иная правовая позиция, выведенная Пленумом из смысла ранее действовавшего закона. Что же касается споров по дореформенным договорам поручительства в арбитражных судах, следует применять соответствующее разъяснение, распространявшееся на данную юрисдикцию. Это вытекает из указания Пленума о том, что следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК *с учетом сложившейся практики их применения*.

55. Признать не подлежащими применению:

пункты 17 и 18 совместного постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 8 октября 1998 года № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»;

пункт 62 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 мая 2012 года № 9 «О судебной практике по делам о наследовании»;

пункты 1—41 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 года № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством».

(а) Последний пункт **Постановления** посвящен признанию не подлежащими применению ряда ранее сформулированных в судебной практике разъяснений, причем как для системы судов общей юрисдикции, так и для арбитражных судов.

При этом надо принимать во внимание, что эти разъяснения все же подлежат ограниченному применению ввиду правовой позиции, сформулированной Пленумом в предыдущем пункте, согласно которой при рассмотрении споров по дореформенным договорам (см. п. «а» *комментария к п. 54 Постановления*) следует руководствоваться ранее действовавшей редакцией ГК с учетом сложившейся практики их применения. Соответственно, здесь аналогично с правилами действия законодательства во времени наблюдается явление переживания абстрактных разъяснений судебной практики. В этом нет ничего удивительного, поскольку такие разъяснения входят в корпус позитивного права, а потому подчиняются многим принципам, предусмотренным для норм закона.

(б) Признаются не подлежащими применению разъяснения двух пунктов — 17 и 18 — Постановления № 13/14 следующего содержания.

«17. При разрешении судами споров, связанных с исполнением договоров поручительства, необходимо учитывать, что, исходя из пункта 2 статьи 363 Кодекса, обязательство поручителя перед кредитором состоит в том, что он должен нести ответственность за должника в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Учитывая дополнительный характер обязательства поручителя, кредитор вправе требовать взыскания с поручителя процентов в связи с просрочкой исполнения обеспечиваемого денежного обязательства на основании статьи 395 Кодекса до фактического погашения долга. При этом проценты начисляются в том же порядке и размере, в каком они подлежали возмещению должником по основному обязательству, если иное не установлено договором поручительства.

18. В соответствии с пунктом 1 статьи 365 Кодекса поручитель, исполнивший обязательство, вправе требовать от должника уплаты про-

центов на сумму, выплаченную им кредиторю, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника. В этом случае проценты на основании статьи 395 Кодекса начисляются на всю выплаченную поручителем за должника сумму, включая убытки, неустойки, уплаченные кредиторю проценты и так далее, за исключением предусмотренных договором поручительства сумм санкций, уплаченных поручителем в связи с собственной просрочкой.

Поскольку после удовлетворения поручителем требования кредитора основное обязательство считается полностью или частично исполненным, поручитель не вправе требовать от должника уплаты процентов, определенных условиями обеспечиваемого обязательства с момента погашения требования кредитора».

Пункт 17 касается проблематики поручительства и обоснованно признан не подлежащим применению, в том числе потому, что он был внутренне противоречив. Поскольку эти вопросы уже были рассмотрены, здесь они не освещаются (*см. п. «т» комментария к п. 18 Постановления*).

Пункт 18 базировался на альтернативной (регрессной) модели поручительства, которая исходила из того, что исполнение поручителем обязательства влечет прекращение основного обязательства, а не суброгацию. Этот вопрос также был рассмотрен ранее (*см. п. «л» комментария к п. 18 Постановления*).

(в) Следующее разъяснение, признаваемое не подлежащим применению, касается последствий смерти должника в основном обязательстве. Пленум учитывает изменившееся законодательное регулирование и отказывается от своей прежней правовой позиции. Она предусматривала следующее положение. Согласно п. 2 ст. 367 ГК поручитель наследодателя становится поручителем наследника лишь в случае, если поручителем было дано согласие отвечать за неисполнение обязательств наследниками. При этом исходя из п. 1 ст. 367 и п. 1 ст. 416 ГК поручительство прекращается в той части, в которой прекращается обеспеченное им обязательство, и поручитель несет ответственность по долгам наследодателя перед кредитором в пределах стоимости наследственного имущества. Наследники поручителя отвечают также в пределах стоимости наследственного имущества по тем обязательствам поручителя, которые имелись на время открытия наследства¹.

О данной проблематике *см. комментарий к п. 35 Постановления*, в котором сформулирована новая правовая позиция.

¹ См. п. 62 Постановления № 9.

(г) Самым масштабным блоком разъяснений, признаваемых не подлежащими применению, являются правовые позиции, сформулированные для арбитражных судов. В Постановлении № 42 можно было усмотреть своего рода пандектную структуру, ибо оно состояло из общей части и двух специальных частей, посвященных поручительству по облигациям и поручительству при банкротстве. Соответственно, эти две специальные части сохраняют свое действие и подлежат применению, а общая часть по существу заменяется комментируемым [Постановлением](#).

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

**Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации
от 12 июля 2012 г. № 42
«О некоторых вопросах разрешения споров,
связанных с поручительством»**

В связи с вопросами, возникающими при рассмотрении арбитражными судами (далее — суды) споров, связанных с поручительством, руководствуясь статьей 13 Федерального конституционного закона от 28.04.1995 № 1-ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации», Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации постановляет дать судам следующие разъяснения.

I. Применение положений о поручительстве при рассмотрении дел в исковом порядке¹

1. В соответствии со статьей 361 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части.

Судам следует иметь в виду, что обязательство поручителя по общему правилу исполняется им в денежной форме. Однако это не препятствует обеспечению поручительством обязательств по передаче товара, выполнению работ, оказанию услуг, воздержанию от совершения определенных действий и т.п., поскольку у кредитора по этим обязательствам при определенных обстоятельствах (например, при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обязательства) могут возникать денежные требования к должнику: о возмещении убытков, взыскании неустойки, возврате аванса и т.п.

2. Согласно абзацу второму статьи 361 ГК РФ поручительством могут обеспечиваться обязательства, которые возникнут в будущем. При

¹ Раздел I утратил силу с 24 декабря 2020 г.

этом судам необходимо учитывать, что договор поручительства по будущим обязательствам считается заключенным сторонами, а предусмотренные им дополнительные права и обязанности (например, обязанность поручителя с момента заключения названного договора поддерживать определенный остаток на счетах в банке, раскрывать кредиторю информацию об определенных фактах и т.п.) — возникшими с момента достижения сторонами такого договора в установленной форме согласия по его существенным условиям. Вместе с тем требования к поручителю, связанные с нарушением должником обеспеченного обязательства, могут быть предъявлены кредитором лишь при наступлении обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 363 ГК РФ.

Судам также надлежит иметь в виду, что поручительство может обеспечивать обязательства из сделок, совершенных под отменительным или отлагательным условием.

3. Заключение договора поручительства после наступления срока исполнения основного обязательства, не исполненного должником, не является основанием для признания такого договора недействительной сделкой, так как закон не содержит запрета на установление обеспечения по просроченному обязательству. Кроме того, поручительство может быть дано в отношении обязательства, возникшего не из договора (например, по возмещению причиненного вреда, возврату неосновательного обогащения), срок исполнения которого определяется в соответствии с пунктом 2 статьи 314 ГК РФ.

4. В связи с тем, что поручительство устанавливается на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного обязательства, судам следует исходить из того, что данное обстоятельство не может быть квалифицировано как условие, обуславливающее сделку поручительства, поэтому к отношениям кредитора, должника и поручителя положения статьи 157 ГК РФ применению не подлежат. При этом иск кредитора к поручителю может быть удовлетворен лишь в случае наступления названного в пункте 1 статьи 363 ГК РФ обстоятельства — неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного поручительством обязательства.

Вместе с тем судам необходимо учитывать, что договор поручительства может быть заключен под условием (статья 157 ГК РФ). К отлагательным условиям, обуславливающим вступление договора поручительства в силу (пункт 1 статьи 157 ГК РФ), могут быть отнесены такие обстоятельства, как заключение кредитором с должником или третьими лицами иных обеспечительных сделок (например, договора ипотеки), изменение состава участников или органов управления

общества-поручителя или должника и т.п. В качестве отменительного условия (пункт 2 статьи 157 ГК РФ) в договоре поручительства может быть указано, в частности, прекращение либо признание недействительными или незаключенными других обеспечительных сделок, заключенных кредитором и должником.

5. Из положений параграфа 5 главы 23 ГК РФ следует, что договор поручительства может быть заключен без согласия или уведомления должника; названное обстоятельство не влияет на действительность договора поручительства.

Однако в том случае, если будут установлены согласованные действия кредитора и поручителя, направленные на заключение договора поручительства вопреки желанию должника и способные причинить такие неблагоприятные для него последствия, как изменение подсудности спора, переход к поручителю прав требования к должнику, несмотря на предусмотренный в основном обязательстве запрет уступки требований без согласия должника и т.п., суд вправе исходить из следующего.

Согласно статье 10 ГК РФ не допускаются действия в виде злоупотребления правом, последствием допущенного нарушения является отказ в защите права.

Таким образом, суд может не признать состоявшимся переход права к поручителю на основании пункта 1 статьи 365 ГК РФ или определить надлежащую подсудность спора между кредитором и должником (пункт 6 настоящего постановления).

Также в силу общих правил об обязательствах (статья 308 ГК РФ) на должника, доказавшего наличие обстоятельств, указанных в абзаце втором настоящего пункта, не могут быть возложены негативные последствия неисполнения обязанности по уведомлению поручителя, установленные в статье 366 ГК РФ.

6. Частью 2 статьи 36 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) предусмотрено, что иск к ответчикам, находящимся на территориях разных субъектов Российской Федерации, предъявляется в арбитражный суд по месту нахождения одного из ответчиков. Выбор между арбитражными судами, которым согласно указанной статье подсудно дело, принадлежит истцу (часть 7 статьи 36 АПК РФ).

Однако если иск кредитора к должнику и поручителю предъявлен по месту нахождения поручителя и судом на этапе подготовки дела к судебному разбирательству будет установлено, что договор поручительства был заключен без ведома и согласия должника для недобро-

совестного изменения подсудности дела, суд в соответствии с частью 3 статьи 130 АПК РФ выделяет требование в отношении должника в отдельное производство и передает его в суд по месту нахождения должника или определенный соглашением должника и кредитора (статьи 35 и 37, пункт 3 части 2 статьи 39 АПК РФ), так как истец, обратившись в суд по месту нахождения поручителя, злоупотребил процессуальным правом на выбор подсудности для данного дела (часть 2 статьи 41 АПК РФ).

Рассматривая вопрос о недобросовестном изменении подсудности дела посредством заключения договора поручительства, судам необходимо руководствоваться следующим. О том, что единственной целью заключения договора поручительства является изменение территориальной подсудности дела, может свидетельствовать совокупность таких обстоятельств:

1) между поручителем и должником отсутствуют какие-либо отношения (корпоративные, обязательственные, родственные и проч.), объясняющие экономическую цель выдачи поручительства за должника;

2) иск по обязательству, обеспеченному поручительством, предъявлен в суд, который расположен в месте нахождения истца либо в непосредственной близости к нему, либо отличается от суда, указанного в договоре кредитора и должника (статья 37 АПК РФ), либо расположен таким образом, что личное участие должника в рассмотрении дела может быть существенно затруднено.

Суд также вправе отнести все судебные расходы по делу на лиц, злоупотребивших процессуальными правами, т.е. на кредитора и поручителя, независимо от результатов рассмотрения дела (статья 111 АПК РФ).

7. При рассмотрении споров между кредитором, должником и поручителем, несущим солидарную ответственность с должником, судам следует исходить из того, что кредитор вправе предъявить иски одновременно к должнику и поручителю; только к должнику или только к поручителю. При этом в последнем случае суд вправе по своей инициативе привлекать к участию в деле в качестве третьего лица соответственно поручителя или должника (статья 51 АПК РФ).

Обстоятельства, установленные в деле по спору между кредитором и поручителем, в котором не участвовал должник, учитываются судом при рассмотрении других споров с участием поручителя и должника, например, при рассмотрении дела о взыскании поручителем денежных средств, уплаченных кредитору по договору поручительства, с долж-

ника. Если, рассматривая спор, суд придет к иным выводам, нежели содержащиеся в судебном акте по делу между кредитором и поручителем, он должен указать соответствующие мотивы.

8. Судам также следует учитывать, что если после предъявления кредитором иска к должнику поручитель исполнил договор поручительства (например, уплатив кредитору соответствующую денежную сумму), то поручитель вправе обратиться в суд с ходатайством о вступлении в дело в качестве процессуального правопреемника кредитора по требованию о взыскании долга по обеспеченному обязательству, уплате процентов и т.п. (часть 1 статьи 48 АПК РФ). В случае обращения поручителя в суд с самостоятельным иском к должнику иск подлежит оставлению без рассмотрения в соответствии с пунктом 1 части 1 статьи 148 АПК РФ; производство по делу, возбужденному по иску поручителя к должнику, подлежит прекращению согласно пункту 2 части 1 статьи 150 АПК РФ.

Возражения должника против вступления в дело поручителя могут быть основаны в том числе и на доводах об отсутствии правопреемства в отношениях между кредитором и поручителем в связи с недействительностью договора поручительства, неисполнением поручителем договора поручительства и т.п.

9. По смыслу пункта 3 статьи 365 ГК РФ одним из мотивов принятия поручителем на себя обязательств по договору поручительства с кредитором является договор, заключенный между должником и поручителем (договор о выдаче поручительства). Судам следует иметь в виду, что расторжение данного договора, признание его недействительным или незаключенным не влечет прекращения поручительства (пункт 3 статьи 308 ГК РФ).

Если заключение договора поручительства было вызвано наличием у поручителя и должника в момент выдачи поручительства общих экономических интересов (например, основное и дочернее общества, преобладающее и зависимое общества, общества, взаимно участвующие в капиталах друг друга, лица, совместно действующие на основе договора простого товарищества), то последующее отпадение этих интересов не влечет прекращения поручительства.

10. Нормы параграфа 5 главы 23 ГК РФ не содержат перечня условий основного обязательства, которые должны быть указаны в договоре поручительства. Следовательно, если в договоре поручительства не упомянуты некоторые из условий обеспеченного обязательства (например, размер или срок исполнения обязательства, размер процентов по обязательству), но оно описано с достаточной степенью

определенности, позволяющей суду установить, какое именно обязательство было либо будет обеспечено поручительством, либо в договоре поручительства есть отсылка к договору, регулирующему обеспеченное обязательство и содержащему соответствующие условия, то договор поручительства не может быть признан судом незаключенным.

Если договор поручительства содержит только указание на основную сумму обеспеченного долга и в нем отсутствует условие о том, что поручительством обеспечены иные обязательства должника перед кредитором (например, обязательство по уплате процентов), судам следует исходить из того, что названное положение договора означает ограничение обеспечиваемых поручительством требований уплатой основного долга и не влечет за собой незаключенности договора поручительства в целом.

Если в договоре поручительства помимо отсылки к договору, регулирующему обеспеченное обязательство, содержится только указание на твердую денежную сумму, уплатой которой поручитель ограничил свою ответственность по обязательству должника, судам необходимо исходить из того, что при уплате данной суммы требования кредитора к поручителю погашаются в соответствии со статьей 319 ГК РФ.

11. Судам следует иметь в виду, что обязательства, которые могут возникнуть у поручителя перед кредитором, в свою очередь, могут быть обеспечены залогом, поручительством, банковской гарантией и т.п.

В договоре поручительства может быть установлена неустойка за неисполнение либо ненадлежащее исполнение поручителем обязательств по договору поручительства перед кредитором. Однако такая неустойка (либо проценты за пользование чужими денежными средствами по статье 395 ГК РФ) не может быть взыскана поручителем с должника при предъявлении к последнему требования на основании абзаца четвертого статьи 387 ГК РФ.

12. При рассмотрении споров, связанных с поручительством по неденежным обязательствам, судам необходимо учитывать следующее.

Поручитель не является содолжником в обеспеченном поручительством обязательстве (абзац первый статьи 361, пункт 1 статьи 365 ГК РФ), предъявленный к нему в случае просрочки должника иск о понуждении к исполнению обеспеченного обязательства в натуре не подлежит удовлетворению, так как в данном случае поручитель обязан уплатить денежную сумму, соответствующую имущественным потерям кредитора, вызванным неисполнением либо ненадлежащим исполнением должником обеспеченного обязательства. Вместе с тем поручитель не лишен права предложить кредитору надлежащее испол-

нение неденежного обязательства за должника по правилам пункта 1 статьи 313 ГК РФ.

13. В соответствии с пунктом 1 статьи 365 и абзацем четвертым статьи 387 ГК РФ к поручителю, исполнившему свое обязательство перед кредитором (в том числе в ходе исполнительного производства), переходят права, принадлежащие кредитору по обеспеченному обязательству.

Те же последствия наступают в случае предоставления поручителем кредитору отступного или прекращения встречных требований поручителя и кредитора посредством зачета.

Положения ГК РФ о регрессных требованиях (например, пункт 3 статьи 200, подпункт 1 пункта 2 статьи 325 Кодекса) не подлежат применению к отношениям между поручителем, исполнившим свое обязательство перед кредитором, и должником.

14. По смыслу пункта 1 статьи 365 ГК РФ к поручителю переходят принадлежащие кредитору права залогодержателя как при залоге, установленном третьим лицом в обеспечение исполнения обязательств должника, так и при залоге, установленном должником по собственным обязательствам. При этом судам следует иметь в виду, что иные последствия исполнения поручителем обязательств перед кредитором могут быть предусмотрены соглашением кредитора и поручителя (в частности, переход требования без одновременного перехода прав по обеспечительным сделкам).

При рассмотрении споров между поручителем, исполнившим обязательство, и залогодателем, не являющимся должником в обеспеченном обязательстве, подлежат применению также правовые позиции, содержащиеся в пунктах 27 и 28 настоящего постановления.

15. Судам необходимо учитывать, что после расторжения договора, из которого возникли обязательства, обеспеченные поручительством (статьи 310, 450 ГК РФ), поручительство продолжает обеспечивать те из них, которые сохраняются при расторжении такого договора (например, основная сумма долга и проценты по кредитному договору, задолженность по выплате арендной платы) либо образуются в результате его расторжения (например, обязательства по возвращению того, что было предоставлено стороной по договору либо по выплате стоимости предоставленного имущества).

Кроме того, согласно абзацу второму статьи 361 ГК РФ стороны договора поручительства вправе предусмотреть, что поручительство обеспечивает не только обязательства, возникающие из договора (например, о возврате кредита и процентов за его пользование), но и тре-

бование о возврате полученного (требование о возмещении в деньгах стоимости полученного) по такому договору при его недействительности или возврате неосновательного обогащения при признании договора незаключенным.

16. Договор поручительства может предусматривать заранее данное согласие поручителя в случае изменения обязательства отвечать перед кредитором на измененных условиях. Такое согласие должно быть явно выраженным и должно предусматривать пределы изменения обязательства (например, денежную сумму или размер процентов, на которые могут быть увеличены соответственно сумма долга и проценты по нему; срок, на который может быть увеличен или сокращен срок исполнения обеспеченного обязательства, и т.п.), при которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника. Если указанные пределы изменения обязательства в договоре поручительства не установлены, но обеспеченное обязательство изменилось, то поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обеспеченного обязательства.

17. По смыслу пункта 2 статьи 367 ГК РФ кредитор должен получить согласие поручителя отвечать за определенного должника, на которого будет либо уже переведен долг.

Суды также должны учитывать, что положение данного пункта является диспозитивным, поэтому стороны в договоре поручительства могут предусмотреть иное.

Согласие поручителя отвечать за нового должника, на которого будет переведен долг, должно быть явно выраженным, а также содержать критерии, позволяющие с высокой степенью определенности установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу.

18. В случае если суд установит, что договор поручительства является типовым, с заранее определенными условиями, и поручитель был фактически лишен возможности влиять на его содержание, условия договора поручительства о том, что при изменении обязательства поручитель отвечает на изменившихся условиях, об ответственности поручителя за нового должника при переводе долга могут быть оспорены поручителем применительно к пункту 2 статьи 428 ГК РФ.

19. Судам необходимо иметь в виду, что положения пункта 2 статьи 367 ГК РФ о прекращении договора поручительства в случае перевода на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника, не подлежат применению при реорганизации должника, так

как долг переходит к правопреемнику реорганизованного лица в силу универсального правопреемства.

Учитывая то, что в соответствии с пунктом 1 статьи 365 ГК РФ к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству, поручитель может воспользоваться гарантиями, предоставленными кредитору реорганизуемого юридического лица гражданским законодательством. В связи с этим в случае, если разделительный баланс не позволяет определить правопреемника реорганизованного должника либо при его утверждении допущено нарушение принципа справедливого распределения активов и обязательств реорганизуемого юридического лица между его правопреемниками, приводящее к явному ущемлению интересов кредиторов этого юридического лица, то все вновь созданные в результате реорганизации (продолжающие деятельность) юридические лица отвечают перед поручителем солидарно (пункт 1 статьи 6, пункт 4 статьи 60 ГК РФ). Возмещение лицу, удовлетворившему требования поручителя, уплаченных денежных сумм осуществляется правопреемником должника по обеспеченному обязательству в соответствии с разделительным балансом, соглашением правопреемников либо, если такое соглашение отсутствует и разделительный баланс не позволяет установить должника по обязательству, то в соответствии с положениями статьи 325 ГК РФ.

20. При рассмотрении подведомственных арбитражным судам споров с участием физических лиц судам необходимо руководствоваться следующим.

Смерть должника не прекращает поручительство (за исключением случаев, когда обязательство прекращается смертью гражданина в соответствии со статьей 418 ГК РФ), положения пункта 2 статьи 367 ГК РФ применению не подлежат; иное может быть предусмотрено договором поручительства.

Вместе с тем наследники, принявшие наследство, отвечают перед поручителем, исполнившим обеспеченное поручительством обязательство, солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (пункт 1 статьи 1175 ГК РФ). При этом в отношениях с кредитором поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества.

Если иное не предусмотрено договором поручительства, в случае смерти поручителя обязательными по договору поручительства явля-

ются наследники поручителя, которые отвечают перед кредитором солидарно в пределах стоимости перешедшего к ним наследственного имущества (пункт 1 статьи 1175 ГК РФ). К отношениям наследников поручителя между собой и с кредитором подлежат применению правила ГК РФ о совместно выданном поручительстве (пункт 3 статьи 363 ГК РФ) с учетом правовых позиций, содержащихся в пункте 27 настоящего постановления.

21. Прекращение основного обязательства вследствие исключения из единого государственного реестра юридических лиц юридического лица, являющегося должником по этому обязательству, не прекращает поручительство, если кредитор до исключения должника из названного реестра реализовал свое право в отношении поручителя посредством предъявления иска, заявления требования ликвидационной комиссии в ходе процедуры ликвидации поручителя или подачи заявления об установлении требований в деле о его банкротстве.

22. В случае реорганизации поручителя – юридического лица судам необходимо учитывать следующее. В связи с тем, что предъявление кредитором требования к поручителю возможно только в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного обязательства, кредитор не вправе требовать от поручителя, принявшего решение о реорганизации, досрочного исполнения обязательств по договору поручительства. Правопреемник поручителя определяется в соответствии с передаточным актом или разделительным балансом (статьи 58 и 59 ГК РФ).

Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда утвержденный при реорганизации разделительный баланс не дает возможности определить правопреемника поручителя, вновь созданные в результате реорганизации (продолжающие деятельность) юридические лица отвечают перед кредитором солидарно.

Если из разделительного баланса поручителя следует, что при его утверждении допущено нарушение принципа справедливого распределения активов и обязательств между его правопреемниками, приводящее к явному ущемлению интересов кредиторов этого юридического лица, то к солидарной ответственности должны привлекаться все лица, созданные в результате реорганизации поручителя (а в случае реорганизации в форме выделения – и то юридическое лицо, из которого выделилось новое юридическое лицо) (пункт 1 статьи 6, пункт 4 статьи 60 ГК РФ).

К отношениям указанных лиц между собой и кредитором применяются правила ГК РФ о совместно выданном поручительстве (пункт 3

статьи 363 ГК РФ) с учетом правовых позиций, содержащихся в пункте 27 настоящего постановления.

23. В соответствии с пунктом 3 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем. Судам необходимо учитывать, что данная норма не применяется в случаях, когда кредитору было предложено заключить соглашение о принятии в качестве отступного (статья 409 ГК РФ) предмета залога или иного имущества, либо кредитор отказался от предложения изменить порядок или способ исполнения обязательства, обеспеченного поручительством.

24. Судам следует иметь в виду, что согласно статье 364 ГК РФ поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы заявить против требования кредитора должник. К таким возражениям относятся, в частности, возражение о ничтожности сделки, из которой возникло обеспеченное поручительством обязательство, либо о недействительности оспоримой сделки, признанной таковой судом; о неисполнении либо ненадлежащем исполнении кредитором по обеспеченному обязательству обязанностей, установленных законом или договором; об истечении исковой давности по требованию кредитора; о прекращении обеспеченного обязательства по основаниям, установленным законом или договором (статья 407 ГК РФ); о снижении суммы неустойки, подлежащей уплате должником на основании статьи 333 ГК РФ.

Судам необходимо учитывать, что возражения, которые поручитель вправе выдвигать против требования кредитора, не ограничиваются только теми возражениями, которые вправе выдвигать должник. Так, в споре с кредитором поручитель вправе заявить о ничтожности договора поручительства; предъявить встречный иск о недействительности договора поручительства как оспоримой сделки либо сослаться на недействительность оспоримой сделки, признанной таковой судом; сослаться на прекращение поручительства как по основаниям, предусмотренным статьей 367 ГК РФ, так и по иным основаниям.

Судам следует иметь в виду, что ограничение договором поручительства возражений поручителя, связанных с отношениями кредитора и поручителя, не допускается (пункт 2 статьи 9 ГК РФ, часть 3 статьи 4 АПК РФ).

25. Если ответственность поручителя является субсидиарной, кредитор не вправе требовать удовлетворения своего требования к поручителю, если его требование к должнику может быть удовлетворено путем зачета либо бесспорного взыскания средств с основного долж-

ника (пункт 2 статьи 399 ГК РФ). Указанное обстоятельство также может быть выдвинуто поручителем в качестве возражения против требований кредитора.

Применительно к пункту 2 статьи 399 ГК РФ поручитель, отвечающий перед кредитором солидарно с основным должником, также вправе заявить кредитору возражение о том, что его требование к должнику может быть удовлетворено путем зачета, осуществляемого по встречным однородным требованиям должника и кредитора.

26. При рассмотрении споров между исполнившим свое обязательство перед кредитором поручителем, к которому в соответствии с абзацем четвертым статьи 387 ГК РФ перешли права кредитора по обеспеченному обязательству, и должником судам необходимо иметь в виду следующее.

По смыслу статей 364 и 386 ГК РФ должник, которому было известно о предъявлении кредитором требования к поручителю, не вправе выдвигать против требования, перешедшего к поручителю, возражения, которые были или должны были быть известны должнику, но не были заблаговременно сообщены им поручителю.

Однако должник вправе выдвигать против требования поручителя любые возражения, основанные на своих отношениях с кредитором, если суд установит, что поручитель не предпринимал мер, направленных на привлечение должника к участию в деле, возбужденном кредитором против поручителя, либо не предлагал должнику сообщить поручителю об имеющихся возражениях против требования кредитора.

27. При рассмотрении споров с участием лиц, совместно давших поручительство (пункт 3 статьи 363 ГК РФ), суды должны учитывать следующее. Лица, совместно давшие поручительство, отвечают солидарно, если иное (ответственность в долях) не предусмотрено договором поручительства.

Суд квалифицирует поручительство нескольких лиц как совместное, если будет установлено наличие соответствующего волеизъявления указанных лиц, направленного именно на совместное обеспечение обязательства.

Если обязательство перед кредитором будет исполнено одним из лиц, совместно давших поручительство, к нему переходит требование к должнику. Сопоручитель, исполнивший обязательство по договору поручительства, может предъявить к должнику требование об исполнении обязательства, права по которому перешли к сопоручителю в соответствии с абзацем четвертым статьи 387 ГК РФ. До исполнения

должником обязательства сопоручитель, исполнивший договор поручительства, вправе предъявить регрессные требования к каждому из других сопоручителей в сумме, соответствующей их доле в обеспечении обязательства. Названные доли предполагаются равными (подпункт 1 пункта 2 статьи 325 ГК РФ), иное может быть предусмотрено договором о выдаче поручительства или соглашением сопоручителей. При этом доля поручителя, признанного банкротом, распределяется на остальных сопоручителей (статья 325 ГК РФ). К сопоручителям, уплатившим свои доли полностью или в части, переходит требование к должнику в соответствующей части.

Уплата должником всей суммы долга сопоручителю, полностью исполнившему договор поручительства, по смыслу статьи 329 ГК РФ прекращает его регрессные требования к другим сопоручителям.

28. Если несколько поручительств были даны по различным договорам поручительства раздельно друг от друга, то исполнение, произведенное одним из поручителей, влечет за собой переход к нему всех прав, принадлежавших кредитору (статья 387 ГК РФ), в том числе и обеспечивающих обязательство требований к каждому из других поручителей о солидарном с должником исполнении обеспеченного обязательства. Иное может быть предусмотрено соглашением между поручителями.

29. Пока не доказано иное, судам следует исходить из того, что сопоручители, ограничившие свою ответственность перед кредитором только частью долга, обеспечили различные части обязательства должника.

30. Согласно пункту 1 статьи 365 ГК РФ к поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том числе если поручитель произвел исполнение обязательства за должника лишь в части. В последнем случае кредитор и поручитель становятся созалогодержателями, имеющими равные права на удовлетворение своих требований из стоимости заложенного имущества.

Вместе с тем судам необходимо принимать во внимание обеспечительный характер обязательства поручителя. Поэтому поручитель не может осуществить перешедшее к нему право во вред кредитору, получившему лишь частичное исполнение (например, препятствовать обращению взыскания на предмет залога и т.п.). Кредитор, напротив, может самостоятельно осуществлять свои права в отношении остальной части своего требования преимущественно перед поручителем.

Судам также следует иметь в виду, что порядок и очередность удовлетворения требований кредитора и поручителя (поручителей) могут определяться соглашением между ними.

31. В соответствии со статьей 366 ГК РФ должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан немедленно известить об этом поручителя. В противном случае поручитель, исполнивший обязательство перед кредитором, по своему выбору вправе предъявить регрессное требование к должнику либо взыскать с кредитора неосновательно полученное.

Возмещению также подлежат расходы, понесенные поручителем в связи с исполнением обязательства перед кредитором.

32. Если обязательство должника было обеспечено поручительством частично, считается, что произведенный должником платеж прекращает обязательство в необеспеченной части.

Если между должником и кредитором существовало несколько обязательств, одно из которых было обеспечено поручительством, а другое — нет, и должник не указал, какое из обязательств он исполняет, считается, что им исполнено необеспеченное обязательство.

33. В соответствии с пунктом 4 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается по истечении указанного в договоре срока, на который оно дано. Если такой срок не установлен, оно прекращается, если в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства кредитор не предъявит иска к поручителю.

Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования (в том числе по требованиям о возмещении вреда, возврате неосновательного обогащения), поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства, если договором поручительства не установлен иной срок для предъявления кредитором требований к поручителю.

Если поручительством обеспечивается обязательство, срок исполнения которого в момент заключения договора поручительства наступил и которое не исполнено должником, то при отсутствии иного указания в договоре поручительства оно прекращается, если кредитор в течение года со дня заключения договора поручительства не предъявит иска к поручителю.

Названные сроки считаются соблюденными кредитором, если он заявил требование ликвидационной комиссии в ходе процедуры

ликвидации поручителя — юридического лица или подал заявление об установлении требований в деле о банкротстве поручителя.

Судам необходимо учитывать, что указанные сроки не являются сроками исковой давности, к ним не подлежат применению положения главы 12 ГК РФ.

34. Предъявление кредитором требования к должнику о досрочном исполнении обязательства не влияет на течение срока действия поручительства, так как поручитель отвечает перед кредитором до истечения срока действия поручительства, установленного в договоре поручительства.

В случае если у кредитора, требования которого обеспечены поручительством, не содержащим условие о сроке его действия, возникло право потребовать досрочного исполнения обязательства (например, в соответствии с пунктом 2 статьи 811 ГК РФ), годичный срок для предъявления требования к поручителю исчисляется со дня, когда кредитор предъявил к должнику требование о досрочном исполнении обязательства, если только иной срок или порядок его определения не установлен договором поручительства.

Условие договора о действии поручительства до фактического исполнения обеспечиваемого обязательства не может рассматриваться как устанавливающее срок действия поручительства, поскольку не соответствует требованиям статьи 190 ГК РФ. В данном случае подлежит применению предложение второе пункта 4 статьи 367 ГК РФ.

35. В соответствии с пунктом 1 статьи 363 ГК РФ при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

Применяя указанное положение ГК РФ, суды должны исходить из следующего. Если поручитель и основной должник отвечают солидарно, то для предъявления требования к поручителю достаточно факта неисполнения либо ненадлежащего исполнения обеспеченного обязательства, при этом кредитор не обязан доказывать, что он предпринимал попытки получить исполнение от должника (в частности, направил претензию должнику, предъявил иск и т.п.).

При субсидиарном характере ответственности поручителя (статья 399 ГК РФ) для предъявления требования к нему кредитору достаточно доказать, что должник отказался исполнить обязательство, обеспеченное поручительством, либо не ответил в разумный срок на предложение исполнить обязательство.

Судам также следует учитывать, что договором поручительства может быть предусмотрено, что кредитор получает право на предъявление требований к поручителю только после наступления определенных обстоятельств (например, в случае неисполнения должником обязательства в течение срока, установленного для исполнения исполнительного документа о взыскании задолженности основного должника в пользу кредитора, либо только в случае признания должника банкротом).

36. Если обязательство, по которому выдано поручительство, было обеспечено другим поручительством, залогом, банковской гарантией и т.п., то судам следует исходить из того, что прекращение иных обеспечительных сделок само по себе не прекращает поручительство. Иное может быть предусмотрено договором поручительства.

37. В соответствии с пунктом 1 статьи 367 ГК РФ поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства, а также в случае изменения этого обязательства, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего.

Применяя названные положения ГК РФ, суды должны учитывать их цель, состоящую в защите поручителя от неблагоприятных изменений основного обязательства, а не в создании для него необоснованных преимуществ в виде прекращения поручительства и в том случае, если основное обязательство было изменено без каких-либо неблагоприятных последствий для поручителя, хотя бы и без согласия последнего.

В этой связи изменение основного обязательства (в случае увеличения суммы долга должника перед кредитором, размера процентов по денежному обязательству) само по себе не ухудшает положение поручителя и не прекращает поручительство, так как в данном случае поручитель отвечает перед кредитором на первоначальных условиях обязательства, обеспеченного поручительством, как если бы изменения обязательства не произошло. Обязательство в измененной части не считается обеспеченным поручительством.

При не согласованном с поручителем сокращении или увеличении срока исполнения обязательства, обеспеченного поручительством, поручительство также сохраняется, а поручитель отвечает перед кредитором до истечения сроков, определяемых в соответствии с пунктом 4 статьи 367 ГК РФ с учетом первоначальных условий обязательства.

Если поручитель докажет, что выдача поручительства за должника была обусловлена иными обстоятельствами, чем наличие общего с должником экономического интереса (например, систематическая

выдача поручительств за вознаграждение является одним из видов предпринимательской деятельности поручителя), и в результате не согласованного с ним изменения условий обеспеченного обязательства оно стало заведомо неисполнимым, поручительство прекращается (пункт 1 статьи 367 ГК РФ). Однако если будет установлено, что поручитель знал или должен был знать о таких изменениях обязательства, но не выражал своего несогласия с ними, он отвечает на первоначальных условиях обеспеченного обязательства.

38. Применяя положения пункта 1 статьи 367 ГК РФ, суды должны учитывать, что изменение соглашением кредитора и должника подсудности спора государственному суду не прекращает поручительство; иное может быть предусмотрено договором поручительства.

Ухудшение положения должника вследствие совершения кредитором действий, направленных на защиту своего права (например, предъявление требования о досрочном исполнении обязательства), переход прав кредитора по обязательству, выраженному в иностранной валюте, к лицу, не имеющему права получать платежи в иностранной валюте, возникновение у поручителя дополнительных обязанностей, установленных нормами публичного права (содержащихся в законодательстве о банках и банковской деятельности, о защите конкуренции, о валютном контроле, о рынке ценных бумаг и проч.), отзыв лицензии у должника также не влекут за собой прекращение поручительства по основанию, установленному пунктом статьи 367 ГК РФ.

Все дополнительные издержки поручителя, возникшие в названных случаях, подлежат возмещению должником в соответствии с пунктом 1 статьи 365 ГК РФ.

Заключение между кредитором и должником соглашения о рассмотрении дела в третейском суде или в суде иностранного государства, изменение должником и кредитором права, примененного к отношениям сторон обеспеченного обязательства, могут служить основаниями для вывода об ухудшении положения поручителя и связанном с этим прекращении поручительства (за исключением случаев, когда будет доказана согласованность действий должника и поручителя при выдаче поручительства). При этом поручитель должен доказать, в чем состоит возможное нарушение его прав и законных интересов. Если в указанных случаях суд не признал поручительство прекратившимся, но у поручителя в последующем возникнут дополнительные издержки, связанные с согласованием должником и кредитором названных изменений, они подлежат возмещению кредитором и должником солидарно.

Судам также следует учитывать, что в договоре поручительства могут быть определены иные последствия наступления обстоятельств, указанных в настоящем пункте (например, с наступлением данных обстоятельств может связываться прекращение либо сохранение поручительства).

39. При рассмотрении вопроса о действительности договора поручительства, заключенного индивидуальным предпринимателем без согласия супруга, судам необходимо исходить из следующего. Согласно пункту 3 статьи 256 ГК РФ, пункту 1 статьи 45 Семейного кодекса Российской Федерации по обязательствам одного из супругов взыскание может быть обращено лишь на имущество этого супруга. При недостаточности этого имущества кредитор вправе требовать выдела доли должника, которая причиталась бы ему при разделе общего имущества супругов, для обращения на нее взыскания. В связи с изложенным заключение индивидуальным предпринимателем договора поручительства без согласия супруга не нарушает права супруга поручителя и потому не является основанием для признания поручительства недействительной сделкой.

40. Судам следует учитывать, что в случае если исполненный поручителем договор поручительства будет признан недействительной сделкой и судом будут применены последствия недействительности сделки в виде возврата всего переданного по сделке, кредитор обязан возвратить поручителю все полученное от него (статья 167 ГК РФ). Предъявленные в такой ситуации поручителем к должнику требования, основанные в том числе на положениях главы 60 ГК РФ, не подлежат удовлетворению, так как недействительность договора поручительства не затрагивает отношений кредитора и должника (пункт 2 статьи 329 ГК РФ) и последний не извлекает выгоду из действий поручителя, поскольку его обязательство перед кредитором не прекратилось.

41. В связи с тем, что поручительство комиссионера за исполнение сделки третьим лицом (делькредере) не является разновидностью поручительства, к отношениям по делькредере не могут применяться положения параграфа 5 главы 23 ГК РФ («Поручительство»). Однако в случае если права по сделке, заключенной комиссионером, были уступлены комитенту (пункт 2 статьи 993 ГК РФ), к отношениям между комитентом и комиссионером, принявшим на себя делькредере, применяются положения ГК РФ о поручительстве, которое считается возникшим с момента уступки комитенту прав по сделке.

II. Особенности применения положений о поручительстве по облигациям

42. При рассмотрении споров, связанных с поручительством по облигациям (статья 27.4 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее – Закон о рынке ценных бумаг)), судам необходимо учитывать следующее.

По смыслу положений статей 809 и 816 ГК РФ, а также в соответствии с подзаконными нормативными актами в сфере рынка ценных бумаг порядок определения дохода по облигациям может устанавливаться в виде формулы с переменными (курс определенной иностранной валюты, котировка определенной ценной бумаги у организатора торговли на рынке ценных бумаг и др.), значения которых не могут изменяться в зависимости от усмотрения эмитента, либо путем указания на то, что размер процента (купона) или порядок его определения в виде формулы с переменными, значения которых не могут изменяться в зависимости от усмотрения эмитента, определяется уполномоченным органом управления эмитента.

В связи с изложенным при изменении размера дохода, выплачиваемого держателям облигаций, поручитель по таким облигациям, обеспечивший обязательство по выплате дохода по облигации, не может ссылаться на прекращение поручительства согласно пункту 1 статьи 367 ГК РФ, так как он отвечает по обязательствам эмитента перед облигационерами в полном объеме.

43. По смыслу статьи 27.4 Закона о рынке ценных бумаг поручитель по облигациям отвечает также и за исполнение эмитентом всех обязательств, вытекающих из решения о выпуске и проспекта эмиссии облигаций, в том числе обязательств, возникающих у эмитента облигаций перед их держателями в связи с предъявлением ими требования о досрочном погашении облигаций либо их выкупе, включая возмещение убытков, причиненных держателям облигаций.

При этом судам необходимо учитывать, что переход прав, удостоверенных облигацией, к третьему лицу влечет за собой одновременный переход всех требований, которые могут быть заявлены к поручителю по облигации (статья 384 ГК РФ), соглашение об ином является ничтожным (абзац третий пункта 1 статьи 27.2 Закона о рынке ценных бумаг).

44. Признание договора о выдаче поручительства, заключенного между эмитентом облигаций и поручителем, недействительным не является основанием для прекращения обязательств поручителя перед владельцами облигаций.

45. Судам следует иметь в виду, что поручитель, приобретший облигации, исполнение обязательств по которым было обеспечено его поручительством, и впоследствии передавший их третьим лицам, продолжает отвечать перед облигационерами за исполнение эмитентом обязательств по ним в соответствии с условиями поручительства. Положения статьи 413 ГК РФ в данном случае применению не подлежат.

III. Особенности применения положений о поручительстве при рассмотрении дел о банкротстве

46. Введение процедуры наблюдения в отношении поручителя или признание его банкротом может свидетельствовать об ухудшении условий обеспечения и являться основанием для заявления кредитором к основному должнику требования о досрочном исполнении обеспечиваемого обязательства по возврату суммы займа или кредита на основании статьи 813 и пункта 2 статьи 819 ГК РФ.

Данное правило применяется также и в случае обеспечения поручительством коммерческого кредита (пункт 2 статьи 823 ГК РФ).

47. Требование кредитора к поручителю является денежным (абзац четвертый статьи 2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве)) и может являться основанием для возбуждения дела о банкротстве, при этом наличие у данного кредитора также иного обеспечения того же обязательства (например, залога) не является препятствием для этого.

48. Требование к поручителю может быть установлено в деле о банкротстве лишь при условии, что должником по обеспеченному поручительством обязательству допущено нарушение указанного обязательства (пункт 1 статьи 363 ГК РФ).

В частности, названное право возникает у кредитора в том случае, когда основной должник признан банкротом, поскольку согласно пункту 1 статьи 126 Закона о банкротстве с даты признания его банкротом срок исполнения его обязательств считается наступившим.

49. При предъявлении кредитором требования в деле о банкротстве поручителя к участию в его рассмотрении может быть привлечен в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора (статья 51 АПК РФ), должник по основному обязательству. В аналогичной ситуации к участию в рассмотрении в деле о банкротстве основного должника требования к нему

может быть привлечен в установленном порядке в таком же качестве его поручитель.

Указанные третьи лица в части рассмотрения соответствующего требования обладают необходимыми процессуальными правами в деле о банкротстве, в том числе на участие в судебных заседаниях и обжалование судебных актов.

50. При возбуждении дела о банкротстве поручителя, рассмотрении обоснованности заявления о признании поручителя банкротом и установлении требований к поручителю судами должна учитываться правовая природа обеспеченных поручительством требований, обращенных к должнику в основном обязательстве. В частности, обеспеченные поручительством суммы неустоек или убытков в форме упущенной выгоды в силу абзаца четвертого пункта 2 статьи 4 Закона о банкротстве не учитываются при определении наличия признаков банкротства поручителя, а также на основании пункта 3 статьи 137 того же Закона учитываются отдельно в реестре требований кредиторов поручителя и подлежат удовлетворению после погашения основной суммы задолженности и причитающихся процентов.

51. Кредитор вправе требовать возбуждения как дела о банкротстве основного должника, так и поручителя.

Кредитор имеет право на установление его требований как в деле о банкротстве основного должника, так и поручителя (в том числе если поручитель несет субсидиарную ответственность), а при наличии нескольких поручителей – и в деле о банкротстве каждого из них.

Если требования кредитора уже установлены в деле о банкротстве основного должника, то при заявлении их в деле о банкротстве поручителя состав и размер требований к поручителю определяются по правилам статьи 4 Закона о банкротстве, исходя из даты введения процедуры банкротства в отношении основного должника.

52. Имея в виду право поручителя покрыть свои имущественные потери за счет требования кредитора к основному должнику, которое переходит к поручителю на основании пункта 1 статьи 365 ГК РФ, а также принимая во внимание необходимость добросовестного поведения в имущественном обороте, суды должны исходить из того, что кредитору до закрытия реестра требований кредиторов следует обратиться с заявлением об установлении его требований в деле о банкротстве основного должника. Если будет установлено, что кредитор не совершал названных действий и это повлекло либо может повлечь негативные последствия для поручителя в будущем, например, в виде пропуска срока, установленного пунктом 1 статьи 142 Закона о банкротстве, на что поручи-

тель ссылается в порядке статьи 364 ГК РФ, в иске к поручителю (либо во включении требования кредитора в реестр требований кредиторов поручителя) может быть отказано (статья 10 ГК РФ).

Если требования кредитора к поручителю удовлетворены решением суда, вступившим в законную силу, которое не исполнено, то поручитель имеет право заявить в деле о банкротстве должника свое будущее требование, которое может у него возникнуть после исполнения судебного акта (пункт 1 статьи 365 ГК РФ), при соблюдении следующих условий: кредитор не заявил указанное требование сам и поручитель принимал необходимые меры для исполнения решения суда, но не смог его исполнить по уважительным причинам; о рассмотрении требования поручителя также подлежит извещению кредитор.

Если названное требование поручителя будет признано обоснованным и включено в реестр требований кредиторов должника, кредитор вправе в любое время до завершения расчетов вступить в дело о банкротстве и получить исполнение в счет средств, присужденных судом поручителю, в пределах сохраняющейся задолженности должника перед кредитором.

Выплата из конкурсной массы в пользу поручителя может быть произведена только после предоставления им доказательств перехода к нему прав кредитора на основании пункта 1 статьи 365 ГК РФ.

53. Если требования кредитора включены в реестр требований кредиторов в деле о банкротстве поручителя, а должник по основному обязательству производит выплату в погашение долга, то с учетом акцессорного характера обязательства поручителя (пункт 1 статьи 367 ГК РФ) в реестр требований кредиторов поручителя должна быть внесена отметка о погашении требований кредитора (полностью или в соответствующей части) в связи с прекращением обязательства поручителя (с учетом разъяснений, данных в пункте 32 настоящего постановления). Такая запись в реестре требований кредиторов производится арбитражным управляющим на основании документов, подтверждающих указанный платеж, в том числе по своей инициативе. Если ведение реестра требований кредиторов передано реестродержателю, данная запись вносится реестродержателем на основании заявления арбитражного управляющего, который при подаче такого заявления проверяет полноту и достоверность документов, подтверждающих факт платежа.

Разногласия между заинтересованными лицами могут быть переданы на рассмотрение суда в общем порядке (пункт 1 статьи 60 Закона о банкротстве).

Право голоса на собрании кредиторов поручителя в этом случае утрачивается у кредитора с момента прекращения его требования, а не с момента внесения в реестр отметки о его погашении. Решение собрания, в котором принимал участие такой кредитор, может быть признано судом недействительным по заявлению кредитора, не принимавшего участия в голосовании или голосовавшего против оспариваемого решения. При этом суд вправе с учетом всех обстоятельств дела оставить в силе обжалуемое решение, если голосование кредитора, не имевшего права на участие в собрании, не могло повлиять на результаты голосования и решение не повлекло неблагоприятных последствий для кредиторов.

54. Если процедуры банкротства применяются и к должнику по основному обязательству, и к поручителю, судам необходимо принимать во внимание следующее.

Конкурсный управляющий основного должника, произведший выплату кредитору, в силу статьи 366 ГК РФ обязан немедленно известить об этой выплате известного ему поручителя, арбитражного управляющего поручителя и арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве поручителя.

Конкурсный управляющий поручителя, произведший выплату кредитору, обязан в интересах формирования конкурсной массы незамедлительно обратиться с заявлением о процессуальном правопреемстве в деле о банкротстве основного должника, за исключением случаев, когда такие действия являются явно нецелесообразными или признаны таковыми решением собрания кредиторов.

55. Если поручитель заплатил кредитору до того, как последний подал заявление об установлении его требований в деле о банкротстве основного должника, в той части требования, которая соответствует исполнению поручителя, в удовлетворении указанного заявления должно быть отказано, поскольку право первоначального кредитора в этой части перешло к поручителю (пункт 1 статьи 365 ГК РФ).

Если поручитель исполняет обязательство после того, как кредитор обратился с заявлением об установлении его требований, суд по заявлению нового кредитора (поручителя) выносит определение о процессуальном правопреемстве.

56. Поскольку исполнение поручителем своего обязательства перед кредитором не влечет негативных имущественных последствий для должника, заключение договора поручительства не приводит к преимущественному удовлетворению одного из кредиторов основного должника по обязательству, обеспеченному поручительством, в том

смысле, в котором Закон о банкротстве определяет понятие сделки с предпочтением (статья 61.3).

57. По смыслу абзаца третьего пункта 2 статьи 64 Закона о банкротстве изменение условий договора поручительства, а также дача согласия на изменение основного обязательства или согласия отвечать за нового должника (пункты 1 и 2 статьи 367 ГК РФ) подлежат согласованию с временным управляющим поручителя.

Научное издание

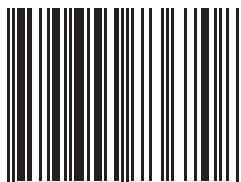
САРБАШ Сергей Васильевич

ПОРУЧИТЕЛЬСТВО

**Комментарий к постановлению Пленума
Верховного Суда Российской Федерации
от 24 декабря 2020 г. № 45**

«О некоторых вопросах разрешения споров о поручительстве»

ISBN 978-5-6047367-0-8



9 785604 736708