**Ознакомится с материалом, ответить письменно на контрольные вопросы и законспектировать способы обеспечения исполнения обязательств**

**Тема.** Исполнение обязательств. Способы обеспечения надлежащего исполнения обязательств.

**План**

1. Понятие обеспечения исполнения обязательства.
2. Неустойка
3. Залог
4. Удержание
5. Поручительство
6. Банковская гарантия
7. Задаток
8. **Понятие обеспечения исполнения обязательства**

Чтобы оградить интересы кредитора и предотвратить либо уменьшить размер негативных последствий от возможного неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства, могут быть установлены обеспечительные меры принудительного характера. Такие меры именуются способами обеспечения исполнения обязательства. То есть, другими словами, под способами обеспечения обязательств подразумеваются специальные меры, которые в достаточной степени гарантируют исполнение обязательства и стимулируют должника к надлежащему поведению.

К  ним относятся: неустойка, залог, удержание, поручительство, задаток и другие способы, предусмотренные законом или договором (ст. 329  ГК РФ).

Конкретный способ обеспечения исполнения обязательств может быть предусмотрен правовым актом или договором, но, как правило, он устанавливается соглашением сторон. В правовом акте обычно устанавливается неустойка (ст. 856, 866 ГК РФ устанавливают неустойку в виде процентов за пользование чужими денежными средствами), иногда удержание (ст. 712, 972, 997 ГК РФ), реже поручительство (ст.532 ГК РФ) или залог (так, согласно п. 5 ст. 488 ГК РФ проданный в кредит товар признаётся находящимся в залоге).

Приведенный в ст. 329 ГК РФ перечень способов обеспечения исполнения обязательств не является исчерпывающим, что означает допустимость использования в качестве таковых и иных правовых конструкций. Расширение этого перечня возможно путем указания на другие способы, как в договоре, так и в законе. ГК РФ, например, предусматривает использование уступки денежного требования в качестве способа обеспечения исполнения обязательства, возникшего на основании договора финансирования (ст. 824 ГК РФ).

При обеспечении обязательства между кредитором и лицом, обеспечивающим обязательство, также возникает обязательственное правоотношение. Но это обязательство особого рода. Оно является дополнительным (акцессорным) по отношению к обеспечиваемому или главному обязательству, зависимым, производным от него

1. **Неустойка**

**Неустойка (штраф, пеня)** – наиболее распространенный способ обеспечения исполнения обязательств и наиболее часто применяемая  на практике мера имущественной ответственности.

Неустойка представляет собой определенную законом или договором денежную сумму, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности, в случае просрочки исполнения (ст. 330 ГК РФ).

Общим, родовым понятием неустойки охватываются и такие её разновидности, как пеня и штраф.

Под пеней понимается такая неустойка, которая устанавливается на случай просрочки исполнения и исчисляется за каждый определенный отрезок времени с нарастающим итогом.

Неустойка и пеня обычно устанавливаются в виде процента к цене нарушенного обязательства.

Штраф – неустойка, установленная в твердой сумме (пеня, взыскиваемая однократно).

Неустойка может быть установлена соглашением сторон – договорная неустойка или предписанием закона – законная неустойка (ст. 332 ГК РФ).

Размер, порядок исчисления, условия применения договорной неустойки определяются исключительно по усмотрению сторон. Соглашение о неустойке должно совершаться в письменной форме независимо от суммы неустойки и от формы, в какую облечено основное обязательство, которое может возникнуть и из устной сделки. Несоблюдение же письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке (ст. 331 ГК РФ).

Законная неустойка применяется независимо от того, предусмотрена ли обязанность её уплаты соглашением сторон. Сфера её применения зависит от того, в какой (диспозитивной или императивной) правовой норме она содержится. Если неустойка предусмотрена императивной нормой, она подлежит безусловному применению именно в том виде, в каком обозначена в этой норме. Когда же положение о неустойке содержится в диспозитивной норме, она применяется лишь постольку, поскольку стороны своим соглашением не предусмотрели  иной её размер. В отношении законной неустойки в п. 2 ст.332 ГК РФ закреплено правило, согласно которому её размер может быть изменен соглашением сторон лишь в сторону увеличения, если это не запрещено законом. Например, статья 133 Транспортного устава железных дорог запрещает соглашения железной дороги с грузополучателем, грузоотправителем, пассажиром, с целью ограничить или устранить возлагаемую на них ответственность.

В зависимости от соотношения права на взыскание неустойки и права на возмещение убытков законодательство различает четыре вида неустойки – зачетную, штрафную, исключительную и альтернативную (ст. 394 ГК РФ).

Зачетная неустойка означает взыскание установленной неустойки и, кроме того, возмещение убытков в части, не покрытой ею, т.е. суммы, составляющие размер неустойки, зачитываются в счет возмещения убытков. Вместе с тем законом или договором может быть определено иное соотношение: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков – такая неустойка называется исключительной. Например, в соответствии со ст. 105 Транспортного устава железных дорог неустойка в виде штрафа, взыскивается вместо убытков за неподачу железной дорогой вагонов и контейнеров.

Когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки – такая неустойка признаётся штрафной (примером такой неустойки служит положение п. 2 ст. 13 Закона РФ «О защите прав потребителей»).

Когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка, либо убытки – такая неустойка является альтернативной.

Во всех случаях, когда законом или договором вид неустойки не определен, применяется зачетная неустойка.

Несмотря на то, что размер неустойки устанавливается законом или договором, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд в соответствии со ст. 333 ГК РФ вправе её уменьшить (полное освобождение от уплаты неустойки не допускается).

**3. Залог**

**Залог** – способ обеспечения исполнения обязательства, при котором кредитор имеет право в случае неисполнения должником обеспеченного залогом обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами  залогодателя - лица, которому принадлежит это имущество (п. 1 ст. 334 ГК РФ).

Субъектами в залоговом обязательстве являются залогодатель и залогодержатель. В качестве залогодержателя во всех случаях выступает кредитор по основному обязательству. Это может быть и специализированная организация – ломбард, имеющая лицензию на осуществление предпринимательской деятельности по принятию от граждан в залог движимого  имущества, предназначенного для личного потребления, в обеспечении краткосрочных кредитов.

В качестве залогодателя может выступать как сам должник, так и третье лицо. При залоге вещей залогодателем вправе быть собственник вещи либо лицо, имеющее на неё право хозяйственного ведения. При залоге имущественных прав залогодателем является лицо, которому принадлежит закладываемое право. Например, при залоге права аренды земельного участка залогодатель – арендатор этого участка.

Залог обычно возникает в силу договора. При этом возможно заключение отдельного соглашения о залоге либо включение условия о залоге в текст основного договора. Залог возникает также на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признаётся находящимся в залоге. Так, в силу п. 5 ст. 488 ГК РФ (если иное не предусмотрено договором купли-продажи) при продаже товара в кредит с момента передачи покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, признаётся находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем его обязанности по оплате товара.

Предметом залога являются вещи (как движимые, так и недвижимые), за исключением изъятых из оборота и тех, на которые не допускается обращение взыскания, и имущественные права, за исключением неразрывно связанных с личностью кредитора и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом (например, требований об алиментах).

Согласно п. 6 ст. 340 ГК РФ договором о залоге, а в отношении залога, возникающего на основании закона, законом может быть предусмотрен залог вещей и имущественных прав, которые залогодатель приобретет в будущем (например, залог урожая будущего года, залог права на взыскание арендной платы в будущем году т.п.). Гарантией выполнения требований залогодержателя является не всё имущество должника, а только заложенное имущество.

Договор о залоге должен быть совершен в письменной форме независимо от того, в какой форме (устной или письменной) заключен основной договор. Обязательному нотариальному удостоверению подлежат лишь ипотека и договоры о залоге движимого имущества или прав на имущество в случаях, когда обеспечиваемый залогом договор должен быть заключен в нотариальной форме. Договор об ипотеке, кроме того, должен быть ещё и зарегистрирован в порядке, установленном для регистрации сделок с соответствующим имуществом (ст. 339 ГК РФ).

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 (п. 1 ст. 339 ГК РФ). Если сторонами не достигнуто соглашение хотя бы по одному из указанных условий либо соответствующее условие в договоре отсутствует, договор о залоге не может считаться заключенным.

Содержание залогового обязательства составляют права и обязанности сторон. Так, залогодержатель вправе ограничивать залогодателя в распоряжении заложенным имуществом. В случае передачи залогодержателю предмета залога он приобретает в определенных случаях права владения, пользования и распоряжения им: право истребовать заложенное имущество из чужого незаконного владения, в том числе из владения залогодателя, право требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти требования и небыли соединены с лишением владения, и др. (ст. 346, 347 ГК РФ). При неисполнении должником обязательства, обеспеченного залогом, залогодержатель имеет право преимущественно перед другими кредиторами получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества. Возможности передачи имущества, являющегося предметом залога, в собственность залогодержателя действующее законодательство не предусматривает. Всякие соглашения, предусматривающие такую передачу, являются ничтожными, за исключением тех, которые могут быть квалифицированы как отступное или новация обеспеченного залогом обязательства.

Залогодержатель и залогодатель вправе проверять наличие и состояние заложенного имущества, находящегося у другой стороны.

Залогодатель или залогодержатель, в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязан, если иное не предусмотрено законом или договором: страховать за счет залогодателя заложенное имущество, принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности имущества, немедленно уведомлять другую сторону о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества.

Взыскание на заложенное имущество может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства по обстоятельствам, за которые он отвечает. Суд может отказать во взыскании, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества (ст. 348 ГК РФ).

От предмета залога зависит порядок обращения взыскания на заложенное имущество. Взыскание на заложенное недвижимое имущество по общему правилу обращается по решению суда. Возможность бесспорного обращения взыскания на недвижимость, являющуюся предметом залога, по исполнительной надписи нотариуса исключается.

Наравне  с судебным порядком допускается обращение взыскания без обращения в суд. 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 (п. 1 ст. 349 ГК РФ). Согласно п. 47 постановления Пленумов Верховного Суда и Высшего арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» условие о праве залогодержателя обратить взыскание на заложенное недвижимое имущество без предъявления иска в суд, содержащееся непосредственно в договоре о залоге, должно признаваться недействительным.

Взыскание на заложенное движимое имущество,           по общему правилу, также обращается  на основании решения суда, а по соглашению залогодержателя с залогодателем допускается удовлетворение требований залогодержателя и без обращения в суд. В данном случае залогодержателю и залогодателю предоставлены более широкие возможности обойтись без суда при решении вопроса об удовлетворении требований залогодержателя за счет предмета залога. Его совершение возможно в любое время, даже в момент заключения соглашения о залоге. К тому же нотариального удостоверения не требуется (п. 2 ст. 349 ГК РФ).

Обращение взыскания на движимое имущество, заложенное в ломбарде, осуществляется во внесудебном порядке.

**4. Удержание**

Существо **удержания** заключается в том, что кредитору, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику или указанному им лицу, предоставлено право в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с этой вещью издержек и других убытков удерживать её у себя до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено должником (п. 1 ст. 359 ГК РФ). Таким образом, особенность такого обеспечения исполнения обязательства, как удержание состоит в том, кредитор наделен правом удерживать вещь должника до исполнения последним его обязательства непосредственно, т.е. для реализации этого права кредитору не требуется, чтобы возможность удержания вещи была предусмотрена договором. Тем не менее, стороны вправе предусмотреть в договоре условия удержания, отличающиеся от установленных в законе, либо исключить применение названного способа обеспечения обязательства, т.е. нормы об удержании носят диспозитивный характер (п. 3 ст. 359 ГК РФ).

По общему правилу удержанием вещи должника могут обеспечиваться только те из его обязательств, которые связаны с оплатой удерживаемой вещи или возмещением связанных с ней убытков. Следовательно, в роли кредитора, располагающего правом удерживать вещь должника, может оказаться хранитель по договору хранения, ожидающий оплаты услуги связанных с хранением вещи, перевозчик по договору перевозки, не выдающий груз получателю до полного расчета за выполненную перевозку, подрядчик, не передающий заказчику созданную им вещь до оплаты выполненной работы, и т.п.

В отношениях между лицам, осуществляющими предпринимательскую деятельность, сфера применения удержания шире. Удержанием вещи должника могут обеспечиваться и такие его обязательства, которые не связаны с оплатой удерживаемой вещи или возмещением издержек на неё или других убытков. Например, предусмотренное ст. 712 ГК РФ правило о праве подрядчика по договору подряда в случае неуплаты заказчиком обусловленной цены удержать не только результат работы (готовые швейные изделия, отреставрированную мебель и т.п.), но и другое оказавшееся у подрядчика имущество заказчика (принадлежащие ему оборудование, вещи, переданные для переработки, остаток неиспользованного материала).

В соответствии с п. 1 ст. 359 ГК РФ удержание вещи, возможно, до момента реального исполнения обязательства. В случае неисполнения обязательства должником кредитор может обратить взыскание на удерживаемую им вещь и реализовать её с публичных торгов. При этом согласно ст. 360 ГК РФ стоимость вещи, порядок и объем обращения на неё взыскания по требованию кредитора, а также порядок реализации определяются в соответствии с правилами, установленными для удовлетворения требований залогодержателя за счет заложенного имущества (ст. 349 - 350 ГК РФ).

**5. Поручительство**

**Поручительство** – это один из основных закрепленных в законе способов обеспечения гражданско-правовых обязательств. Своими корнями данный институт уходит в римское право.

По договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица (должника по основному обязательству) отвечать за неисполнение последним его обязательства полностью или в части в соответствии со ст. 361 ГК РФ. А поручитель, исполнивший обязательство за должника, приобретает по отношению к последнему права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю.

К договору поручительства применяются общие нормы гражданского законодательства о договоре. Договор поручительства в юридической литературе однозначно характеризуется как односторонне обязывающий и консенсуальный, поскольку его содержанием является обязанность поручителя перед кредитором нести ответственность за исполнение должником основного обязательства либо его части. Объем и характер этой ответственности определяют договором. Такой договор считается заключенным, когда между сторонами достигнуто соглашение по всем существенным условиям.

К существенным условиям следует отнести условие о предмете, под которым понимается само обязательство нести ответственность за должника, четкое указание, за кого было выдано поручительство, данные, позволяющие идентифицировать основное обязательство между должником и кредитором.

 Договор поручительства по общему правилу является возмездным, исходя из действия презумпции, установленной п. 3 ст. 423 ГК РФ, согласно которой договор предполагается возмездным, если из закона, иных правовых актов, содержания и существа договора не вытекает иное.

ГК не содержит специальных правил относительно порядка заключения, изменения или расторжения договора поручительства. Говоря о форме договора, следует отметить, что для договора поручительства независимо от того, в какой форме заключается основной договор, установлена обязательная письменная форма. Несоблюдение её влечет недействительность договора поручительства (ст. 362 ГК РФ). Но как замечает Д. Волнухин, действующие нормы позволяют кредитору и поручителю заключить не просто негласный договор поручительства, но и «задним числом». Например, для того чтобы «обойти» институт исковой давности. Как мы знаем, согласно ст. 200 ГК РФ течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Исключения составляют регрессивные требования, по которым срок исковой давности начинает течь с момента исполнения основного обязательства.

В отличие от иных способов обеспечения заключения договора поручительство может быть направлено и на обеспечение еще не существующего обязательства, которое может возникнуть в будущем в соответствии со ст. 361 ГК РФ. Например, возможно поручительство за своевременное внесение арендатором платы не только по действующему арендному обязательству на текущий год, но и по обязательству на последующий период в случае пролонгации договора аренды.

Обеспечительная функция поручительства состоит в том, что поручитель несет перед кредитором солидарную  с должником по основному обязательству ответственность. Однако солидарность их ответственности не является необходимым условием поручительства. Законом или договором может быть установлено, что поручитель несет субсидиарную ответственность за должника в соответствии с п. 1 ст. 363 ГК РФ.

Поручительство прекращается по общим основаниям прекращения обязательств, предусмотренным в гл. 26 ГК РФ. Кроме того, оно прекращается при наступлении какого-либо из обстоятельств, указанных в ст. 367 ГК РФ. Во-первых, с прекращением обеспеченного им обязательства, поскольку в этом случае дальнейшее существование поручительства теряет смысл. Во-вторых, в случае изменения основного обязательства без согласия поручителя, если такое изменение неблагоприятно для него, например, имело место увеличение суммы кредитного обязательства или изменение срока его исполнения. В-третьих, с переводом на другое лицо долга по основному обязательству, если поручитель не согласился отвечать за нового должника. В-четвертых, когда кредитору со стороны должника или поручителя было  предложено надлежащее исполнение обязательства, но кредитор отказался его принять. При этом не имеет значения, по каким причинам имел место отказ. В-пятых, прекращение поручительства возможно в связи с истечением его срока. Срок этот не должен быть менее срока исполнения основного обязательства. Если же срок поручительства договором не предусмотрен, оно прекращается, если кредитор не предъявит к поручителю иск  в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен моментом востребования, поручительство сохраняет силу лишь в пределах двух лет со дня заключения договора поручительства.

**6. Банковская гарантия**

**Банковская гарантия** – это новый для Российской Федерации  и самостоятельный способ обеспечения обязательств.

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 её уплате (ст. 368 ГК РФ). Таким образом, правоотношения по банковской гарантии, исходя из существа ст. 368 ГК РФ, должны состоять как минимум из четырёх действий. При этом минимум три участника связаны между собой применением норм ГК о банковской гарантии. Если отсутствует хотя бы один из них, то и отсутствует и правоотношение по банковской гарантии.

Участниками правоотношений по банковской гарантии являются: гарант, принципал и бенефициар.

Принципал – должник или будущий должник бенефициара.

Как замечает Б. Завидов: «Гражданский кодекс не говорит об этом абсолютно прямо. Но в статье 368 ГК РФ прямо сказано обратное: «Бенефициар – кредитор принципала». Следовательно, принципал в данном случае будет являться должником бенефициара. При таком понимании схемы правоотношений по банковской гарантии: «принципал - должник», а «бенефициар - кредитор», уяснение правового положения субъектов банковской гарантии заметно упрощается».

Статья 368 ГК РФ называет в качестве лиц, правомочных выдавать банковскую гарантию, банк, иное кредитное учреждение и страховую компанию.

 Гарантия должна выдаваться в письменной форме. В ГК нет прямых указаний о последствиях нарушения правила о письменной форме гарантии. Но из их содержания со всей очевидностью следует, что такая гарантия будет ничтожной, несмотря на то, что в силу статьи 162 ГК РФ и допускается предоставление письменных и иных доказательств.

В ст. 368 ГК РФ об условиях банковской гарантии не говорится, но в последующих статьях кодекса сказано об основных свойствах и пределах действия банковской гарантии: в соответствии со ст. 377 ГК РФ она ограничивается суммой, которая выдана; в соответствии с п. 2 ст. 374 ГК РФ её условием может быть срок гарантии; в соответствии со ст. 374 ГК РФ обязательность предоставления отдельных документов.

В гарантию могут быть включены и другие условия: о возможности её отзыва (ст. 371 ГК РФ); передачи её бенефициаром другому лицу (ст. 372 ГК РФ); особом порядке вступления гарантии в силу (ст. 373 ГК РФ), ответственность гаранта за невыполнение своего обязательства (ст. 377 ГК РФ).

Банковская гарантия представляет собой облекаемое в письменную форму одностороннее обязательство, в соответствии с которым гарант обязуется уплатить бенефициару-кредитору по обеспечиваемую гарантией обязательству определённую денежную сумму.

Право бенефициара в отношении гаранта может быть реализовано только путём предъявления письменного требования, которое должно соответствовать условиям, предусматриваемым самой банковской гарантией.

Гарантия – возмездное обязательство, при этом за выдачу банковской гарантии принципал выплачивает гаранту определенное вознаграждение (п. 2 ст. 369 ГК РФ). Затем следует собственно выдача банковской гарантии, которая обычно оформляется в виде исходящего от гаранта «гарантийного письма». В том случае, когда размер и срок уплаты банковской гарантии не указан в соглашении между гарантом и принципалом, это не может служить основанием к отказу гаранта в удовлетворении требований бенефициара.

В отличие от иных способов обеспечения исполнения обязательства банковская гарантия не зависит от основного обязательства, в обеспечение которого она выдана, даже если в гарантии содержится ссылка на это обязательство (ст. 370 ГК РФ). На независимость гарантии не влияет  и то, что при представлении требования по гарантии бенефициар согласно п. 1 ст. 374 ГК РФ должен указать, в чём состоит нарушение принципалом основного обязательства.

Содержание банковской гарантии во многом зависит как от предписаний закона, так и от условий, разработанных сторонами и включённых в гарантийное обязательство.

Банковская гарантия, как правило, безотзывная, если в ней не предусмотрено иное.

Принадлежащее бенефициару по банковской гарантии право требования не может быть передано другому лицу, если в гарантии не предусмотрено иное (ст. 372 ГК РФ).

Банковская гарантия в соответствии со статьёй 373 ГК РФ, вступает в силу со дня её выдачи, если в гарантии не предусмотрено иное. Если в гарантии оговорено, что она вступает в силу с «будущей даты», то она приобретает силу сделки с отлагательным условием в соответствии со ст. 157 ГК РФ.

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 её гаранту; вследствие отказа бенефициара от своих прав по гарантии путём письменного заявления об освобождении  гаранта от его обязательств.

**7. Задаток**

**Задатком** признаётся денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счёт причитающихся с неё по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения (ст. 380 ГК РФ). Задаток, также как и неустойка, залог, удержание, поручительство, относится к традиционным способам обеспечения обязательств, ведущим своё начало с римского права.

Предметом задатка может быть только денежная сумма. Соглашение о задатке всегда совершается в письменной форме, в противном случае эта сумма считается уплаченной в качестве аванса, если не доказано иное (п. , 3 ст. 380 ГК РФ).

Задаток выполняет, таким образом, удостоверительную, обеспечительную, платежную, компенсационную функции.

Удостоверительная функция задатка выражается в том, что он выдаётся, как было замечено выше, в «доказательство заключения договора» (п. 1ст. 380 ГК РФ). Исполняя передачей задатка все основное обязательство или его часть, должник тем самым подтверждает наличие договорного обязательства, в счет платежей по которому задаток выдаётся. Указанная функция существенна как для устных договоров, так и для письменных, ибо, поскольку имеется письменное удостоверение выдачи задатка, нельзя отрицать заключения основного договора, пусть и не облеченного в письменную форму.

Обеспечительная функция сводится к тому, что если за неисполнение договора ответственна сторона, давшая задаток, то он остаётся у другой стороны. Если же за неисполнение договора ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить другой стороне двойную сумму задатка, т.е. возвратить полученную сумму задатка и уплатить дополнительную сумму, равную ему (ст. 381 ГК РФ).

Платёжная функция задатка проявляется в том, что он выдаётся в счет платежей, причитающихся по основному договору: за выполненные работы, оказанные услуги и т.д. Задаток, однако, отличается от обычных платежей по договору тем, что уплачивается кредитору вперёд. Эта особенность задатка выражена в его названии и роднит его с авансом.

Аванс не выполняет обеспечительной функции. Сторона, выдавшая аванс, вправе требовать его возвращения во всех случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, за исключением тех случаев, когда по закону или по условиям договора другая сторона сохраняет право на вознаграждение или возмещение убытков, несмотря на неисполнение или ненадлежащие исполнение договора.

Компенсационная функция задатка заключается в том, что сторона, ответственная за неисполнение договора, обязана возместить другой стороне убытки с зачётом суммы задатка, если иное не предусмотрено договором (п. 2ст. 381 ГК РФ).

Поскольку выданная вперёд денежная сумма является задатком лишь в том случае, если установлено, что она дана в доказательство заключения договора и в обеспечение его исполнения, то при отсутствии этих двух признаков уплаченную сумму следует считать авансом. Аналогичное правило действует и в случае сомнения в отношении того, является ли сумма, уплаченная в счет причитающихся от стороны по договору платежей, задатком, в частности вследствие несоблюдения письменной формы (п.3 ст. 380 ГК РФ).

Контрольные вопросы:

       1. Какова юридическая природа способов обеспечения исполнения обязательств?

       2. Каково место залога в системе способов обеспечения исполнения обязательств? В чем заключается двойственность его правовой природы?

       3. Какое имущество может быть предметом залога?

       4. Что такое неустойка? Какие виды неустоек существуют?

       5. Как определяется задаток и какие функции он выполняет? Чем задаток отличается от залога и аванса?

       6. Что понимается под банковской гарантией? Какие специфические свойства характерны для этого гражданско-правового института? Какие виды банковских гарантий применяются в международной банковской практике?

       7. Какие еще способы обеспечения исполнения обязательств (помимо упомянутых в главе 23 ГК РФ) используются в имущественном  обороте?