Тема: ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ.

1.Понятие обязательств и обеспечения их исполнения.

2. Способы обеспечения исполнения обязательств.

3. ЗАДАЧИ.

ВВЕДЕНИЕ.

В настоящее время положение с договорной дисциплиной в стране можно охарактеризовать как катастрофическое. Масштаб неисполнения обязательств по договорам достиг уже такого уровня , что добросовестные предприниматели стали "белыми воронами ". В предпринимательской среде факт безукоризненного исполнения взятых на себя обязательств вызывает удивление , а порой и насмешки иных "бизнесменов".

Адвокатская практика показывает , что несмотря на такое положение , многие предприниматели не только не прибегают к законным способам обеспечения своих интересов, но и не знают о таких способах. Все это вызывает большие трудности у юристов в защите интересов добросовестных предпринимателей , а зачастую приводит и к невозможности возмещения убытков.

Между тем действующее законодательство предоставляет достаточно широкие возможности для защиты интересов добросовестной стороны от неисправного должника. Одним из таких институтов , в определенной степени гарантирующим

предпринимателя от убытков, является институт обеспечения исполнения обязательств.

С введением в действие с 1 января 1995 года части первой ГК РФ спектр способов обеспечения исполнения обязательств расширился и представляет собой достаточно эффективный и разнообразный механизм , позволяющий добиться исполнительности сторон при реализации их прав и обязанностей.

Гражданский кодекс РФ в главе 23 содержит перечень из шести таких мер (способов). В 53 статьях ГК (с 329 по 381) детально регулируется правовой режим их осуществления . Кроме того , законодатель не делает этот перечень исчерпывающим (закрытым), устанавливая , что законом или договором могут быть предусмотрены и другие способы.

Исполнение обязательств может обеспечиваться следующими мерами: неустойкой ;залогом; удержанием имущества должника; поручительством; банковской гарантией; задатком.

1. *Обязательное право* является наиболее крупной подотраслю гражданского законодательства. Содержащиеся в нем правовые нормы регулируют обширный круг общественных отношений , связанных с приобретением товаров в собственность , сдачей имущества в аренду , удовлетворением потребностей граждан в жилье, сооружением производственных и социально-культурных объектов

, перевозкой грузов, пассажиров и багажа, оказанием услуг, кредитованием и расчетами,страхованием , совместной деятельностью, использованием произведений науки, литературы и искусства, охраной жизни, здоровья и имущества граждан и имущества юридических лиц и т.д.

Все многочисленные отношения , регулируемые обязательственным правом охватываются понятием *отношений экономического оборота .* Отношениями экономического оборота опосредуется перемещение только таких материальных благ , которые выступают в форме товара. Поэтому под *отношениями экономического оборота следует понимать отношения , которые устанавливаются в процессе товарного перемещения материальных благ.* Именно эти отношения и составляют предмет обязательственного права.

В результате правового регулирования отношения экономического оборота приобретают правовую форму и становятся обязательственными правоотношениями. В гражданском праве обязательственные правоотношения принято именовать **обязательствами** .

Обязательства тесно связаны с правоотношениями собственности , и в реальной жизни наблюдается их постоянное взаимодействие. Реализация собственником правомочия распоряжения ведет к возникновению обязательственного правоотношения, а исполнение обязательств нередко вызывает к жизни правоотношение собственности. Так, осуществляя правомочие распоряжения, собственник заключает договор купли-продажи, из которого возникает обязательство между собственником(продавцом) и покупателем. Покупатель, принимая по обязательству вещь от продавца, становится ее собственником и участником правоотношения собственности и т.д. Вместе с тем между правоотношением собственности и обязательством имеются существенные различия. Правоотношения собственности опосредуют процесс присвоения материальных благ и в силу этого носят абсолютный харрактер. Обязательства же опосредуют процесс перемещения материальных благ от одного лица к другому и поэтому всегда устанавливаются между строго определенными лицами, т.е. приобретают относительный характер. Обязательство

не создает обязанностей для лиц , не участвующих в нем в качестве сторон (для третих лиц) (п. 3 ст.308 ГК).

Как и в любом правоотношении , в обязательстве участвуют две стороны: *управомоченная и обязанная.* Поскольку перемещение материальных благ невозможно без активных действий, управомоченная в обязательственном правоотношении сторона наделена правом требовать от обязаннной стороны совершения определенных активных действий. В свою очередь, на обязанную сторону в обязательственном правоотношении возлагается обязанность совершить эти активные действия. В правоотношении же собственности управомоченная сторона (собственник) может требовать от обязанных лиц лишь пассивного воздержания от определенных действий. Принадлежащее управомоченной в обязательстве стороне субъективное право принято именовать *правом требования,* а сама управомоченая сторона именуется *кредитором.* Обязанная сторона в обязательстве называется должником, а лежащая на нем обязаннность - *долгом.*

Право требования кредитора и долг должника составляют *юридическое содержание* обязательственного правоотношения. В качестве объекта обязательства выступают действия должника .

Таким образом, **обязательство- это относительное правоотношение , опосредуещее товарное перемещение материальных благ, в котором одно лицо(должник) по требованию другого лица ( кредитора )** **обязано совершить действия по представлению ему определенных материальных благ.**

В отличии от приведенного доктриального определения обязательства его легальное определение сформулировано в ст.307 ГК следующим образом: в силу обязательства одно лицо (должник ) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как то : передать имущество , выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности. Недостаток этого определения состоит в том, что оно позволяет подвести под понятие "обязательство" практически любое относительно е правоотношение.

Исполнению обязательств способствуют специальные меры , именуемые *способами обеспечения исполнения обязательств.* Они состоят в возложении на должника дополнительных обременений на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, либо в привлечении к исполнению обязательства наряду с должником третьих лиц, как это происходит, например, при поручительстве, либо в резервировании имущества , за счет которого может быть достигнуто исполнение обязательства (задаток,залог), либо в выдаче обязательства уполномоченными на то органами по оплате определенной денежной суммы (банковская гарантия).

Под способами обеспечения исполнения обязательств подразумеваются *специальные меры , которые в достаточной степени гарантируют исполнение основного обязательства и стимулируют должника к надлежащему поведению[[1]](#footnote-1).*

Способы, стимулирующие надлежащее исполнение сторонами возложенных на них обязательств, определяются законодательством или устанавливаются соглашением сторон.

Большинство из способов обеспечения исполнения обязательств носят зависимый от основного обязательства характер и при недействительности основного обязательства и при недействительности основного обязательства или прекращении его действия прекращают свое существование . Однако законодательством предусмотрены и такие способы обеспечения , которые могут быть самостоятельными, например банковская гарантия.

Способы , обеспечивающие исполнение обязательств, устанавливаются в интересах кредитора, Хотя и не все способы обеспечения относятся к санкциям, но все они прямо или косвенно создают дополнительные обременения для должника. Так, при залоге кредитор за счет заложенного имущества должника вправе погасить свои претензии к нему . Но за счет этого же имущества могут быть погашены и дополнительные требования кредитора по уплате неустойки, возмещению убытков и пр.

Избранный сторонами способ обеспечения исполнения обязательства должен быть письменно зафиксирован либо в самом обязательстве, на обеспечение которого он направлен , либо в дополнительном ( или специальном) соглашении. Некоторые из способов требуют не просто письменной, но и нотариально удостоверенной формы их совершения и даже специальной регистрации (залог, банковская гарантия).

Все способы обеспечения носят обязательственно -правовой характер и имеют своей целью содействие исполнению обязательства , оказавшегося основанием их установления. Но средства достижения цели надлежащего исполнения основного обязательства различны. В некоторых ситуациях желание избежать ответственности (уплаты штрафных санкций) стимулирует должника к надлежащему исполнению основного обязательства, в других опасность лишиться имущества (залог, удержание), даже если это и не сопровождается какими-то дополнительными обременениями, побуждает должника к тому же. В зависимости от того , что составляет содержание способа обеспечения исполнения основного обязательства - только ли достижение с его помощью исполнения основного обязательства или также возложение на должника дополнительного обременения, - способы обеспечения либо относятся к мерам ответственности , либо таковыми не признаются. Так, неустойка относится к мерам гражданско -правовой ответственности , а залог , поручительство,банковская гарантия мерами ответственности не являются. По действующему законодательству исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законами и договорами.(п.1 ст.329 ГК ).

Стоит отметить , что такие способы , как неустойка, залог, поручительство и задаток, являются традиционными. Что касается двух других - банковская гарантия и удержания, то здесь дело обстоит иначе. Удержание имущества должника совершенно новый для отечественного законодательства способ обеспечения исполнения обязательств.

Существенным является и то, что действующий ГК содержит примерный, а не исчерпывающий, как было в ГК 1964 г., перечень способов обеспечения исполнения обязательств. Поэтому наряду с предусмотренными законом способами обеспечения исполнения обязательств сторонами могут предусматриваться иные способы, например товарная неустойка. Обеспечительными свойствами обладают некоторые формы безналичных расчетов: акредитив, инкассо, безакцептное списание , предоплата и др. Определенные обеспечительные качества присущи некоторым видам договоров, в частности договорам страхования, кредита, лизинга, факторинга и др.

Расширен круг случаев , когда в качестве субъектов, участвующих в обеспечении основного обязательства, выступают не только его стороны, но и третьи лица. Именно так складываются отношения при банковской гарантии.

В юридической литературе предложена следующая классификация способов обеспечения обязательств, которая имеет и практическое значение.

Первая группа обособляется по признаку наступления невыгодных последствий для неисправной стороны (неустойка и задаток)

Для второй группы характерно выделение из иммущества должника обособленной части, на которую в в случае неисполнения обязательства сможет обратить взыскание , причем в приоритетном порядке по отношению к другим кредиторам.

Третья группа отличается привлечением других лиц к обеспечению обязательств должника. В этом случае такие лица отвечают вместе с должником или вместо должника (поручительство и банковская гарантия).

Четвертым классифицирующим признаком являются так называемые меры оперативного воздействия (удержание)

2. ***НЕУСТОЙКА*** В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения своих обязанностей перед кредитором должник несет ответственность,установленную законодательством или договором. Нарушение обязательств влечет, прежде всего , его обязанность возместить кредитору причиненные этим нарушением убытки (п. 1 ст. 393 ГК).

Нередко нарушение обязательств влечет за собой не только возмещение должником причиненных убытков, но и уплату им неустойки, установленной законодательством или договором.

Согласно ст.330 ГК неустойкой признается : **определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.**  В зависимости от оснований установления различают законную и договорную неустойку. *Договорную неустойку* устанавливают сами стороны. К *законной* относится неустойка, устанавливаемая законом. Применение законной неустойки не зависит от воли сторон. Законная неустойка подлежит применению в случаях, когда условие о неустойки не включено в договор или размер договорной неустойки меньше размера неустойки, установленной законом. Стороны не могут своим соглашением уменьшить размер законной неустойки, но при отсутствии прямого запрета в законе могут увеличить размер законной неустойки (ст.332 ГК).Однако , если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерно последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку (ст.333 ГК ) , но не может полностью освободить должника от ее уплаты.

Неустойка - весьма распространенный способ обеспечения исполнения обязательств, но вместе стем это и мера гражданско - правовой ответственности . Основания возникновения обязанности по уплате неустойки совпадают с основаниями возложения на должника гражданско-правовой ответственности. Кредитор не вправе требовать уплаты неустойки , если должник не несет ответственности за нарушение обязательства. Если законом или договором не предусмотренно иное , лицо, нарушившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что это произошло вследствие непреодолимой силы (ст.401 ГК).

В значении синонима термина "неустойка" законом употреблены слова "штраф" и "пеня". Штраф и пеня - это денежные суммы, взыскиваемые в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства. Различие состоит в способе исчисления и уплаты неустойки. *Штраф* - однократно взыскиваемая неустойка , определяемая в твердой денежной сумме либо в процентах к определенной величине. *Пеня* - неустойка, взыскиваемая нарастающим итогом за каждый день просрочки с исполнением обязательства.

В зависимости от возможности сочетания неустойки с возмещением убытков закон различает четыре вида неустойки (ст.394 ГК):

 *Зачетная* неустойка позволяет кредитору помимо неустойки требовать возмещения убытков в части , не покрытой неустойкой, т.е. с зачетом неустойки.

 При *штрафной* неустойке кредитор вправе требовать возмещения в полном объеме причиненных убытков и, сверх того , уплаты неустойки.

 *Исключительная неустойка,* в отличии от штрафной, устраняет право на взыскание убытков.

 *Альтернативная* неустойка предусматривает право потерпевшей стороны взыскать либо неустойку, либо убытки.

При взыскании неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков.

По отдельным видам обязательств и по обязательствам , связанным с определенными родами деятельности , законом может быть ограниченно право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность) . В настоящее время ограниченную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств несут, в частности , органы связи и транспорта. В случае ограниченной ответственности убытки , подлежащие возмещению в части , не покрытой неустойкой, либо сверх ее, либо вместо нее, могут быть взысканы до пределов, установленных, таким ограничением (п." Ст.394 ГК).

 **ЗАЛОГ.**

*Залог -* способ обеспечения обязательства , при котором кредитор - залогодержатель приобретает право в случае неисполнения должником обязательства получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами за изъятиями, предусмотренными законом.

На протяжении многих лет велась полемика относительно того , является ли право залога вещным или обязательным правом. Действующий ГК выделил залог в отдельный правовой институт и признал за ним значение обеспечительного обязательства (гл.23 "Обеспечение исполнения обязательств")

Предусмотрены два способа возникновения залогового правоотношения - *в силу договора и на основании закона* при наступлении указанных в нем обстоятельств, т.е. если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения какого обязательства признается имуществом, находящимся в залоге. Так , согласно п.5 ст. 488 ГК, если иное непредусмотрено договором купли - продажи, с момента передачи товара покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит , признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара. При передаче под выплату ренты земельного участка или другого недвижимого имущества получатель ренты в обеспечение обязательства плательщика ренты приобретает право залога на это имущество (п.1 ст.587 ГК). Плательщик ренты вправе отчуждать , сдавать в залог или инным способом обременять недвижимое имущество , переданное ему в обеспечение пожизненного содержания , только с предварительного согласия получателя ренты (ч.1 ст.604 ГК). Правила ГК о залоге в силу договора соответственно применяются к залогу ,возникающему на основании закона , если законом не установленно иное.

Cуществуют *два основных вида залога* : 1) залог с передачей имущества залогодержателю (заклад); 2) залог с оставлением имущества у залогодателя. Выбор вида залога зависит обычно от соглашения сторон.

**Закладом** признается договор о залоге, по условиям которого заложенное имущество (вещь) передается залогодержателю во владение (ст.49 п.1). При закладе задоженное имущество поступает во владение залогодержателя, который может пользоваться предметом заклада, если это предусмотрено договором. Когда пользование сопровождается извлечением доходов, то все, что приобретается таким образом , должно направляться на покрытие расходов по содержанию заложенного имущества либо засчитываться в погашение обеспеченного закладом долга (процентов по долгу).

При закладе возможности залогодателя , связанные с распоряжением заложенной вещью, ограниченны, поскольку вещь передается во владение залогодержателя либо находится у залогодателя под замком, печатью или с иными знаками, свидетельствующими о том, что данное имущество находится в закладе(твердый заклад).

*Предметом*  залога может быть любое имущество , за исключением вещей, изъятых из оборота (ст.336 ГК). В состав имущества, которое может быть использовано в качестве залога, включаются по сути все то, что имеет или должно иметь денежный эквивалент (вещи, деньги, ценные бумаги, транспортные средства, недвижимость и т.), т.е. любое материальное благо , на которое при необходимости может быть обращено взыскание. Так , в качестве предмета залога могут приниматься казначейские обязательства с регистрацией факта залога в уполномоченном депозитарии; банки имеют право на предоставление ссуд под залог облигаций государственного республиканского внутреннего займа; уполномоченные банки могут предоставлять кредиты под залог валютных ценностей; собственники недвижимости, граждане , имеющие , земельный участок для ведения крестьянского хозяйства в собственности, вправе заложить земельный участок в земельный банк и т.п. Нет запрета и для залога денег. В соответствии с Положением об использовании залога таможенными органами РФ, утвержденным приказом ГТК от 22 февраля 1994 г., предметом залога могут быть товары, в том числе валюта, валютные ценности, ценные бумаги, а также автотранспортные средства.

Приведенный перечень предметов, которые могут передаваться в залог , не является исчерпывающим. Законодателем допускается и залог таких вещей, которые могут возникнуть в будущем, например залог будущего урожая, приплода скота и т.п.

Залог обеспечивает требование в том объеме , какой существует к моменту удовлетворения. Залогом обеспечиваются основной долг , расходы кредитора , связанные с содержанием имущества, с оплатой процентов, с организацией публичной распродажи имущества, и прочие убытки кредитора, если они, если они проистекают от неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства, обеспеченного залогом.

Правоотношения , вытекающие из залога , имеют своим основанием, как правило договор. Договор о залоге может быть самостоятельным , т.е. отдельным по отношению к договору , по которому возникает обеспеченное залогом обязательство, но условие о залоге может быть включено и в основной договор.

*Существенными условиями* договора о залоге являются предмет залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, а также условие о том , у какой из сторон , залогодателя или залогодержателя, находится заложенное имущество. Если сторонами не достигнуто соглашение хотя бы по одному из названных условий либо соответствующее в договоре отсутствует, договор о залоге не может считаться заключенным.

Договор заключается в письменной форме. Договор об ипотеке , а также договор о залоге движимого имущества или права на имущество в обеспечение обязательства по договору, который должен быть нотариально удостоверен , подлежит нотариальному удостоверению(п.2 ст.339 ГК). В ряде случаев договор о залоге должен быть зарегистрирован в установленном порядке, залог земли, предприятия в целом, транспортных средств или иного имущества, подлежащего государственной регистрации , должен быть зарегистрирован в органе , осуществляющем такую регистрацию(п.1 ст.131 ГК).

Несоблюдение нотариальной формы договора , а также правил о регистрации влечет недействительность договора о залоге(п.4 ст.339 ГК). Недействительным договор о залоге признается и при несоблюдении простой письменной формы(п.4 ст.339 ГК).

Статья 339 ГК , определяя понятие договора о залоге , перечисляет его существенные условия. В договоре по усмотрению сторон могут предусматриваться и иные условия , которые после включения их в договор также приобретают значение существенных условий. Так , договор может предусматривать принятие специальных мер по обеспечению сохранности заложенного имущества , по страхованию предмета залога, по индексации стоимости заложенного имущества , по уточнению предмета залога, его принадлежностей и приносимых им плодов и доходов, по ограничению права третьих лиц или самого собственника на заложенное имущество , по уточнению момента возникновения права залога и т.п. Условиями договора может определяться пользование и даже распоряжение предметом залога, оставляемого у залогодателя или передаваемого залогодержателю. Залогом может быть обеспечено только действительное требование . Если отсутствует основное обязательство , то у кредитора нет права на преимущественное удовлетворение своих требований за счет заложенного имущества. В то же время при сохранении действия основного обязательства залог сохраняет силу и в тех случаях , когда право собственности или хозяйственного ведения на заложенную вещь переходит к третьему лицу, а также при уступке залогодержателем в законном порядке обеспеченного залогом требования третьему лицу либо когда имеет место перевод залогодателем долга , возникшего из обеспеченного залогом обязательства, на другое лицо.

Действующее законодательство допускает *перезалог* (последующий залог) уже заложенного имущества. Введение правила о перезалоге связано с тем , что стоимость заложенного имущества может значительно превышать сумму долга по обязательству, уже обеспеченному залогом. Если одно и то же имущество оказывается в залоге у нескольких кредиторов залогодателя, требования последующих залогодержателей удовлетворяются из стоимости этого имущества после требований предшествующих залогодержателей. Если первоначальный залогодержатель возражает против использования залогодателем права на перезалог , он вправе оговорить в договоре о залоге , что последующий залог в отношении заложенного имущества не допускается.

Сторонами в залоговом правоотношении являются залогодатель и залогодержатель. *Залогодатель* - лицо , представляющее имущество в залог . Залогодателем может быть как сам должник , так и третье лицо. Личность *залогодержателя* всегда совпадает с личностью кредитора.

Залогодателем вещи может быть ее собственник либо лицо , имеющее на нее право хозяйственного ведения . Недвижимое имущество , принадлежащее предприятию на праве хозяйственного ведения , может быть отдано в залог только с согласия собственника. Организации обладающие правом оперативного управления имуществом , не могут быть залогодателями.

В качестве залогодателей вправе выступать как юридические , так и физические лица, обладающие дееспособностью . На совершение залоговой сделки несовершеннолетними от 14 до 18 лет согласие должны давать их родители или попечители с предварительного разрешения органов опеки и попечительства(п.2 ст.37 ГК).

ГК и Закон о залоге достаточно подробно определяют *права и обязанности сторон* в залоговом правоотношении . Во многом характер и объем этих прав зависят от предмета и вида залога.

В тех случаях , когда залог сопровождается передачей имущества залогодержателя(заклад) , предмет залога находится во владении залогодержателя. Он может быть оставлен у залогодержателя, но под замком или за печатью залогодержателя. Залогодержатель вправе поставить другие знаки , свидетельствующие о том , что вещь находится в залоге и изъята из хозяйственного оборота залогодателя(получение ссуд ломбарда под залог вещей).

Во всех случаях , когда предмет залога , даже если он находится у залогодателя, но не может быть им использован, залог должен признаваться залогом с передачей имущества залогодержателю, т.е. закладом(п.2 ст.338 ГК).

При залоге имущественного права , удостоверенного ценной бумагой, она передается залогодержателю либо в депозит нотариуса, если договором не предусмотрено иное (п.4 ст.338 ГК).

Предметом заклада не могут быть недвижимость и товары в обороте. Здания, сооружения, квартиры и космические обьекты сдаются в залог с оставлением имущества у залогодателя.

При залоге с оставлением имущества у залогодателя залогодержателю предоставляется право , которое он может использовать для контроля и сохранения заложенного имущества. Если иное не предусмотрено договором , залогодержатель вправе проверить по документам и фактически наличие предмета залога , его состояние и условия хранения , вправе потребовать от залогодателя принятия мер , необходимых для сохранения заложенного имущества , а также требовать от любого лица прекращения посягательств на заложенное имущество , которые грозят его утратой или повреждением.

При залоге с оставлением имущества у залогодателя залогодатель вправе , если иное не предусмотрено договором и не вытекает из существа залога , пользоваться предметом залога в соответствии с его назначением , в том числе извлекать из него плоды и доходы. Для отчуждения предмета залога , передачи его в аренду или в безвозмездное пользование другому лицу, для распоряжения предметом залога каким - либо иным образом залогодатель должен получить согласие залогодержателя , если иное не вытекает из закона , договора или существа залога.

Право пользования предметом залога в случае заклада может быть предоставлено залогодержателю , который обязан регулярно представлять залогодателю отчет о пользовании. По условиям договора на залогодержателя может быть возложена обязанность извлекать из предмета залога плоды и доходы в целях погашения основного долга(обязательства) или в интересах залогодателя без зачета в исполнение основного обязательства.

Кто бы ни осуществлял пользование предметом залога , он должен осуществлять это право без ухудшения качества заложенного имущества. Если по условиям договора залогодержателю предоставлено право пользования переданным ему предметом залога , то контроль за пользованием имуществом сохраняется за залогодателем.

Сторона , которая по условиям договора о залоге имеет право на владение и пользование переданным ей предметом залога , вправе истребовать предмет залога из чужого незаконного владения , в том числе и из владения залогодателя, если имущество должно находиться у залогодержателя, требовать устранения всех нарушений прав, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения.

На залогодержателя законом или договором может быть возложена обязанность страховать переданное ему имущество. При наступлении страхового случая залогодержатель имеет право преимущественного удовлетворения своих требований из суммы страхового возмещения.

На каждую из сторон возлагается ответственность на случай необеспечения сохранности предмета залога.

Залогодержатель вправе потребовать не только досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, но и обращения взыскания на предмет залога в случаях несоблюдения ограничения на перезалог имущества, если такое ограничение было установлено законом; нарушения условий хранения и содержания имущества, если эти нарушения могут повлечь утрату или повреждение имущества; при сдаче в аренду или безвозмездное пользование или совершении иных распорядительных действий залогодателя без согласия залогодержателя.

*Смысл залога как обеспечительного обязательства состоит в том , что кредитор-залогодержатель в случае неисполнения обязательства должником вправе получить преимущественное перед другими кредиторами удовлетворение из стоимости заложенного имущества.* Взыскание на заложенное имущество может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства по обстоятельствам, за которые он, должник , отвечает. В обращении взыскания может быть отказано, если допущенное должником нарушение крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. При отсутствии хотя бы одного из перечисленных условий суд вправе отказать залогодержателю в обращении взыскания на заложенное имущество.

Обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество по требованию залогодержателя производится по решению суда и не может быть осуществлено на основании исполнительной надписи нотариуса(п.1 ст.349 ГК). Удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного недвижимого имущества без обращения в суд допускается только на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога. Порядок обращения взыскания на предмет залога , переданный залогодержателю (заклад) определяется в соответствии с договором о залоге , если законом не установлен иной порядок.

 Исключительно по решению суда может быть обращено взыскание на заложенное имущество в трех случаях, когда:

 1) для заключения договора о залоге требовалось согласие или разрешение другого лица или органа;

 2) предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую , художественную или иную культурную ценность для общества;

 3) залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно(п.3 ст.349 ГК)

 Реализация (продажа) заложенного имущества, на которое обращено взыскание, производится путем продажи с публичных торгов(п.1 ст.350 ГК). ГК исключает возможность комиссионной продажи заложенного имущества. Продажа заложенного имущества с публичных торгов позволяет получить за него наивысшую цену и тем самым защитить интересы залогодателя. Интересам залогодателя служит и правило о том , что суд вправе отсрочить продажу заложенного имущества на срок до одного года, например, в случаях, когда предметом залога является квартира или жилой дом , в котором проживает залогодатель.

При залоге кредитор получает удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами. Это означает , что заложенное имущество подлежит реализации и из вырученной суммы погашается обязательство должника-залогодателя. Разные виды залога , различаемые по виду имущества, используемого для залога , имеют свою специфику. Наибольшие отличия характеризуют *ипотеку.* **Ипотекой**  по российскому законодательству признается залог предприятий , зданий , сооружений , земельных участков и других объектов недвижимости, которые остаются во владении и пользовании залогодателей. Квалифицирующими признаками ипотеки выступают : а) предмет договора о залоге , каковым может являться лишь недвижимое имущество, и б) сохранение за залогодателем прав владения и пользования этим имуществом.

 Специфика ипотеки определяется ее предметом. По общему правилу , договор об ипотеке может заключаться в отношении любого недвижимого имущества, права на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Исключение составляют : имущество , изъятое из гражданского оборота ; имущество на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание ; имущество , в отношении которого предусмотрена обязательная приватизация либо приватизация которого запрещена(п.2 ст.6 Закона об ипотеке); земля , находящаяся в государственной или муниципальной собственности , сельскохозяйственные угодья из состава земель сельскохозяйственных организаций , крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств; часть земельного участка, площадь которого меньше минимального размера, установленного для земель различного целевого назначения и разрещенного использования (ст.63 Закона об ипотеке); жилые дома и квартиры , находящиеся в государственной или муниципальной собственности (п.2 ст. 74 Закона об ипотеке).

Сфера применения правил об ипотеке распостраняется и на залог незавершенного строительством недвижимого имущества, возводимого на земельном участке , отведенном для строительства в установленном порядке, а также , а также на залог прав арендатора , если предметом арендного договора выступает недвижимое имущество.

 Если иное не предусмотрено договором , вещь , являющаяся предметом ипотеки , считается заложенной вместе с принадлежностями (ст.135 ГК) как единое целое. Часть недвижимого имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь), кроме квартир в многоквартирном доме, не может быть самостоятельным предметом ипотеки. При общей совместной собственности должно быть согласие всех собственников(в письменной форме).

 При ипотеке предприятия как имущественного комплекса право залога распостраняется на все входящие в его состав материальные и нематериальные активы, включая здания , сооружения , оборудование , инвентарь , сырье, готовую продукцию , право требования, исключительные права и т.п. Ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка , на котором находится это здание или сооружение , либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект , либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части (абз.2 ст.69 Закона об ипотеке).

Напротив , при ипотеке земельного участка право залога не распостраняется на находящиеся или возводимые на этом участке здания или сооружения, если только в договоре не предусмотрено иное условие.

 Особенность ипотеки определяется тем, что имущество не выбывает из сферы хозяйственного господства залогодателя, а напротив , продолжает им использоваться . В этой связи , по общему правилу , залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества.

 Залогодатель вправе использовать имущество в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из имущества плоды и доходы. Но кроме этого залогодатель должен поддерживать имущество в исправном состоянии , производить его текущий и капитальный ремонт и нести расходы на содержание этого имущества до прекращения ипотеки, если иное прямо не предусмотрено договором об ипотеке.

 При грубом нарушении залогодателем правил пользования заложенным имуществом (п.1 ст.29 Закона об ипотеке) , правил содержания и ремонта имущества(ст.30) , обязанности принимать меры по сохранению данного имущества(ст.32), если такое нарушение создает угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, или при необоснованном отказе залогодержателю в проверке заложенного имущества(ст.34) залогодатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства.

 В случае непринятия мер по обеспечению сохранности заложенного предприятия залогодержатель вправе требовать через суд введение *ипотечного контроля* за деятельностью залогодателя (предоставление бухгалтерской отчетности,согласование заключения сделок, расторжение контракта с руководителем предприятия и др.).

 Особые требования предьявляются законом к форме договора об ипотеке. Он удостоверяется нотариально и подлежит государственной регистрации учреждениями юстиции в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество. Государственная регистрация иппотеки производится залогодателем , который должен представить необходимые документы. Ипотека должна быть зарегистрирована в течении одного месяца со дня поступления необходимых для ее регистрации документов. Договор ипотеки вступает в силу с момента его государственной регистрации.

 На развитие ипотечного кредитования направлены введенные Законом об ипотеке правила о закладной, Согласно п.12 ст.13 Закона *закладная* является именной ценной бумагой , удостоверяющей , что ее законный владелец обладает как правом на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой имущества, указанного в договоре об ипотеке, без представления других доказательств наличия этого обязательства, так и правом залога на указанное в договоре об ипотеке имущество.

 Закладная выдается первоначальному залогодержателю органом , осуществляющим государственную регистрацию ипотеки, после государственной регистрации самой ипотеки. *Передача прав по закладной* осуществляется путем совершения на ней передаточной надписи в пользу другого лица(владельца закладной) и передачи закладной этому лицу.

Повышению доверия к закладной как к ценной бумаге служат и правила о том , что при несоответствии закладной договору об ипотеке или договору , обязательство из которого обеспечивается ипотекой , верным считается содержание закладной , если ее приобретатель в момент совершения сделки не знал и не должен был знать о таком несоответствии (п.4 ст.14 Закона об ипотеке); что обязанное по закладной лицо не вправе противопоставлять требованиям законного владельца закладной об осуществлении прав по ней никаких возражений , не основанных на закладной(п.6 ст.17); что в случае утраты закладной права по ней могут быть восстановлены(ст.18) и др.

**Залогом товара в обороте** признается залог товаров с оставлением их у залогодателя и с предоставлением залогодателю права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья , материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится

меньше указанной в договоре о залоге (п.1 ст. 357 ГК).

 Главная специфика залога товаров в обороте состоит в том , что его предметом является не конкретное индивидуально- определенное имущество, например квартира, дом, а товары определенного вида: обувь , детский трикотаж , определенная родовыми признаками продукция производственно - технического назначения и т.п.Заложенными считаются все или часть товаров определенного вида до тех пор , пока они находятся в собственности или хозяйственном ведении залогодателя. Как только они переходят в собственность другого лица, они перестают быть предметом залога. Товары в обороте , отчужденные залогодателем , перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность , хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя , а приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности или хозяйственного ведения (п.2 ст. 357 ГК),

 Другой существенной особенностью залога товара в обороте является то что, в отличие от других видов залога , при залоге товаров в обороте залоговые обременения не следуют за имуществом в случае его отчуждения .

 Залогодатель товаров в обороте обязан вести книгу записи залогов , в которую вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции ( п.3 ст.357 ГК).

 При нарушении залогодателем условий залога товаров в обороте залогодержатель вправе путем наложения на заложенные товары своих знаков и печатей приостановить операции с ними до устранения нарушения(п.4 ст.357 ГК).

 Главное условие залога товаров в обороте состоит в том , что общая стоимость товаров данного вида , составляющих предмет залога , не должна уменьшаться. Уменьшение стоимости заложенных товаров в обороте допускается соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства, если иное не предусмотрено договором.

 Договором о залоге может быть предусмотрено право залогодателя заменить предмет залога без уменьшения общей стоимости заложенного имущества. При этом должна быть предусмотрена не только сама возможность замены предмета залога, но и дан перечень видов товаров , которые могут быть использованы для замены. Замена товара в обороте таким товаром , который не был предусмотрен в условии о замене , может служить основанием для предъявления кредитором требования о досрочном исполнении обязательства.

 Для залога товаров в обороте существенно указание места нахождения заложенного товара, чтобы кредитор при необходимости имел бы возможность проверить наличие , количество и состояние товаров.

 Отличает залог товаров в обороте от других видов залога и то, что залогодатель сам осуществляет регистрационные записи о залоге , так как он ведет книгу залогов товаров в обороте , в которую вносит все сведения о залоге и движении по нему.

Рядом отличительных черт обладает и **залог вещей в ломбарде**. Этот вид залога имеют право использовать только организации , имеющие на это специальную лицензию.

 Предметом залога в ломбарде может быть движимое имущество, предназначенное для личного пользования. Для государственных ломбардов имеется даже перечень предметов , принимаемых ломбардами в залог . Ломбарды в соответствии с полученной ими лицензией могут принимать вещи как в залог , так и на хранение.

 Договор о залоге вещей в ломбарде оформляется выдачей ломбардом залогового билета, подтверждающего передачу вещей в залог под полученную от ломбарда ссуду.

 Закладываемые вещи передаются ломбарду, т.е залог вещей в ломбарде является разновидностью заклада. Поскольку предмет залога оказывается во владении ломбарда- залогодержателя, на ломбард независимо от условий договора о залоге возлагается также обязаность по хранению принятого им в залог имущества.

 Стоимость вещей , принятых ломбардом , определяется по ценам на вещи такого рода и качествам, обычно устанавливаемым в торговле в момент их принятия в залог.

 Ломбард не вправе пользоваться, распоряжаться заложенными вещами (п.3 ст.358 ГК). Ломбард обязан страховать в пользу залогодателя за свой счет принятые в залоге вещи в полной сумме их оценки.

 Ответственность ломбарда как профессионального хранителя является повышенной и основывается не на началах вины, а на началах риска.

 В отличии от других разновидностей залога , где, по общему правилу , обращение взыскания на заложенное имущество производится по решению суда, ломбард вправе продать заложенное имущество на основании исполнительной надписи нотариуса по истечении льготного месячного срока, предоставляемого залогодателем для погашения кредита.

 Известными особенностями обладает **залог , используемый таможенными органами** в целях обеспечения уплаты таможенной пошлины , НДС, акцизов и иных таможенных платежей , платежей при использовании таможенных режимов транзита , переработки под таможенным контролем , временного ввоза(вывоза), переработки вне таможенной территории и т.п., а также взыскание штрафов или стоимости товаров и транспортных средств при нарушении таможенных правил.

 Предметом залога в соответствии с Положением об использовании залога таможенными органами РФ от 22 февраля 1994 г. Могут быть товары , в том числе валюта , валютные ценности , ценные бумаги , а также автотранспортные средства. Принятие в качестве предмета залога гражданских воздушных , морских и речных судов , подвижного состава железных дорог допускается в исключительных случаях, когда отсутствуют иные возможности обеспечения исполнения обязательства перед таможенными органами, и только по согласованию с ГТК России.

 Залогодателем может быть лицо , которому предмет залога принадлежит на праве собственности или хозяйственного ведения . Учреждение может передать в залог имущество , в отношении которого оно в соответствии с законом приобрело право на самостоятельное распоряжение . Залогодатель несет ответственность за правомерность передачи предмета залога в залог.

 При залоге предмет залога остается у залогодателя , если таможенный орган не примет иного решения . При залоге с оставлением предмета залога у залогодателя таможенный орган вправе проверять по документам и фактически наличие , размер, состояние и условия хранения предмета залога ; требовать от залогодателя принятия мер , необходимых для сохранения предмета залога.; требовать от любого лица прекращения посягательств на предметзалога, угрожающего его утратой или повреждением. Залогодатель обязан страховать за свой счет принятый в залог предмет залога на его полную стоимость. Напротив , при оставлении предмета залога у себя таможенный орган не осуществляет страхования предмета заклада и не пользуется им.

 При неисполнении обязательства в срок таможенный орган приобретает право обратить взыскание на предмет залога.

 Обращение взыскания на предмет залога производится по решению суда или на основании исполнительной надписинотауриса. Реализация же предмета залога , на который обращается взыскание , осуществляется в соответствии с положениями

Таможенного кодекса РИФ.

 Одним из вида залога является **залог прав**. Соглано ст.54 Закона РФ "О залоге" предметом залога могут быть принадлежащие залогодателю права владения и пользования , в том числе права арендатора , другие права (требования ) , вытекающие из обязательств, и иные имущественные права. Аналогичное по существу правило предусмотрено и п.1 ст.336 ГК.

 Залог пр прав означает , что из стоимости имущества , поступающего залогодателю в связи с исполнением заложенного им права, прежде всего должны удовлетворяться требования залогодержателя. Предметом залога могут быть любые конкретные права, в частности право на получение начисленных дивидендов по акциям.

 В договоре о залоге прав наряду с обычными условиями необходимо указать лицо , которое является должником по отношению к залогодателю . Залогодатель обязан уведомить своего должника о состоявшемся залоге прав. Он также обязан не совершать действий , влекущих полное или частичное прекращение заложенного права или его уступку ; принять меры, не обходимые для защиты заложенного права от посягательств со стороны третьих лиц ; сообшать залогодержателю сведения об изменениях , происшедших в заложенном праве, о его нарушениях третьими лицами и о притязаниях третьих лиц на это право (ст.56 Закона РФ"О залоге"). Если залогодатель не выполнит перечисленных требований, залогодержатель может потребовать перевода заложенного права на себя.

 Если должник залогодателя исполнит свое обязательство до исполнения залогодателем обязательства, обеспеченного залогом, все полученное при этом залогодателем становится предметом залога, о чем залогодатель обязан немедленно уведомить залогодержателя (п.1 ст.58 Закона РФ "О залоге").

 При получении от своего должника в счет исполнения обязательства денежных сумм залогодатель обязан по требованию залогодержателя перечислить соответствующие суммы в счет исполнения обязательства, обеспеченного залогом.

 Залог прекращается:

 1) с прекращением обеспеченного залогом обязательства;

 2) по требованию залогодателя при наличии угрозы утраты или повреждения заложенного имущества;

 3) в случае гибели заложенной вещи или прекращения заложенного права, если залогодатель не воспользовался правом восстановления предмета залога или правом на его замену;

 4) в случае продажи с публичных торгов заложенного имущества, а также в случае , когда его реализация оказалась невозможной.

**УДЕРЖАНИЕ**

*Суть удержания как способа обеспечения исполнения обязательства состоит в том , что кредитор , у которого находится вещь , подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено(п.1 ст.359 ГК).*

Кредитор может удерживать находящуюся у него вещь , несмотря на то , что после того , как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом(п.2 ст.359 ГК)

 К удержанию может прибегнуть комиссионер, которому комитент не оплатит комиссионное вознаграждение, хранитель в отношении вещи , переданной ему на хранение , если поклажедатель уклоняется от уплаты вознаграждения или расходов, предусмотренных договором; подрядчик для обеспечения требований к заказчику по оплате расходов, связанных со строительством.

 При удержании как и при залоге , кредитор вправе требовать удовлетворения за счет удерживаемого имущества; как и при залоге, удержание следует за вещью, обременяя ее ; права кредитора , удерживающего вешь, реализуются так же , как и права залогодержателя, по тем же правовым основаниям.

 Однако в отличии от залога , устанавливаемого специальным соглашением сторон обычно в момент возникновения основного обязательства, необходимость применения удержания может появиться в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) обязательства независимо от наличия условий об удержании в основном или дополнительном соглашении .

 При удержании вещь во всех случаях находится у кредитора, причем не в связи с заключением обеспечительного обязательства. Право на применение такого способа обеспечения исполнения , как удержание , кредитору предоставляется законодательством.

 Иногда удержание приводят в качестве примера самозащиты. Однако от самозащиты удержание существенно отличается хотя бы тем , что при необходимости обращения взыскания на удерживаемое имущество кредитор осуществляет это не собственной властью, а в порядке, установленном для обращения взыскания при залоге, в то время как самозащитой достигается восстановление нарушенного права без обращения в суд или иные правозащитные органы.

 Право на удержание вещи имеет любая сторона по договору , если она вправе требовать платежа или совершения иных действий , связанных с данной вещью. Поэтому удержание может найти достаточно широкую степень применения.

 Требования кредитора , удерживающего вещь , удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке , предусмотренных для удовлетворения требований , обеспеченных залогом(ст.360 ГК).

**ПОРУЧИТЕЛЬСТВО.**

*По договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части.* Договор поручительства может быть заключен также для обеспечения обязательства , которое возникнет в будущем(ст.361 ГК). Договор поручительства заключается между кредитором по основному обязательству и поручителем. Договор подлежит обязательному письменному оформлению. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства. Если отношения поручительства не оформлены подписанным двумя сторонами договором, то доказательством заключения такого договора может явиться письменное сообщение поручителю от кредитора о принятии им полученного текста поручительства. В случае когда кредитор не дал такого письменного сообщения о принятии поручительства, доказательством заключения договора поручительства может служить ссылка на это поручительство в основном договоре, а при отсутствии такой ссылки договорные отношения поручительства следует считать неустановленными.[[2]](#footnote-2)

При поручительстве ответственным перед кредитором за неисполнение основного, обеспечиваемого обязательства становится наряду с должником еще и другое лицо - поручитель. Не могут быть поручителями бюджетные организации , казенные предприятия , за которыми закрепляется имущество на праве оперативного управления , филиалы и представительства, не являющиеся по закону юридическими лицами.
 ГК впервые определяет , что поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и должник. Так , если иное не предусмотрено договором поручительства, поручитель помимо основного долга обязан вернуть кредитору проценты за пользование кредитом , повышенные проценты в случае невозврата кредита в установленный договором срок, а если неисполнение или ненадлежащее обязательства, обеспеченного поручительством, причинило кредитору убытки, поручитель обязан

возместить эти убытки. Поручитель также несет ответственность по возмещению кредитору судебных издержек, связанных со взысканием долга и других убытков(п.2 ст.363 ГК).

 Поручитель и должник , за которого он поручился , хотя и несут солидарную ответственность перед кредитором , но основания их обязанностей различны. Должник , например состоит с кредитором в отношениях по займу(кредитный договор), а поручитель с тем же кредитором - в отношениях поручительства.

 Лица , совместно давшие поручительство , отвечают перед кредитором солидарно (п.3 ст.363).

 Лица, независимо друг от друга поручившиеся за одного и того же должника по разным договорам поручительства, не становятся солидарно обязанными в отношении друг друга, хотя и принимают на себя солидарную с должником ответственность перед кредитором.

 Договор поручительства является *односторонним, безвозмездным, консенсуальным.* Объем и характер ответственности поручителя зависит от содержания договора поручительства. Судебная практика признает не имеющими юридической силы договоры, по которым поручитель поручается за выполнение должником любых принимаемых им на себя обязательств.

 В случае предъявления к поручителю требований кредитора поручитель вправе выдвигать против требований кредитора возражения, которые мог бы представить должник.

 Если поручитель добровольно или по решению суда исполнил обязательство должника , к нему переходят права кредитора по этому обязательству. Поручитель приобретает право требовать отдолжника исполнения обязательства в том объеме , в каком он сам исполнил требование кредитора. Полная оплата предполагает и полное возмещение расходов, понесенных поручителем. Поручитель наделяется правом требовать от должника также возмещения в части выплаченных кредитору процентов за просрочку исполнения, судебных издержек и пр. Размер процентов определяется существующей в месте жительства кредитора (в месте нахождения юридического лица) учетной ставкой банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения.

 По исполнению поручителем обязательства должника кредитор обязан вручить поручителю документы , удостоверяющие требование к должнику , и передать права , обеспечивающие это требование , например право залога.

 Если должник сам исполнит обязательство, то он во избежание двойного исполнения обязательства обязан немедленно , т.е как только это будет возможно, известить об этом поручителя. Если поручитель , не уведомленный должником , в свою очередь, исполнит обязательство , он вправе либо взыскать с кредитора неосновательно полученное либо предьявить регрессное требование к должнику о возмещении ему фактом двойного исполнения обязательства убытков. Должник , возместивший убытки поручителя , будет вправе получить с кредитора только не основательно полученное.

 Надлежащее исполнение основного обязательства приводит к его прекращению.Вслед за этим прекращается и обеспечительное обязательство - поручительство. Однако это не единственный способ прекращения поручительства. Тогда, когда меняются без согласования с поручителем существенные условия основного обязательства, а может быть и его субъекты, договор поручительства прекращается. Поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству , если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника(п.2 ст.367 ГК). Поручительство прекращается , если кредитор отказался принять надлежащее исполнение , предложенное должником или поручителем ( п. 3 ст.367 ГК), а также по истечении указанного в договоре срока , на который оно дано. Срок этот не должен быть менее срока исполнения основного обязательства.

 Для реализации обеспечительных функций поручительства кредитор при неисполнении основного обязательства должником обращается с иском в суд. Истечение срока исковой давности служит основанием к вынесению судом решения об отказе в иске. В исключительных случаях срок исковой давности может быть восстановлен. Годичный или соответственно двухлетний срок определен в п.4 ст. 367 ГК как срок существования поручительства. Его истечение влечет прекращенгие поручительства.

 **БАНКОВСКАЯ ГАРАНТИЯ.**

Сегодня нельзя получить кредит в банке , не предоставив ему какое либо обеспечение. В качестве такого обеспечения используется банковская гарантия. Новый гражданский кодекс выделил банковскую гарантию в самостоятельный правовой институт. Банковская гарантия может обеспечивать любые обязательства участников торгового оборота.

 По механизму платежа гарантии подразделяются на *условные* гарантии и гарантии *по первому требованию.*

**Условная банковская гарантия** предполагает , что требование бенефициара к гаранту подлежат удовлетворению только в том случае , если бенефициар наряду с требованием платежа представит судебное решение вынесенное против принципала. Это и есть условие платежа по гарантии.

**Гарантия по первому требованию** , напротив , обязывает гаранта произвести платеж против простого требования бенефициара без необходимости представления последним судебного решения или иного доказательства ненадлежащего выполнения принципалом своих договорных обязательств.

В новом гражданском кодексе воспроизведен институт гарантии по первому требованию, наиболее удобный в практическом применении.

 В соответствии со ст. 368 ГК РФ в силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дают по просьбе другого лица (принципала) письменное обязательство уплатить кредитору принципала(бенефициару ) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. Если речь идет об обеспечении возврата кредита , заемщик (принципал) обращается в банк (гарант) с просьбой представить в банк - заимодавец ( бенефициар) гарантийное письмо, содержащее обязательство гаранта уплатить обозначенную там сумму в случае невозврата принципалом полученного им кредита. Если гарант согласен выполнить поручение принципала , они заключают договор о предоставлении гарантии. Вопрос о выплате соответствующего вознаграждения банку - гаранту оговаривается в договоре.

 Банковская гарантия ставит гаранта в несравненно более худшие условия по сравнению с поручительством в аналогичной ситуации, стоимость предоставления банковской гарантии должна быть выше , чем стоимость предоставления поручительства. Зато для банка - бенефициара гарантия является более надежным способом обеспечения кредита , чем поручительствопоэтому , получив гарантию , он скорее всего предоставит кредит охотнее.

 Гарантом могут быть банк или другое кредитное учреждение , имеющее банковскую лицензию на совершение отдельного вида банковских операций (выдачи гарантии , или на все виды банковских операций, либо страховая организация , также созданная и действующая на основании Закона о страховании и прошедшая соответствующее лицензирование.

 *Содержание* банковской гарантии составляет прежде всего обязанность гаранта уплатить заранее установленную договором сумму , которая конечно же предопределяется основным обязательством, но и после ее предопределения не зависит от основного.

 Форма оформления банковской гарантии должна быть письменной. Правоотношения по гарантии возникают в момент выдачи гарантийного обязательства, если в нем не указано иное.

 В отличии от иных способов обеспечения исполнения обязательств банковская гарантия является независимым обязательством. Поэтому она сохраняет силу даже после прекращения основного обязательства или признания его недействительным.

 Банковская гарантия может быть отзывной и безотзывной. Если в тексте гарантии указано , что она является отзывной , гарант может в любое время отозвать ее, следовательно отсутствие каких либо указаний о харрактере гарантии означает , что гарантия является безотзывной. Но отозвать даже отзывную гарантию нельзя после предъявления к гаранту требований бенефициара. Замена кредитора в договоре банковской гарантии допускается только с согласия должника , в качестве которого выступает гарант. Такое согласие заранее предусматривается в договоре банковской гарантии.

 Банковская гарантия выдается на определенный в самом же обязательстве срок . Требование бенефициара должны быть заявлены в этот срок , который не может быть восстановлен и является пресекательным. Основанием для обращения к гаранту является несоблюдение условий основного договора принципалом, что должно иметь документальное подтверждение. Обязанность уплатить установленную сумму возникает после представления письменного требования об уплате. В случае предъявления бенефициаром требования у гаранта возникают две обязанности :

 а) немедленно сообщить об этом принципалу и предать ему копии соответствующих документов;

 б) проявить разумную заботливость в отношении бенефициара.

Последнее в соответствии с мировой практикой означает , что гарант должен рассматривать интересы бенефициара как свои собственные.

 Обьем ответственности гаранта характеризуется двумя параметрами :

 а) изначально размер ответственности определяется той суммой , которая указана в гарантии ;

 б) в случае, если гарант несвоевременно или ненадлежащим образом исполнил свою обязанность уплатить соответствующую сумму , он может нести ответственность уже за собственные действия на общих основаниях.

 ГК устанавливает основания для отказа в удовлетворении требований бенефициара и основания для прекращения банковской гарантии . В любом случае на гаранте лежит обязанность немедленно уведомить принципала о возникших обстоятельствах.

 Вследствии того , что банковская гарантия независима от основного обязательства, его прекращение, недействительность или исполнение не влияют на банковскую гарантию . Обстоятельствами прекращающими или изменяющими банковскую гарантию , могут считаться только действия сторон при истечении срока. В некоторых случаях для прекращения гарантии кроме самих действий необходим возврат гарантийного обязательства.

**ЗАДАТОК.**

*Задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения (п.1 ст.380 ГК).*

 Задатком чаще всего обеспечиваются обязательства между гражданами (договоры аренды дачных и жилых помещений, купля-продажа и пр.), хотя нет оснований для исключения задатка из числа способов обеспечения обязательств, складывающихся между юридическими лицами различных организационно-правовых форм.

 Соглашение о задатке независимо от суммы задатка должно быть совершено в письменной форме.

 В отношениях по поводу задатка участвуют стороны основного обязательства: должник - *задаткодатель и* кредитор -*задаткопоручатель.*

 Задаток выполняет три функции: платежную, удостоверительную и обеспечительную. Задаток выдается в счет причитающихся платежей по основному обязательству, тем самым он оказывается средством полного или частичного исполнения основного обязательства, способом его исполнения и выполняет *платежную функцию.* Способность к оплате основного долга сближает задаток с авансом, который также выполняет платежные функции. Однако,в отличии от аванса, задатку присущи и иные функции. Исполняя передачей задатка часть или все основное обязательство, должник подтверждает его наличие. С этим связана *удостоверительная функция* задатка. Сумма , переданная в качестве задатка, засчитывается в счет исполнения основного обязательства и в этой части гарантирует, обеспечивает его исполнение. В этом проявляется *обеспечительная функция* задатка. Задаток может выполнять и *компенсационную функцию* , ибо сторона, ответственная за неисполнение договора , обязана возместить другой стороне убытки с зачетом суммы задатка(ч.2 п.2 ст.381 ГК).

 То , что ответственная за неисполнение договора сторона, давшая задаток, теряет его, а виновная в неисполнении договора сторона , получившая задаток, возвращает его в двойном размере, сближает задаток с санкциями, установленными в качестве ответственности на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства.

 В договоре о задатке может содержаться условие об ограничении размера убытков *суммой отступного*(задатка), при котором стороны отказываются от права на возмещение убытков, не покрытых суммой задатка. Их ответственность за неисполнение основного обязательства ограничивается потерей задатка или возвратом его в двойном размере.

 В новый ГК введено новое правило , согласно которому задаток должен быть возвращен , если основное обязательство прекращено до его исполнения по соглашению сторон либо вследствие невозможности исполнения по обстоятельствам, не зависящим от сторон(п.1 ст.381 ГК). Отсутствие вины сторон и прекращение основного обязательства делают бессмысленным существование обеспечительных обязательств вообще и задатка в частности. Оставление задатка у стороны , получившей его , приводило бы к неосновательному ее обогащению.

**ЗАДАЧИ.** №1.

Согласно ст.380 ч.2 ГК соглашение о задатке, независимо от суммы задатка совершается в письменной форме. В данном же случае Шуваловым была получена расписка в получении денежной суммы. Согласно ст.380 ч.3 ГК при незаключении договора о задатке в письменной форме, означенная сумма считается оплаченной в качестве аванса и таким образом в данной ситуации подлежит возврату . Гражда
нин Орлов должен вернуть Шувалову сумму аванса.

 №2.

Согласно ст.187 ч.2 ГК Молев должен был известить Сергеева о передаче своих полномочий другому лицу т.е Червякову. На деле он это не сделал , и согласно данной статьи должен отвечать за действия Червякова , как за свои собственные.

Кроме этого доверенность заверенная главным врачом больницы , согласно ст.185 ч.4 ГК, является недействительной , т.к он не имеет полномочий на выдачу доверенности в данном конкретном случае (покупка холодильника) .

 В данном случае Червякову следует отказать в иске , т.к он приобрел холодильник , хотя в доверенности , хотя и не правильно оформленной, было сказано о продаже холодильника.

 №3.

Отдел ЗАГСа , не прав т.к. согласно ст.19 ч.2 СК расторжение брака по заявлению одного из супругов , не зависимо от наличия общих несовершинолетних детей , может проводится в органах ЗАГСа если другой супруг осужден за совершение преступления к лишению свободы на срок свыше 3 лет. В данной ситуации супруг осужден , а наличие ребенка в возрасте 8 лет не является основанием для отказа в разводе.

**Нормативный материал.**

1) Гусев А.Н. : Постатейный коментарий к части 1 Гражданского кодекса РФ. М .1999г.

 Постатейный комментарий к части 2 Гражданского кодекса РФ. М.1999 г.

2) Кузнецова И.М. Комментарий к Семейному кодексу РФ М. 2000 г.

3) Закон РФ "О залоге" от 29.05.92.

4) Закон РФ "О введении в действие части первой ГК РФ " от 30.11.94.

**Литература.**

1) Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России.

 Дудкин С.Н. Лаврищева Е.С. В.С. Ема. М. 1999 г.

2) Гражданское право . в 3 томах. А.П.Сергеева. Ю.К.Толстого М. 2001 г.

3) Исполнение обязательств. Г.Отнюкова. Российская юстиция. №3. 1996г.

4) Обеспечение исполнения обязательств: договорные способы. Р.Хаметов ,

 О.Миронова. Российская юстиция. №5 . 1996 г.

5) Применение банковской гарантии и договора поручительства в банковской практике. Г.Аванесова Хозяйство и право . №7. 1996 г.

6) Банковская гарантия и проблемы ее применения . О.Олейник . Хозяйство и право. №1 . 1996 г.

7) Банковская гарантия : понятие и практическая применимость. Л.Ефимова. Хозяйство и право. №3 . 1996 г.

8) Некоторые проблемы обеспечения исполнения обязательств. Г.Адамович. Хозяйство и право. №10 .1995 г.

9) Залог и ипотека. Е. Павлодский. Хозяйство и право. №2. 1997 г.

10) Ипотека : проблемы , перспективы. Терновская Е. №9. 1997 г.

11) Залог : вопросы гражданского права и гражданского процесса. Л.Грось. Хозяйство и право. №2 .1996 г.

1. См.Хаметов Р.,Миронова О. Обеспечение исполнения обязательств:договорные способы .

Российская юстиция. 1996. №5. С. 18-20. [↑](#footnote-ref-1)
2. Глотов А., Карчевский С. Способы обеспечения исполнения кредитных обязательств юридических лиц //Экономика и жизнь. 1996 №27. [↑](#footnote-ref-2)