|  |
| --- |
| 1. ВВЕДЕНИЕ Обеспечение исполнения обязательств – система гражданско-правовых средств, предоставляющих кредитору дополнительные гарантии получения им либо надлежащего исполнения обязательства, либо возмещения убытков путем стимулирования должника установлением невыгодных для него имущественных последствий либо путем привлечения кредитоспособного третьего лица или предоставления кредитору специальных прав на обособленное имущество должника.  По действующему законодательству исполнение обязательств может обеспечиваться неустойкой, залогом, удержанием имущества должника, поручительством, банковской гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законом или договором (п.1 ст.329 ГК РФ). Этот перечень не является исчерпывающим. Поэтому наряду с предусмотренными законом способами обеспечения исполнения обязательств сторонами могут предусматриваться иные способы, например, товарная неустойка. Обеспечительными свойствами обладают некоторые формы безналичных расчетов: аккредитив, инкассо, безакцентное 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.  Общим для всех способов обеспечения исполнения обязательств является то, что соглашения о них имеют дополнительный характер, то есть, с одной стороны это означает независимость судьбы основного обязательства от судьбы обеспечивающего его, а с другой стороны – наличие обратной зависимости. Так, недействительность основного обязательства влечет недействительность его обеспечения, если иное не установлено законом.  **2. ПОНЯТИЕ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**  Исполнению обязательств способствуют специальные меры, именуемые способами исполнения обязательств. Они состоят в изложении 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 счёт которого может быть достигнуто исполнение обязательства (задаток, залог), либо в выдаче обязательства уполномоченными на то органами по оплате определённой денежной суммы (банковская гарантия).  Под способами обеспечения исполнения обязательства подразумеваются специальные меры, которые в достаточной степени гарантируют исполнение основного обязательства и стимулируют должника к надлежащему поведению.  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 или прекращении его действия прекращают своё 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 счёт заложенного имущества вправе погасить свои претензии к нему. Но за счёт этого же имущества могут быть погашены и дополнительные требования кредитора по уплате неустойки, возмещению убытков и пр. само изъятие имущества из владения или пользования также может не только создать должнику неудобства, но и вызвать дополнительные издержки с его стороны.  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 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 сопровождается какими-то дополнительными обременениями, побуждает должника к тому же. В  зависимости от того, что составляет содержание способа обеспечения исполнения  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.  **3. ОТДЕЛЬНЫЕСПОСОБЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ**  **3.1.Неустойка**  Неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения гражданско-правовых обязательств, 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 несоразмерна последствиям нарушения обязательств, суд вправе уменьшить неустойку (ст.333 ГК), но не может полностью освободить должника от ее уплаты. При решении вопроса об уменьшении неустойки необходимо иметь в виду, что размер неустойки может быть уменьшен судом только в том случае, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства. При оценке таких последствий судом могут приниматься во внимание в том числе обстоятельства. Не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товара, работ, услуг, сумма договоров и т.п.).  Неустойка – весьма распространенный способ обеспечения исполнения обязательств, но вместе с тем 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 предусмотрено 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, например при просрочке возврата кредита, несвоевременной оплате арендных платежей, оплаты поставленной продукции или товара и пр.  Общая мера гражданско-правовой ответственности – это возмещение убытков. В случаях взыскания неустойки естественно возникает вопрос: вправе ли кредитор наряду с взысканием неустойки требовать также возмещения убытков? Ответ на поставленный вопрос зависит от вида неустойки,  предусмотренной законом или договором. В зависимости от возможности сочетания неустойки с возмещением убытков закон различает четыре вида неустойки: зачетную, штрафную, исключительную и альтернативную (ст.394 ГК). Зачетная неустойка позволяет кредитору помимо неустойки требовать возмещения убытков в части, не покрытой неустойкой, т.е. с зачетом неустойки. Неустойка считается зачетной во всех случаях, если законом или договором не предусмотрено иное, и является наиболее часто употребляемым видом неустойки. При штрафной неустойки кредитор вправе требовать в полном объеме причиненных убытков и, сверх того, уплаты неустойки. Это наиболее строгий вид неустойки, используемый за наиболее грубые и значительные нарушения обязательств, например при некачественной поставке продукции и товара массового потребления. Исключительная неустойка, в отличие от штрафной, устраняет право на взыскание убытков. Такая неустойка взыскивается, в частности, с органов транспорта и связи за нарушение обязательств по доставке грузов или корреспонденции. Наконец, альтернативная неустойка предусматривает право потерпевшей стороны взыскать либо неустойку, либо убытки.  При взыскании неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков. Однако должник может быть заинтересован в доказывании незначительности и даже отсутствии убытков, так как в случаях, когда подлежащая взысканию неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку (ст.333 ГК). Решение об этом может принять только суд, для чего он вправе затребовать доказательства о размере причиненных убытков.  По отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанными с определенными родами деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность). В настоящее время ограниченную ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств несут, в частности, органы связи транспорта. В случаях ограниченной ответственности убытки, подлежащие возмещению в части, не покрытой неустойкой, либо сверх нее, либо вместо нее, могут быть взысканы до пределов, установленных таким ограничением (п.2 ст.394 ГК). 3.2. Залог Сущность залога как обеспечительного обязательства состоит в том, что кредитор-залогодержатель приобретает право в случае неисполнения должником обязательства, обеспеченного залогом, получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами за изъятиями, предусмотренными законом (алиментные платежи, задолженность по заработной плате, прочие привилегированные требования). В ст.334 ГК и Законе РФ «О залоге» приведены аналогичные определения понятия залога, хотя смысловое значение понятия залога в ГК шире, чем в Законе о залоге. ГК уточняет, что залогодержатель имеет право на преимущественное удовлетворение своих требований «из стоимости заложенного имущества» кредитора или «лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя)».  На протяжении многих лет велась полемика относительно того, является ли право залога вещным или обязательственным правом. В ГК 1922 г. право залога было помещено в разделе «Вещное право», а в ГК 1964 г. – в разделе «Обязательственное право». Действующий ГК выделил залог в отдельный правовой институт и признал за ним значение обеспечительного обязательства (глава 23 «Обеспечение исполнения обязательств»).  Предусмотрены два способа возникновения залогового правоотношения – в силу договора и на основании закона при наступлении указанных в нем обязательств, т.е. если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения какого обязательства признается имуществом, находящемся в залоге. Так, согласно п.5 ст.488 ГК, если иное не предусмотрено 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 иным 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, возникающего на основании закона, если законом не установлено иное.  Существует 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. При закладе заложенное имущество поступает во владение залогодержателя, который может пользоваться предметом заклада, если это предусмотрено договором. Когда пользование сопровождается извлечением доходов, то все, что приобретается таким способом, 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, ограничены, поскольку вещь передается во владение залогодержателя либо находится у залогодателя под замком, печатью или иными знаками, свидетельствующие о том, что данное имущество находится в закладе.  Предметом залога может быть любое имущество, за исключением вещей, изъятых из оборота (ст.336 ГК). Так, не допускается передача в залог «золотой акции», выпущенной или имитированной по решению Правительства РФ или Мингосимущества РФ при акционировании предприятий; предприятия не должны допускать использования в качестве предметов залога объектов и имущества гражданской обороны; не подлежат передаче в залог объекты, находящиеся в оперативном управлении министерств; не могут быть сданы в залог культурные ценности, хранящиеся в государственных или муниципальных музеях, картинных галереях, библиотеках, архивов или других организациях культуры.  В п.1 ст. 336 ГК говориться: «Предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота, требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности, требований об элементах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых запрещена законом».  В состав имущества, которое может быть использовано в качестве залога, включается, по сути все, что имеет или должно иметь денежный эквивалент (вещи, деньги, ценные бумаги, транспортные средства, недвижимость и т.д.), 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 Российской Федерации 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 также вещи, которые могут возникнуть в будущем, например, залог будущего урожая, приплода скота и т.п.  В зависимости от вида имущества, передаваемого в залог, залоговые обязательства можно подразделить на следующие виды: залог недвижимости (ипотека); залог транспортных средств; залог товаров в обороте; залог ценных бумаг; залог имущественных прав; залог денежных средств.  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 распродажей имущества, и прочие убытки кредитора, если они проистекают от неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства, обеспеченного залогом. Прочие требования кредитора, хотя бы и к тому же должнику, но по обязательствам, не обеспеченным залогом данного имущества, не подлежат преимущественному удовлетворению и погашаются на общих основаниях.  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 условие в договоре отсутствует, договор о залоге не может считаться заключенным. В случаях, когда залогодателем является должник в основном обязательстве, условия о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, следует признавать согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору регулирующему основное обязательство и содержащему соответствующие условия.  Договор о залоге должен быть заключен 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, подлежащие государственной регистрации, должен быть зарегистрирован в органе, осуществляющем такую регистрацию (п.1 ст.131 ГК).  Регистрацию сделок купли-продажи казначейских обязательств, а также учет обременения последних залоговыми обязательствами их владельцев могут осуществлять уполномоченные депозитарии. Министерство внутренних дел РФ организует работу по регистрации залога зарегистрированных в ГИБДД автотранспортных средств и прицепов к ним. Органы Гостехнадзора осуществляют регистрацию залога тракторов, прицепов к ним, самоходных дорожно-строительных и иных машин, независимо от их принадлежности. Государственная инспекция по маломерным судам производит регистрацию залога поднадзорных судов. Роспатент регистрирует договоры о залоге на объекты промышленной собственности.  Не соблюдение нотариальной формы договора, а так же правил регистрации влечет недействительность договора о залоге (п.4 ст.339 ГК). Регистрирующие органы осуществляют регистрацию залога, ведомственные реестры залога соответствующих объектов и их архивы, выдают выписки из реестров о регистрации залога по вопросу залогодержателя, залогодателя и иных заинтересованных лиц.  Недействительным договор о залоге признается и при несоблюдении простой письменной формы (п.4 ст. 339 ГК).  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. Это правило вытекает из того, что договор о залоге не носит самостоятельного характера, поскольку он лишь обеспечивает исполнение другого, основного обязательства. Если основное обязательство прекращается по каким либо причинам, то прекращается и залоговое обязательство. В то же время  при сохранении действия основного обязательства залог сохраняет силу 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. ГК возлагает на залогодателя обязанность сообщить каждому последующему залогодержателю обо всех существующих договорах о залоге данного имущества, а также о характере и размере обеспеченных этим залогом (залогами) обязательств. Если залогодатель не сообщил последующему залогодержателю о предшествующих залогах, на него возлагается обязанность по возмещению залогодержателю убытков, возникших у него из-за того, что он не был уведомлен о наличии залоговых обременений при подписании (или включении в основное обязательство) условия о залоге.  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, предоставляющее 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, 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. Поскольку при закладе предмет залога изымается из хозяйственного оборота залогодателя, и он лишается возможности  его использовать, заклад применяется значительно реже залога. Наиболее распространенный пример заклада – 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.3 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 могу быть недвижимость и товары в обороте. Здания, сооружения, квартиры и космические объекты сдаются в залог оставлением имущества у залогодателя.  Стороны при заключении договора о залоге праве по своему усмотрению установить, распространяется ли залог лишь на главную вещь или также на ее принадлежность; находятся ли в залоге плоды и доходы, приносимые вещью. При отсутствии специальных оговорок об этом действует общее правило о том, что право залога на вещь, являющуюся предметом плодов и доходов, полученных в результате использования заложенного имущества (п.1 ст. 340 ГК).  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 посягательства на заложенное имущество, которые грозят его утратой или повреждением.  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 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 и т.п.  Право залога, по общему правилу, возникает с момента заключения договора, если предмет договора не подлежит передаче залогодержателю. В отношении залога имущества, которое подлежит передаче залогодержателю, право залога возникает с момента передачи этого имущества залогодержателю. Но момент возникновения права залога зависит еще и от условий договора.  Условиями договора может определяться пользование и даже распоряжение предметом, оставляемого у залогодателя или передаваемого залогодержателю. При залоге с оставлением залога 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 предмета залога в случаях 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 может осуществлять это право без ухудшения качества заложенного имущества. Если по условиям договора залогодержателю предоставлено право использования переданного ему предметом залога, то контроль за пользованием имуществом сохраняется за залогодателем. Смысл предоставляемого законом права взаимного контроля над пользованием заложенным имуществом состоит в том, чтобы заложенное имущество сохраняло свою ценность в течение всего периода залога и связанную с этим способность к удовлетворению требований кредиторов-залогодержателей.  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 всяких нарушений прав.  При передаче заложенного имущества залогодержателю на него законом или договором может быть возложена обязанность страховать это имущество. Кроме общей обязанности по страхованию имущества на залогодателя законом или договором может возлагаться обязанность по страхованию га случай, если государственными органами будет прекращена его деятельность либо осуществлена конфискация имущества, составляющего предмет залога. 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 может потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, если предмет залога выбыл из владения залогодателя, у которого он был оставлен, не в соответствии с условиями договора о залоге. Досрочное исполнения обеспеченного залогом обязательства предусмотрено и на случай утраты предмета залога по причинам, за которые залогодержатель не отвечает, если залогодатель не воспользуется правом на замену и восстановление 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; нарушение 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 пере другими кредиторами удовлетворения из стоимости заложенного имущества. Но не всякое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должником предоставляет кредитору право на реализацию залога. 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. Условия о праве залогодержателя обратить взыскание на заложенное недвижимое имущество без предъявления иска в суд, содержащееся непосредственно в договоре, должны признаваться недействительным. Порядок обращения взыскания на предмет залога, переданный залогодержателю (заклад) определяется в соответствии с договором о залоге, если законом не установлен иной порядок. Вместе с тем, учитывая, что предметом такого договора может быть только движимое имущество, при отсутствии в договоре условия о порядке обращения взыскания на предмет залога, следует исходить из того, что в данном случае подлежит применению общее правило об обращении взыскании на заложенное движимое имущество (п.2 ст.349 ГК).  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).  Приведенные правила свидетельствуют, что при невыполнении обеспеченного залогом обязательства предмет залога не может автоматически перейти в собственность (хозяйственное ведение) залогодержателей. Независимо от того, в каком порядке обращено взыскание на заложенное имущество – по решению или без обращения в суд, - предмет залога должен быть реализован по правилам, установленным ст. 350 ГК. Продажу заложенного имущества могут осуществить как судебные исполнители, так и специализированные коммерческие организации, имеющие соответствующие лицензии.  Реализация (продажа) заложенного имущества, на которое обращено взыскание, производиться 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 (при обращении взыскания по решению суда) 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. Залогодателю предоставляется дополнительный шанс погасить свой долг в период отсрочки и освободить свое имущество из-под залога. Для залогодержателя отсрочка, естественно, нежелательна, и это обстоятельство наряду с судебной процедурой как наиболее распространенным способом обращения взыскания на заложенное имущество оказывается препятствием для использования залога в качестве способа обеспечения исполнения обязательств. Отсрочка, однако, не затрагивает прав и обязанностей сторон по обязательству, обеспеченному залогом этого имущества и не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора и неустойки (п.2 ст.350 ГК).  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 обязательства должника-залогодателя. Право собственности у залогодержателя на заложенное имущество без применения соответствующих процессуальных процедур может возникнуть лишь при условии, что торги объявлены несостоявшимися. При этом возможно два варианта. Если сам залогодержатель пожелает оставить за собой имущество после объявления несостоявшимися первых торгов, он вправе выкупить заложенное имущество с зачетом в счет покупной цены своих требований по основному обязательству. Реализация этого права обусловлена согласием залогодателя. При недостижении соглашения сторон, в том числе и в части условия о покупной цене, указанное право реализовано быть не может. Лишь при объявлении несостоявшимися повторных торгов залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой. Оставить за собой заложенное имущество залогодержатель вправе в форме договора купли-продажи с должником, но с той разницей, что заключение договора купли-продажи представляет обязанность для должника. Если залогодержатель настаивает на более низкой оценке своего имущества или залогодатель не согласен оставить предмет залога за залогодержателем, спор должен рассматриваться судом по правилам рассмотрения преддоговорных споров в соответствии со ст.445 ГК.  Разные виды залога, различаемые по виду имущества, используемого для залога, имеют свою специфику. Наибольшие отличия характеризует ипотеку.  Ипотека по российскому законодательству признается залог предприятий, зданий, сооружений и других объектов недвижимости, которые остаются во владении и пользовании залогодателей. Квалифицирующими признаками ипотеки являются: а) предмет договора о залоге, каковым может являться лишь недвижимое имущество; б) сохранение за залогодателем прав владения и пользования этим имуществом. Такое понимание ипотеки является более узким по сравнению с римским правом, которым допускалось ипотека любого имущества при условии, что последнее оставалось у залогодателя.  Регулирование ипотечных отношений осуществляются наряду с ГК Федеральным законом «Об ипотеке(залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 г.  при этом общие правила о залоге, содержащиеся в ГК, применяются к ипотеке лишь тогда, когда указанным Законом не установлены иные правила. Закон об ипотеке существенно изменил многие правила о залоге и ввел применительно к залогу недвижимости ряд новых норм, направленных на развитие ипотечного кредитования. Основные особенности ипотеки сводятся к следующему.  Прежде всего 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 разрешенного использования (ст.63 Закона об ипотеке); * жилые дома и квартиры, находящиеся в государственной или муниципальной собственности (п.2 ст.74 Закона об ипотеке).   Вместе с тем законодатель расширил сферу применения правил об ипотеке, распространив их на залог незавершенного строительства недвижимого имущества, возводимого на земельном участке, отведенном для строительства в установленном порядке, а также на залог прав арендатора, если предметом арендного оговора 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 не возможен без изменения его назначения (неделимая вещь), кроме квартир в многоквартирном жилом доме, не может быть самостоятельным предметом ипотеки. Если предметом ипотеки является имущество, на отчуждение которого требуется согласие или разрешение другого лица или органа, ипотека может быть установлена при наличии на это согласия всех собственников, причем оно должно быть выражено в письменной форме (п.1 ст.7 Закона об ипотеке). Что касается участников общей долевой собственности, то они могут закладывать свои доли в праве на общее имущество без согласия других собственников. При ипотеке квартиры в многоквартирном жилом доме, части которого в соответствии с п.1 ст.290 ГК находятся в общей долевой собственности залогодателя или других лиц, заложенной считается наряду с жилым помещением соответствующая доля в праве общей собственности на жилой дом.  При ипотеке предприятия как имущественного комплекса право залога распространяется на все входящие в его состав материальные и нематериальные активы, включая здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, готовую  продукцию, права требования, исключительные права и т.п.  Ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находиться это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка и его соответствующей части (абз.2 ст.69 Закона об ипотеке). Данное правило подлежит применению в случаях, когда лицо, выступающее в качестве залогодателя здания или сооружения, является собственником или арендатором соответствующего земельного участка. Если такое лицо по договору об ипотеке передает в залог только здание или сооружение, а земельный участок либо право его аренды не является предметом залога, такой договор может считаться ничтожной сделкой (ст.168 ГК). В остальных случаях, когда залогодатель здания или сооружения не является собственником или арендатором земельного участка, договор ипотеки не может считаться не соответствующим законодательству на основании п.3 ст.340 ГК (ст.69 Закона об ипотеке). При обращении взыскания на такое здание или сооружение лицо, которое приобретает это имущество в собственность, приобретает право пользования земельным участком на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний собственник (законодатель) недвижимого имущества.  Напротив, при ипотеке земельного участка право залога не распространяется на находящиеся или возводимые на этом участке здания и сооружения, если только в договоре не предусмотрено другое условие. В случае обращения взыскания на заложенный земельный участок законодатель сохраняет право ограниченного пользования (сервитут) той его частью, которая необходима для использования здания или сооружения в соответствии с его назначением. Условия пользования этой частью участка определяются соглашением залогодателя с залогодержателем, а в случае спора – судом.  Ряд важных особенностей ипотеки определяется тем, что имущество не выбывает из сферы хозяйствующего господства залогодателя, а, напротив, продолжает им пользоваться. В этой связи. По общему правилу, залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества: при наступлении этих обстоятельств залогодатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, если только между ним и залогодателем не заключено письменное соглашение о восстановлении или замене погибшего или поврежденного имущества и залогодатель надлежащим образом выполняет условия этого соглашения (ст.36 Закона об ипотеке).  Залогодатель вправе использовать имущество в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из имущества плоды и доходы. Если в залог сдано предприятие, залогодатель вправе продавать, обменивать сдавать в аренду, предоставлять в заем имущество, относящееся к предприятию, вносить изменения в состав данного имущества при условии, что это не влечет уменьшения указанной в договоре об ипотеке общей стоимости имущества, относящегося к предприятию, а также не нарушает других условий договора об ипотеке.  Нахождение имущества у залогодателя диктует особые требования обеспечения его сохранности. Залогодатель обязан поддерживать имущество в исправном состоянии, производить его текущий и капитальный ремонт и нести расхода на содержание этого имущества до прекращения ипотеки, если иное  прямо не предусмотрено договором об ипотеке.  Указанным обязанностям законодателя корреспондирует право залогодателя проверять по документам и фактически наличие, состояние и условия содержания заложенного имущества, не создавая неоправданных помех для его использования.  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 утраты или повреждения заложенного имущества, или при необоснованном отказе залогодержателю в проверке заложенного имущества (ст.34) залогодатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства. Если в удовлетворении такого требования отказано либо оно не удовлетворено в предусмотренный договором срок, а если срок не предусмотрен, то в течение одного месяца залогодержатель вправе обратить на заложенное имущество взыскание.  В случае непринятия залогодателем мер по обеспечению сохранности заложенного предприятия залогодержатель вправе требовать ведения ипотечного контроля за деятельностью залогодателя (требовать регулярного представления бухгалтерской отчетности, предварительного согласования заключаемых залогодателем сделок, расторжения контракта с руководителем предприятия и т.п.).  Обеспечение интересов залогодержателя служит и обязательное страхование заложенного имущества, которое, если иное не предусмотрено договором, осуществляется залогодателем за его собственный счет в размере полной стоимости имущества, а при превышении размера обеспеченного ипотекой обязательства – на сумму не ниже суммы этого обязательства. При этом залогодержатель имеет право на удовлетворение своего требования по обязательству, обеспеченному ипотекой, непосредственно из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано (п.3 ст.31 Закона об ипотеке).  Особые требования предъявляются законом к форме договора об ипотеке. Договор должен быть нотариально удостоверен и подлежит государственной регистрации. Последняя осуществляется учреждениями юстиции в едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в порядке установленном Федеральным законом «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Государственная регистрация ипотеки производится залогодателем, который должен представить нотариально удостоверенный договор об ипотеке и его копию; документы; названные в договоре об ипотеке в качестве приложений; доказательства уплаты регистрационного сбора; документ, подтверждающий возникновения обеспеченного ипотекой обязательства. Обязательными приложениями к договору об ипотеке предприятия являются акт инвентаризации, бухгалтерский баланс и заключение независимого аудитора о составе и стоимости имущества, относящегося к предприятию (п.3 ст. 70 Закона об ипотеке). Ипотека должна быть зарегистрирована в течение одного месяца со дня поступления необходимых для ее регистрации документов. Регистрация осуществляется путем совершения регистрационной записи об ипотеке в едином государственном реестре прав на  недвижимое имущество; датой государственной регистрации является день совершения регистрационной записи. Договор об ипотеке считается заключенным и вступает в силу с момента его государственной регистрации.  Несоблюдение правил о нотариальном удостоверении и государственной регистрации договора об ипотеке влечет его недействительность. Такой договор считается ничтожным. Аналогичные последствия наступают при включении соглашения об ипотеке обязательство, если последний нотариально не удостоверен или не зарегистрирован.  На развитие ипотечного кредитования направлены введенные Законом об ипотеке правила о закладной. Согласно п.2 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 обязательств наличия этого обязательства, так и правом залога на указанное в договоре об ипотеке имущество. Составляет закладную залогодатель, а если он является третьим лицом, также и должник по обеспечиваемому ипотекой обязательству. Оба они выступают обязанными по закладной лицами.  Закладная выдается первоначальному залогодержателю органом, осуществляющим государственную регистрацию ипотеки, после государственной регистрации самой ипотеки. В последующем закладная может передаваться другим лицам либо сдаваться в залог. Передача прав по закладной осуществляется путем совершения на ней передаточной надписи в пользу другого лица (владельца закладной) и передачи закладной этому лицу. Передача прав по закладной другому лицу означает передачу тем самым этому же лицу прав по обеспеченному ипотекой обязательству. Законному владельцу закладной принадлежит все удостоверенные ею права, в том числе права залогодержателя и права кредитора по обеспеченному ипотекой обязательству, независимо от прав первоначального залогодержателя предшествующих владельцев закладной.  Залог закладной означает передачу ее другому лицу (залогодержателю закладной) в обеспечение в обязательства по кредитному договору или иного обязательства, возникшего между этим лицом и залогодержателем, первоначально названным в закладной, либо ее иным законным владельцем (ипотечным залогодержателем). При неисполнении обязательств, обеспеченного залогом закладной, ипотечный залогодержатель обязан по требованию залогодержателя закладной передать ему свои права по закладной. При отказе передать эти права залогодержатель закладной может требовать в судебном порядке перевода этих прав на себя.  Как видим, права залогодержателя, удостоверенные закладной могут легко вовлекаться в гражданский оборот, расширяя возможности ипотечного кредитования. 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.  Известной спецификой обладает порядок обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество и его реализации. По сравнению с ГК (п.3 ст.349) Закон об ипотеке (ст.55) существенно сужает сферу внесудебного удовлетворения требований залогодержателя, исключая из нее случаи, когда: а)для ипотеки имущества требовалось согласие или разрешение другого лица или органа; б) предметом ипотеки является предприятие как имущественный комплекс; имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества; имущество, находящееся в общей собственности, если кто-либо из его собственников не дает согласия на удовлетворение требований залогодержателя во внесудебном порядке. В указанных случаях взыскание на заложенное имущество обращается лишь по решению суда.  Вместе с тем Закон об ипотеке предоставляет сторонам залогового правоотношения возможность избежать обязательной реализации заложенного имущества путем продажи его с публичных торгов. Согласно п.3ст.55 Закона в соглашении об удовлетворении требований залогодержателя, удостоверенном нотариально и заключенном после возникновения основания для обращения взыскания на предмет ипотеки, стороны могут предусмотреть приобретение заложенного имущества залогодержателем для себя или третьих лиц с зачетом в счет покупной цены требований залогодержателя к должнику, обеспеченных ипотекой. К такого рода соглашениям применяются правила о договоре купли-продажи, а в случае приобретения имущества залогодержателем для третьих лиц – также и о договоре комиссии.  Обращение взыскания на заложенный жилой дом или квартиру и реализация этого имущества по общему правилу не могут служить основанием для выселения приобретателем залогодателя и членов его семьи, если оно является для них единственным пригодным для постоянного проживания помещением. Исключение составляет случай, когда жилой дом или квартира был заложен по договору об ипотеке в обеспечение возврата кредита, предоставленного на приобретение или строительство этого жилого дома или квартиры, и проживающие с залогодателем члены семьи выдали до заключения договора об ипотеке, а если они были вселены в заложенный жилой дом или квартиру позже – до их вселения, нотариально удостоверенное обязательство освободить заложенный жилой дом или квартиру при обращении на него взыскания(ст.78 Закона об ипотеке).  Залогом товаров в обороте признается залог товара 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).  Этот вид залога широко применялся и применяется в хозяйственной практике для обеспечения кредитов, выдаваемых банками по обороту материальных ценностей. Особенности залога товаров в обороте отражены в ГК, а также в Законе о залоге, где этот вид залога называется залогом товаров в обороте и переработке.  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 (хозяйственное ведение ) 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). Таким образом, все товары или часть их того вида, который оговорен в договоре о залоге, поступающие в собственность залогодателя, автоматически становятся предметом залога.  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.357ГК.).  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. Например, по мере погашения банковского кредита залогодатель может продавать соответствующую часть заложенного имущества.  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 движениях 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 ломбарду залогового билета, подтверждающего передачу вещей в залог под поученную от ломбарда ссуду.  Закладываемые вещи передаются ломбарду, то есть залог вещей в ломбарде является разновидностью заклад. Поскольку предмет залога оказывается во владении ломбарда-залогодержателя, на ломбард независимо от условий договора о залоге возлагается также обязанность 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 залог вещи в полной сумме их оценки.  Ответственность ломбарда как профессионального хранителя является повышенной и основывается не началах вины, а на началах риска.  В отличие от других разновидностей залога, где, по общему правилу, обращение взыскания на заложенное имущество производиться 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 иных таможенных платежей, платежей при использовании таможенных режимов транзита, переработки перед таможенным контролем, временного ввоза (вывоза), переработки на 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 19994 г. могут быть товары, в том числе валюта, валютные ценности, ценные бумаги, а также автотранспортные средства. Принятые 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 выступать 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.  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 предмет залога, 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 производиться по решению суда или на основании исполнительной надписи нотариуса. Реализация же предмета залога, на который обращается взыскание, осуществляется в соответствии с положениями Таможенного кодекса РФ.  Одним из видов залога является залог прав. Согласно ст.54 Закона РФ «О залоге» предметом залога могут быть принадлежащие залогодателю права владения, 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 прав означает, что из стоимости имущества, поступающего залогодателю в связи с исполнением заложенного им права, прежде всего, должны удовлетворяться требования залогодержателя. Например, залогодатель переступил за определенное вознаграждение принадлежащее ему право на использование изобретения. Вытекающее из этого договора право наряду с обычными условиями необходимо указать лицо, которое является должником по отношению к залогодателю. Залогодатель обязан уведомить своего должника о составляющемся залоге прав. Он также обязан не совершать действий, влекущих полное или частичное прекращение заложенного права или его уступку; принимать меры, необходимые для защиты заложенного права от посягательств со стороны третьих лиц; сообщать залогодержателю сведения об изменениях, происшедших в заложенном праве, о его нарушениях третьими лицами и о притязаниях третьих ли на это право (ст.56 Закона РФ «О залоге»). Если залогодатель не выполнит перечисленных требований, залогодержатель может потребовать передачи 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;   1. в случае продажи с публичных торгов заложенного имущества, а также в случае, когда его реализация оказалась невозможной.     **3.3. Удержание**  Суть удержания как способа обеспечения обязательства состоит в том, что кредитор, у которого находиться вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено (п.1 ст.359 ГК).  Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования, хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее или других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.  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. В сущности, об удержании, а не о залоге нужно говорить при невыдаче груза перевозчиком, когда получатель отказывается или уклоняется от оплаты причитающихся за перевозку груза платежей. Таможенные органы для обеспечения уплаты установленных законом платежей также прибегают к удержанию товара, транспортных средств и пр., хотя в действующем Положении об использовании залога таможенными органами случай задержания товара именуется залогом.  Удержание как способ обеспечения исполнения обязательств имеет много общего с залогом. В ряде случаев удержание перерастает в залог. Например, при привлечении к ответственности за нарушение таможенных правил, когда стоимости находящегося под таможенным контролем имущества, подлежащего изъятию, оказывается недостаточно, с согласия таможенного органа РФ изъятие товаров и транспортных средств может быть заменено на их залог.  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 вещ, реализуются так же, как и права залогодержателя, по тем же правовым основаниям.  Однако в отличие 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.  В залоговом обязательстве уже в момент его совершения фиксируется определенное имущество, за счет которого при необходимости будет удовлетворяться основное требование. Имущество, обремененное залогом, может оставаться у залогодателя, а может передаваться залогодержателю. При удержании же 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. Например, перевозчик, принявший на себя обязательство по доставке груза, вправе не выдавать груз до уплаты получателем причитающихся с него платежей. Ранее такое удержание грузе перевозчиком приводилось в качестве примера залога, устанавливаемого законом. Теперь в связи с выделением такого способа обеспечения исполнения обязательств, как удержание, применительно к перевозчикам и таможенным органам, которым предоставлено право удерживать груз до оплаты пошлин и обязательных платежей, можно говорить как о залоге (при наличии в договоре условия о залоге), так и об удержании. Перевозчик сохраняет право на невыдачу груза (его удержание) и в том случае, когда груз от отправителя (стороны в договоре перевозки груза) перешел в собственность третьего лица, приобретшего, например, коносамент, по которому перевозился данный груз.  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 других 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).  **3.4. 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 возникает 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 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 не установленными.  При поручительстве ответственным перед кредитором за неисполнение основного, обеспечиваемого обязательства становится наряду с должником еще и другое лицо – поручитель. Это создает для кредитора большую вероятность реального удовлетворения его требований к должнику.  Поручительство является договором и возникает в результате соглашения между кредитором должника и его поручителем. Действующее гражданское законодательство устанавливает известные ограничения для лиц, которые могут выступать в качестве поручителя в договоре поручительства. В частности, 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.  В отличие от ГК 1964 г., допускавшего заключение договора поручительства только при наличии уже состоявшегося обязательства, обеспечить которое обязался поручитель, ГК допускает возможность заключения договора поручительства для обеспечения обязательства, которое возникает в будущем (стт.361 ГК). Это важная новелла, способная приобрести особое значение при заключении кредитных договоров.  По сравнению с Основами гражданского законодательства 1991 г. ГК изменил характер ответственности поручителя, установив между должником и поручителем солидарную ответственность перед кредитором, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя (п.1 ст.363 ГК). Тем самым ГК РФ вернулся к той конструкции ответственности главного должника и поручителя, которая была закреплена в ГК 1964 г.  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 исполнение обязательства, обеспеченного поручительством, причинило кредитору убытки, поручитель обязан возместить эти убытки.  Поручитель также несет ответственность за возмещение кредитору издержек, связанных со взысканием долга и других убытков (п.2 ст.363 ГК).  По условиям договора поручитель может принять на себя ответственность за исполнение должником лишь части обязательства, но об этом должно быть прямо указано в условиях обеспечительного обязательства.  Обязанность поручителя отвечать за исполнение обязательства должником не означает, что поручитель принимает на себя обязанность к представлению того, к чему обязывался должник. Он может быть просто не способен по объективным причинам выполнить это. Поэтому поручитель, по общему правилу, несет обязанность возместить в денежной форме не исполненное должником. Именно поэтому наибольшее распространение поручительство получило в денежных обязательствах.  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. Хотя договор поручительства в силу его зависимости от основного обязательства с отпадением основного обязательства прекратит свое существование, не проводить различия в основаниях и содержании двух названных обязательств было бы юридически неточно.  Лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно (п.3 ст.363 ГК). Совместные поручители несут солидарную ответственность не только друг с другом, но и с должником по обеспеченному поручительством обязательству. Солидарная ответственность сопоручителей может быть устранена включением специальной оговорки об этом в договор поручительства.  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.  К поручительству применяются общие нормы гражданского законодательства о договорах, в том числе и правило о недоступности одностороннего расторжения (изменения) договора. Договор поручительства является односторонним, безвозмездным, консенсуальным. Объем и характер ответственности поручителя зависят от содержания договора поручительства. В частности, поручитель вправе оговорить, что он поручается за возврат должником лишь основной суммы без возмещения неустойки и убытков. В договоре поручительства должно содержаться конкретное указание на обязательство, за исполнение которого должником поручитель ручается, и сумму, в пределах которой действует поручительство. 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. В отличие от ранее действовавшего правила, по которому поручитель в случае предъявления к нему иска был бы обязан привлечь должника к участию в деле, по действующему ГК поручитель вправе действовать по собственному усмотрению, привлекая должника лишь тогда, когда он считает это  в интересах дела.  Если поручитель добровольно или по решению суда исполнил обязательство должника, к нему переходят права кредитора по этому обязательству. Поручитель приобретает право требовать от должника исполнения обязательства в том объеме, в каком он сам исполнил требование кредитора. При частичном исполнении обязательства он может требовать от должника в порядке регресса возмещения в части исполнения. Полная оплата предполагает и полное возмещение расходов, понесенных поручителем. Поскольку поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, что и сам должник, и может возместить помимо основного долга также и другие убытки кредитора, поручитель наделяется правом требовать от должника также возмещения в части выплаченных кредитору процентов за просрочку исполнения, судебных издержек и пр. Исполнение денежного обязательства за должника приводит к тому, что часть средств поручителя выбывает из его хозяйственного оборота. Поручитель как бы ссужает должника на период его просрочки с исполнением обязательства перед кредитором, увеличивая тем самым его имущественный актив. Это обстоятельство учитывает законодатель, предоставляя поручителю право требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с исполнением обязательства за должника. За неправомерное использование денежных средств поручителя последний вправе взыскать с должника уплаты процентов на сумму этих средств. 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. Если в связи с ответственностью за должника поручитель понес убытки, он также имеет право на их взыскание с должника.  По исполнению поручителем обязательства должника кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование, например, право залога.  Нормы ГК о поручительстве - диспозитивные, поэтому договор, так же, как и специальные правовые акты, может предусматривать иное распределение сторон по договору поручительства.  Если должник сам исполнит обязательство, обеспеченное поручительством, 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 предъявить регрессное требование к должнику о возмещении ему фактом двойного исполнения обязательства убытков. Должник, возместивший убытки поручителя, будет вправе получить с кредитора только неосновательно полученное. В результате может сложиться такая ситуация, когда должник возвратит поручителю сумму, которая больше по размеру той, которую должник перечислил по основному обязательству. Возможность наступления таких невыгодных последствий побуждает должника к своевременному уведомлению поручителя об исполнении обязательства им самим.  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. Для обеспечения исполнения обязанностей в изменившихся условиях или иными участниками основного обязательства потребуется заключение другого договора поручительства, что также оценивается судебной практикой как наличие нового договора. 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. При менее продолжительном сроке обеспечительный характер поручительства. При отсутствии в договоре поручительства указания о сроке, на который оно дано, поручительство прекращается, если кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иска к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства (п.4 ст.367 ГК).  Для реализации обеспечительных функций поручительства кредитор при неисполнении основного обязательства должником обращается с иском в суд. Ранее были названы сроки, установленные для обращения с иском в суд. Хотя эти сроки названы сроками для обращения с иском в суд, их нельзя признавать исковыми, так как правовые последствия их истечения отличаются от правовых последствий истечения сроков исковой давности. 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 прекращение поручительства. Он не подлежит восстановлению судом. Следовательно, указанные сроки являются пресекательными, то есть сроками существования самого права кредитора возложить обязанность по не исполненному должником обязательству на поручителя.  **3.5.Банковская гарантия**  Банковская гарантия является новым для Российской Федерации способом обеспечения исполнения обязательств. В силу банковской гарантии банк, иное кредитное учреждение или страховая организация (гарант) дает 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 его уплате (ст.368 ГК). В ГК РФ использованы при наименовании сторон известные в международной практике термины, заимствованные из римского права: *бенефициар* – лицо, в пользу которого осуществляется платеж, выставляется аккредитив, или получатель по страховому полису; *принципал* – основной, главный должник в обязательстве.  ГК РФ воспринял наиболее удобную в практическом отношении форму банковской гарантии – гарантию по первому требованию, по которой гарант производит платеж против простого требования бенефициара без представления судебного решения, вынесенного против принципала или его доказательства ненадлежащего исполнения принципалом своих договорных обязательств. Гарант вправе отказать в удовлетворении его требований, если они не соответствую условиям гарантии или пропущен срок гарантии. Об отказе удовлетворить требование кредитора гарант должен немедленно сообщить кредитору.  Банковская гарантия принципиально отличается от использовавшейся ранее гарантии, которая предоставлялась при кредитовании вышестоящим органом, и гарантии как разновидности поручительства, предусмотренной Основами гражданского законодательства 1991 г.  Банковскую гарантию характеризуют прежде всего особый субъективный состав. Гарантами могут быть банки, иные кредитные учреждения, имеющие лицензию на совершение банковских операций, либо страховые организации, созданные в соответствии с Законом РФ «О страховании».  В рамках банковской гарантии не учитываются претензии и возражения принципала (основного должника) к бенефициару(кредитору), в связи с чем для кредитора (бенефициара) предпочтительнее получить банковскую гарантию, а не поручительство третьего лица.  Банковская гарантия является дополнительным обязательством по отношению к договору между бенефициаром и принципалом, хотя и обладающим известной автономией, что также отличает банковскую гарантию от поручительства и других перечисленных в ГК способов обеспечения исполнения обязательств.  Гарант обязывается к уплате определенной денежной суммы в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства. Это означает, что в гарантийном обязательстве гарант вправе указать так называемые гарантийные случаи, т.е. перечень нарушений, с наступлением которых появляется основание для предъявления требования по уплате гарантом бенефициару определенной денежной суммы. Наличие банковской гарантии перечня «гарантийных случаев» сближает ее с договором страхования. Однако наличие договора страхования далеко не всегда подчинено цели обеспечения исполнения другого обязательства, например кредитного договора. По общему правилу, договор страхования - самостоятельный договор, и кредитор страхования лишь тогда получает  дополнительное обеспечение в форме договора страхования, когда он указан в договоре страхования в качестве выгодоприобретателя, а неисполнение или ненадлежащее исполнение должником возложенного на него обязательства включено в круг страховых рисков.  В отличие от других обеспечительных обязательств, зависимых от основных обязательств, предусмотренное банковской гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от того основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обстоятельство (ст. 370 ГК). Банковская гарантия сохраняет силу и после прекращения основного обязательства или признания его недействительным (ст.370 ГК). Предмет основного обязазательства не важен для гаранта. Гарант обязан выполнить свои обязательства, даже если принципал возражает против этого и ссылается на обстоятельства, подтверждающие справедливость его возражений. Несмотря на столь категоричную формулировку правила ст.370 ГК о том, что гарант несет ответственность перед бенефициаром независимо от ответственности принципала, было бы неточно предполагать, будто банковская гарантия абсолютно независима от основного обязательства. Сама обязанность гаранта произвести платеж в пользу бенефициара имеет своим основанием неисполнение принципалом основного обязательства. Для выдающего банковскую гарантию важно знать условия обеспечиваемого банковской гарантией обязательства, условия его изменения и исполнения с тем, чтобы оговорить в гарантийном обязательстве условия, обеспечивающие интересы гаранта. Например, в банковскую гарантию гарант может включить условие о том, что вызывает прекращение банковской гарантии;   * изменения обязательства, обеспеченного банковской гарантией, которые могут привести к увеличению ответственности либо к иным неблагоприятным для гаранта последствиям, если эти изменения были сделаны без согласия гаранта; * перевод на другое лицо по обеспеченному банковской гарантией обязательству, если на это не было предварительно получено согласие гаранта; * отказ бенефициара принять предложение принципалом надлежащее исполнение.   Таким образом, содержание банковской гарантии во многом зависит как от предписаний закона, так и от условий, разработанных сторонами и включенных в гарантийное обязательство.  В отличие от других обеспечительных обязательств, банковская гарантия может быть как безотзывной, так и отзывной.  Банковская гарантия обладает и некоторыми другими отличиями. Например, по общему правилу, для перехода к другому лицу прав кредитора не требует согласие должника. Принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования к гаранту не может быть передано другому лицу. Уступка требования допустима только с согласия гаранта(должника) выраженного либо непосредственно в тексте гарантии при ее подписании, либо впоследствии, но до предъявления к гаранту требований бенефициара. Гарант может иметь собственный интерес в сохранении гарантийного обязательства хотя бы потому, что он получает при выдаче банковской гарантии установленное  сторонами вознаграждение.  К реализации обеспечительных обязательств кредитор вправе приступить, по общему правилу, в случае неисполнения обязательства должником.  Банковская гарантия, если в ней не содержится иных оговорок, вступает в силу со дня ее выдачи, то есть с момента подписания гарантийного письма. Если бенефициар представляет гаранту в письменной форме требование с указанием, в чем состоит нарушение принципалом основного обязательства, в обеспечение которого выдана гарантия, гарант обязан удовлетворить требование бенефициара.  Банковская гарантия должна быть совершена в форме письменного обязательства уплатить кредитору принципала(бенефициару) в соответствии с условиями даваемого гарантом обязательства денежную сумму по представлении бенефициаром письменного требования о ее уплате. Гарантийное письмо является свидетельством заключения договора банковской гарантии и подтверждением всех условий ответственности гаранта перед кредитором должника.  Банковская гарантия может выдаваться банком либо непосредственно в пользу контрагента принципала (прямая гарантия),либо в пользу банка, обслуживающего контрагента(гарантия через посредство банка).  Банковская гарантия должна содержать перечень документов, которые бенефициар должен представить гаранту при предъявлении требования об оплате подтвержденной гарантией суммы. Требование бенефициара об оплате денежной суммы по банковской гарантии должно быть представлено гаранту в письменной форме (п.1 ст.374 ГК).  Несоответствие приложенных к требованию бенефициара документов условиям банковской гарантии является основанием для отказа в удовлетворении требования бенефициара (п.1 ст.376 ГК).  За представление гарантии банк взимает вознаграждение (п.2 ст.369 ГК), устанавливаемое в процентном соотношении к сумме гарантии либо в твердой сумме.  Банковская гарантия прекращает свое действие:   * фактом уплаты бенефициару суммы, на которую выдана гарантия; * окончанием определенного в гарантии срока, на который она выдана; * вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии и возвращения ее гаранту; * вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии путем * письменного заявления об освобождении гаранта от его обязательств.   Возвращение бенефициаром гаранту оригинала гарантийного письма является подтверждением того, что никакой претензии по ней не будет предъявлено, что также означает по существу прекращение обязательства по банковской гарантии.  Гарант, которому стало известно о прекращении гарантии любым из указанных способов, должен немедленно уведомить об этом принципала. 3.6. 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 ГК не говорится о том, что несоблюдение письменной формы приводит к недействительности соглашения о задатке. Следовательно, наступают общие последствия несоблюдения письменной простой письменное формы сделки, определенные ст. 162 ГК, т.е. несоблюдение простой письменной формы сделки лишает стороны права в случае спора ссылаться в подтверждение сделки и ее условия на свидетельские показания, но не лишает их права приводить письменные и другие доказательства (п.1 ст.162 ГК). Имеет существенное значение четкость составленного документа о задатке. Во избежание спора передаваемая в качестве задатка сумма должна быть и названа в качестве задатка.  В отношениях по поводу задатка участвуют стороны основного обязательства; должник – задаткодатель и кредитор – задаткополучатель.  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 отличие 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 стороны 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 убытком 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.  Действующим 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. |