**Содержание**

Введение

Глава 1 Понятие и правовое регулирование залога

1.1. Сущность и определение понятия залога

1.2. Правовое регулирование в различных видах залога

Глава 2 Пути повышения эффективности обеспечительной функции залога

2.1. Защита прав собственника заложенного имущества

2.2. Проблемы повышения эффективности обеспечительной функции залога на основе договоров

2.2. Возможности усовершенствования положений законодательства о залоге

Заключение

Библиографический список

**Введение**

Актуальность темы исследования. В условиях рыночной экономики для успешной работы участников предпринимательской деятельности особую значимость приобретают способы обеспечения исполнения обязательств.

Подавляющее большинство отношений, возникающих в имущественном обороте, регулируются договорами, однако не все договоры исполняются надлежащим образом. Сам по себе договор не обеспечивает кредитору полного и своевременного исполнения обязательств должником. В целях предоставления сторонам по договору дополнительных гарантий исполнения его условий законодательство предусматривает возможность заключения сторонами дополнительного соглашения об обеспечении основного обязательства.

Залог предусмотрен Гражданским кодексом Российской Федерации[[1]](#footnote-1) (далее "ГК РФ) в качестве одного из способов обеспечения исполнения обязательств, который не предполагает взимание платы за его предоставление и призван быть эффективным. Однако современное правовое регулирование залога содержит много пробелов и нереализованных возможностей, которые необходимо учитывать в правоприменительной и нормотворческой практике. В связи с этими обстоятельствами является актуальным исследование различных аспектов залога.

Национальное гражданское законодательство, рецепировав в своих основных положениях о залоге римско-правовую конструкцию сущности залогового правоотношения, вместе с тем в различные исторические периоды своего развития обнаруживало различия в легальном и доктринальном подходах к его закреплению и толкованию. Конструкция залога как права кредитора-залогодержателя на обращение взыскания на предмет залога и получение удовлетворения своих имущественных интересов, нарушенных неисполнением обеспеченного обязательства, вырабатывалась веками. Она призвана отражать справедливый баланс интересов сторон в залоговом правоотношении. Однако отечественная практика показывает неоправданность строгого применения этой конструкции в коммерческой деятельности, несоответствие ее принципу дифференцированного правового регулирования предпринимательства и иных отношений. Серьезные затруднения у субъектов коммерческой деятельности возникают при обращении взыскания и реализации предмета залога с публичных торгов, как этого требует ГК РФ.

Обеспечительная функция залога имеет не только законодательное и доктринальное значение, но и высокое практическое значение, поскольку механизм частноправового регулирования в современных условиях направлен на регулирование отношений с учетом специализации по видам участников и характеру предмета регулирования. В предмет регулирования законов, имеющих специальный характер по отношению к общему характеру ГК РФ, так или иначе, вовлекаются залоговые отношения, и соответствующие частноправовые институты нуждаются в более совершенном механизме опосредования обеспечительной функции залога.

Ряд важнейших видов залога, а также норм и институтов, служащих применению залога, практически не работают в настоящее время. Среди них залог товаров в обороте, который почти не применяется в коммерческом обороте ввиду незначительной эффективности для залогодержателя. Двойные залоговые свидетельства также не используются из-за дефектов правового регулирования. В настоящее время в Федеральном Собрании Российской Федерации рассматривается законопроект "О двойных и простых складских свидетельствах". Он должен создать необходимые правовые предпосылки для того, чтобы в первую очередь двойные складские свидетельства стали для участников торгового оборота надлежащим средством реализации их коммерческих интересов.

Степень научной разработанности исследования.Теоретической основой настоящего дипломного исследования явились труды отечественных цивилистов: М.М. Агаркова, С.С. Алексеева, М.И. Брагинского, С.Н. Братуся, В.В. Витрянского, В.П. Грибанова, B.C. Ема, А.С. Звоницкого, И.А. Зенина, О.С. Иоффе, В.П. Мозолина, Д.И. Мейера, К. Неволина, И.О. Нерсесова, И.Б. Новицкого, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, Б.И. Пугинского, АЛ. Сергеева, Е.А. Суханова, Ю.К. Толстого, В. Удинцева, P.O. Халфиной, С.А. Хохлова, А.Е. Шерстобитова, Г.Ф. Шершеневича, В.Ф. Яковлева и многих других.

Исследованы современные публикации о залоге: Д.Ю. Будакова, В. Бузы, В.А. Галанова, С.А. Головцовой, А.В. Ежикова, B.C. Ема, Б. Завидова, Н.Н. Захаровой, П. Зверевой, К. Иванова, О. Ломидзе, А. Любимцева, Д.О. Меметовой, О.М. Олейник, М. Орловой, Е. Павлодского, О. Плешановой, Н.А. Поповкина, Д.Е. Потяркина, А.А. Рубанова, О. Старостиной, К. Трофимова, 3. Цыбуленко, Д. Черкаева и других.

Объект исследования общественные отношения, в части регулирования залоговых правоотношений.

Предмет исследования. С учетом высокой значимости залога для регулирования отношений субъектов в области торговой и иной предпринимательской деятельности главное внимание уделяется изучению конструкции залога (в том числе ее историческому формированию), анализу интересов сторон в залоговом правоотношении.

Цель исследования изучить правоотношения залога различных видов имущества, а также правовые возможности защиты собственника предмета залога.

Задачи исследования:

определить интересы сторон в залоговом правоотношении, выявить критерии эффективности залога;

проанализировать оправданность существования императивных норм, устанавливающих современную конструкцию залога, в частности, правил об обращении взыскания и реализации предмета залога;

разработать рекомендации по использованию договорных средств для повышения эффективности залога при существующем законодательстве;

предложить рекомендации по совершенствованию законодательства о залоге.

Методологическую основуработы составляет системно-функциональный подход, предложенный для исследования явлений социальной действительности. Использовался системный подход также к изучению теоретических и законодательных положений, касающихся регулирования залоговых отношений. Это дало возможность предложить оптимальные способы правовой регламентации отношений, складывающихся в процессе применения различных видов залога коммерческими организациями и иными субъектами гражданского права.

Большую роль сыграло использование такого метода, как конкретно-исторический, что дало возможность исследовать конструкцию залога и его природу в определенных исторических рамках и исторической среде его возникновения и развития, широко применялись возможности сравнительно-правовых исследований.

Структура работыобусловлена предметом, целями и задачами исследования и состоит из введения, двух глав, включающих пять параграфов, заключения и библиографического списка.

**Глава 1 Понятие и правовое регулирование залога**

**1.1 Сущность и определение понятия залога**

Институт залога возник многие столетия назад. Уже в Вавилоне в VI веке до нашей эры существовали банкиры, выдававшие ссуды под залог различных ценностей"[[2]](#footnote-2). Залог упоминается в древнем индийском источнике права Законах Ману (II век до н.э.), где залогу уже были отведены отдельные нормы, и сдача имущества в залог рассматривалась как одно из восемнадцати оснований для возможности судебного разбирательства[[3]](#footnote-3).

Значительного развития залоговое право достигло в римском праве. Из всех древних правовых систем именно римское право оказало самое существенное влияние на современный правовой строй европейских государств. Поэтому, приступая к исследованию сущности и определений понятия залога, нельзя не обратиться к рассмотрению залога в римском праве.

Первоначальной формой вещного обеспечения, которую в древнем Риме стали называть залогом, была *фидуция (fiducia cum creditore)[[4]](#footnote-4).* Сущность фидуции состояла в том, что кредитор получал титул собственника на предоставленное должником в залог имущество, с обязательством возвратить его обратно после надлежащего исполнения обязательства. Как указывает Л.В. Гантовер, в древнейшие времена обязательство возвратить имущество имело моральное значение. Нарушивший его кредитор подвергался бесчестию. Позднее должнику, исполнившему обязательство, предоставили право предъявлять иск к кредитору о возврате вещи *(actio fiduciaef)[[5]](#footnote-5).* В случае неисполнения должником обязательства вещь оставалась в собственности кредитора, даже если сумма долга была значительно меньше стоимости заложенной вещи. Если должник исполнял обеспеченное обязательство, то титул собственника предмета залога переходил от кредитора обратно к должнику.

Ипотека (hipotheca)появилась в позднем римском праве из греко-египетского права[[6]](#footnote-6), в котором предмет залога должен был оставаться и в собственности, и во владении должника, а кредитору предоставлялось право при неисполнении обязательства истребовать заложенную вещь у любого лица, продать ее и из вырученной суммы покрыть свое требование к должнику.

Ипотека являлась наиболее развитой формой залога в римском праве. При ипотеке не требовалась передача имущества во владение кредитора. Залогодатель имел право владеть, пользоваться и распоряжаться заложенным имуществом. Отчуждение не прекращало ипотеки. Залогодержатель мог защищать свое право с помощью вещного иска. Он мог истребовать отчужденное имущество, обремененное ипотекой, у любого лица, каким бы способом оно его ни приобрело. С появлением в римском праве ипотеки появилась возможность установления на одну и ту же вещь нескольких последовательных залоговых прав. Соотношение нескольких залоговых прав на одну и ту же вещь определялось их старшинством, то есть временем их возникновения. Если суммы, вырученной от продажи заложенной вещи, не хватало на удовлетворение требований залогопринимателей, недополучившие имели обязательственный иск к должнику в общем порядке. Вскоре, как пишет И.Б. Новицкий, "наряду с залогом вещей признали возможным залог обязательства" и всего, что может быть предметом продажи[[7]](#footnote-7).

Как отмечает B.C. Ем, термин "ипотека" использовался в переносном значении для любого залога, обеспечивавшего кредит[[8]](#footnote-8). Данный термин был введен в обиход Солоном, знаменитым афинским реформатором и законодателем. В начале VI в. до н.э. Солон придумал рациональный способ обращения личной ответственности в имущественную, который заключался в следующем. На пограничной меже имения должника устанавливался столб с надписью, что это имущество служит обеспечением претензии заимодателя на сумму заключенной кредитной сделки. Такой способ назывался "ипотекой" (подставкой) и устанавливался на участке земли в знак запрета заемщику вывозить с него "все приведенное, привезенное, принесенное"[[9]](#footnote-9).

Русское право залога оформилось к XIV-XV вв. Как пишет А.С. Звоницкий, залог впервые упоминается в актах XIII - XIV веков в области северо-западных торговых центров, Новгорода и Пскова. А.С. Звоницкий указывает, что "в Русской Правде еще нет залога, а его первая законодательная формулировка содержится в Псковской Судной Грамоте (конец XIV -начало XV вв.)[[10]](#footnote-10)", и "в эпоху Русской Правды, если даже кредитору принадлежало право взыскивать с имущества должника, он на практике должен был предпочитать личное взыскание"[[11]](#footnote-11).

Так, Д.И. Мейер, автор одного из первых фундаментальных трудов о древнем залоге "Древнее русское право залога", считал, что залог без передачи предмета залога кредитору был невозможен. "Залог есть отчуждение, - пишет Д.И. Мейер, - переставая быть им, он перестает быть залогом.[[12]](#footnote-12)" Д.И. Мейер указывал, что до начала XVIII века залоговая сделка в Московском государстве всегда устанавливала право собственности в пользу залогодержателя. Эта собственность вытекает, по мнению Мейера, из самой передачи обеспечительного объекта, без которой нет настоящего залога, поскольку "наше правосознание не могло себе представить фактическое обладание отдельно от права собственности"[[13]](#footnote-13).

Уложение Алексея Михайловича 1649 года содержало довольно подробные положения о залоге. Как указывает Г.Ф. Шершеневич, Уложение закрепляло положение о переходе в собственность кредитора предмета залога неисправного должника[[14]](#footnote-14). Уложение установило, что залогодержатель в своих обязанностях по отношению к находившейся у него вещи отождествлялся с хранителем поклажи. Уложение запрещало взимание процентов по займам, и, соответственно произошла отмена пользования заложенным имуществом, которое должно было служить заменою роста[[15]](#footnote-15). Таким образом, форма залога, схожая с древнеримской антихрезой, перестала использоваться.

Указ императрицы Анны Иоановны от 1 августа 1737 года послужил следующей вехой в развитии залогового права в России. Указ вновь установил правило обязательной продажи заложенного имущества для реализации залогового права кредитора. Как полагал Г.Ф. Шершеневич, обязательность продажи устраняется только в тех случаях, когда на торгах не будет предложена сумма, соответствующая долгу. В этом случае кредитор может оставить вещь за собой без права требовать недостающего с остального имущества должника. Если сумма, вырученная из продажи заложенного имущества, окажется недостаточной для удовлетворения долга, кредитор теперь не в праве искать этого удовлетворения из другого имущества должника. Если вырученная от продажи сумма превысит размер долга, то остаток возвращается собственнику вещи. Однако, как писал Г.Ф. Шершеневич, этот порядок продержался не долго[[16]](#footnote-16).

Правило об обязательной продаже предмета залога вновь отменяется Указом от 11 мая 1744 года вследствие неудовольствия среди кредиторов и должников. Произошел возврат к старой системе залогового права, действовавшей в эпоху Уложения 1649 г.

В 1800 г. правила о залоге изменяются вновь с изданием Банкротского устава. Как писал Г.Ф. Шершеневич: "Сущность новой системы залога - для достижения целей залога нет необходимости в передаче заложенного имения кредитору, что залог направлен *к* тому, чтобы установить в пользу кредитора не право собственности на это имение или право владения им, а лишь право требовать в случае неисполнения должником его обязательства удовлетворения из заложенного имения"[[17]](#footnote-17).

В 1800 году было введено требование об обязательной нотариальной форме для залоговых сделок с недвижимостью. С 1800 года был введён новый порядок залога недвижимости, в соответствии с которым залог недвижимости совершался крепостным порядком, то есть сначала он совершался у младшего нотариуса и пересылался на утверждение старшему нотариусу, который отмечал сделку в реестре крепостных дел. Вместе с утверждением закладной крепости и отметкой в реестре, старший нотариус "налагал на заложенное имение запрещение, о чём делалась публикация в "Сенатских ведомостях"[[18]](#footnote-18). Без соблюдения указанного порядка залог признавался недействительным. Данный порядок просуществовал до революции 1917 года.

В XIX веке залог получил достаточно детальную регламентацию в томе X Свода законов Российской империи (далее "Свод"), где залог регулировался нормами, помещенными в отдельный раздел (второй раздел четвертой книги) вместе с другими нормами о способах обеспечения исполнения обязательств.

Для обеспечения исполнения обязательств (в подавляющем большинстве случаев обязательств из договоров займа с банками65) в российском праве тех лет предусматривались и активно применялись залог и заклад движимого имущества (ст. 1663 Свода), залог недвижимого имущества, залог прав требований и ценных бумаг (ст. 2163 Свода).

Построение новой правовой системы в 1917 г. было отмечено разрушением существовавшей до этого времени системы вещного права. Первые декреты Всероссийского съезда Советов запрещали собственность частных лиц на землю, ее недра, воды, леса, промышленные предприятия. Эти объекты на долгие десятилетия перестали быть объектами гражданского оборота и, следовательно, предметом залога[[19]](#footnote-19).

С отменой частной собственности на землю и с её переходом по "Декрету о земле" в собственность государства залог земли во всех её видах был запрещён. Относительно строений "до постановления ВЦИК от 24 мая 1922 года не было определённого закона, ни запрещающего закладывать, ни разрешающего залог. На основании же общего принципа, по которому закладывать можно те вещи, которые могут быть предметом купли-продажи, можно было лишь сделать вывод, что частновладельческие городские строения могут закладываться, так как декретом 8 августа 1921 года разрешено возмездное отчуждение таковых строений"[[20]](#footnote-20). Новое законодательство не выработало положений о залоге, но согласно закону запрета закладывать вещи не было, а в Положении о Госбанке в числе операций, которые может производить банк, указывался залог. Несмотря на то, что после революции 1917 г. почти все "старое" законодательство было отменено, основные принципы залогового права сохранились.

Некоторое обратное движение по сравнению с ситуацией 1917-1921 г.г. и в то же время принципиально новое положение по сравнению с дореволюционным правом представлял собой ГК РСФСР 1922 г. (далее "ГК 1922 г."). Кодекс предусматривал три вида прав на вещи: право собственности, право застройки и право залога. В отличие от традиционного деления вещных прав этот кодекс не выделял право владения — элемента, который касался, в частности, и залога. Как полагает Т.Е. Новицкая, "историческое происхождение права частной собственности из владения ... настораживало юристов в 20-е годы. Кроме того, хотелось создать нечто принципиально отличное от понятий буржуазного права"[[21]](#footnote-21). ГК 1922 г. окончательно упразднил деление имущества на движимое и недвижимое. Одной из основных причин для этого была национализация земли.

Несмотря на наличие нормативной базы, залог не получил значительного распространения в 20-х годах. Это было связано с тем, что вопрос о значении залогового обеспечения обязательств (реального кредита) в условиях советского планового хозяйства являлся по существу частью более общей проблемы - соотношения плана и товарной формы хозяйства.

Гражданский Кодекс РСФСР 1964 года (далее "ГК 1964 г.") сохранил конструкцию залога как права кредитора на удовлетворение из стоимости заложенного имущества. Однако в ГК 1964 г. появился ряд норм, изменивших некоторые технические вопросы применения залога, которые существенно повлияли на его эффективность.

Обращение взыскания на предмет залога в ГК 1964 г. отражено менее детально, чем в ГК 1922 г. В ГК 1964 г. появилось существенное ограничение, защищающее интересы залогодателя и, соответственно, противоречащее интересам кредитора. Этим ограничением является так называемый "льготный месяц", в течение которого после неисполнения обеспечиваемого залогом обязательства запрещена реализация заложенного имущества. Продажа имущества происходит по истечении льготного месяца по действительной стоимости, но не ниже установленной оценки (ст. 200 ГК 1964 г.).

Другим важным отличием ГК 1964 г. от ГК 1922 г. является положение, ограничивающее определение предмета залога. Предметом залога в соответствии с ГК 1964 г. могло быть лишь имущество, на которое может быть обращено взыскание (ст. 194 ГК 1964 г.). Данное положение соответствует зрелой доктрине римского права о залоге, которая также в качестве критерия определения возможности залога определенного предмета устанавливала возможность продажи этого предмета[[22]](#footnote-22). Следует отметить, что возможность реализации предмета в настоящее время является общим правилом для выбора предмета залога, из которого, однако, возможны исключения[[23]](#footnote-23).

Таким образом, ГК 1964 г., как и ГК 1922 г., предусматривал конструкцию залога как права кредитора на удовлетворение из стоимости заложенного имущества.

В настоящее время правоотношения, связанные с залогом, регулируются, прежде всего, частью первой ГК РФ и Законом РФ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ[[24]](#footnote-24) (далее "Закон "Об ипотеке"). Залог также регулируется Законом "О залоге" в части, не противоречащей более позднему законодательству. Некоторые специальные аспекты применения залога содержатся и в других актах законодательства[[25]](#footnote-25).

Законодательное закрепление современной конструкции залога содержится, прежде всего, в ГК РФ, так как именно этот законодательный акт регулирует фундаментальные положения о залоге. В ГК РФ залог определяется как способ обеспечения исполнения обязательства, при котором кредитор-залогодержатель приобретает право в случае неисполнения должником обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами (ст. 334 ГК РФ).

Современное законодательное определение залога не отличается от результатов исследования сущности залога в современной литературе. Так, Е.А. Павлодский указывает, что "сущность залога заключается в предоставлении кредитору - залогодержателю права на приоритетное (за некоторым исключением, установленным законом) удовлетворение своего требования за счет заложенного имущества"[[26]](#footnote-26). О. Старостина указывает, что "сущность залога состоит в том, что кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом"[[27]](#footnote-27).

Вышеуказанные определения в полной мере соответствуют сущностным характеристикам залога, закрепленным в современном национальном законодательстве.

В современном российском законодательстве залог обладает следующими основными чертами:

залог является акцессорным обязательством, не возникающим без наличия основного договора {см. ст. 329(3) ГК РФ);

право залога не влечет переход титула собственника на предмет залога к залогодержателю (это положение следует из определения залога в ст. 334 ГК РФ);

залоговое право следует за предметом залога (ст. 353 ГК РФ) и залогодержатель обязан обеспечить сохранность предмета залога (ст. 343 ГК РФ);

залогодержатель удовлетворяет свои требования не наряду с другими кредиторами, а по праву преимущества (ст. 334 ГК РФ);

залогодержатель пользуется защитой права на предмет залога против неопределенного круга лиц (ст. 347 ГК РФ), в том числе против залогодателя.

Из прочих точек зрения о природе залога выделяется мнение Е.А. Суханова, который полагает, что природа залогового права зависит от объекта залога. Залоговое право является одним из ограниченных вещных прав когда объектом является вещь, а не имущественное право. Обязательственные правоотношения создаются, по мнению Е.А. Суханова, при залоге прав (в частности, доли в праве собственности на общее имущество и "бездокументарных ценных бумаг", не являющихся вещами)[[28]](#footnote-28).

Теоретическая дискуссия о природе залога ведется столь долго именно из-за сочетания в залоговом правоотношении как вещных, так и обязательственных черт. Многие из указанных выше авторов правы относительно черт залогового правоотношения и почти все в той или иной степени признают смешанную природу залоговых правоотношений. Представляется, что залог нельзя отнести лишь к вещным или лишь обязательственно-правовым отношениям.

Исследуем обязательственно-правовые и вещно-правовые элементы современного залога. Рассмотрим также являлось ли неизменным соотношение вещных и обязательственно-правовых элементов природы залога при формировании современной концепции залога.

Залогу присущи следующие основные черты обязательственного отношения:

Право залога не устанавливает продолжительное и непосредственное господство над вещью, которое от начала и до конца своего существования имело бы один и тот же характер. По общему правилу залог может предоставить кредитору лишь временное господство над вещью, которое обусловлено исполнением обеспеченного обязательства. Даже если обязательство не будет исполнено, предмет залога подлежит продаже и удовлетворение требований кредитора происходит из вырученной денежной суммы[[29]](#footnote-29).

Залог, являясь одним из способов обеспечения исполнения обязательств, выступает в роли акцессорного обязательства и является институтом обязательственного права.

В ГК РФ залог регулируется в разделе обязательственного права.

Предметом залога могут быть не только вещи, но и имущественные права (п.1 ст. 336 ГК РФ). Как известно, имущественное право само по себе, не при каких условиях не может, служит предметом вещных прав[[30]](#footnote-30).

В случае гибели предмета залога залогодатель может быть обязан заменить его другим, равноценным имуществом (ст. 345 ГК РФ). Аналогичное правило невозможно представить в отношении имущества, принадлежащего кому-либо на вещном праве[[31]](#footnote-31).

Нельзя отрицать, что залогу также присущи черты вещно-правового отношения. Залоговое правоотношение обладает следующими основными вещно-правовыми признаками:

Право следования (залоговое право следует за предметом залога (ст. 353 ГК РФ).

Право преимущества (залогодержатель удовлетворяет свои требования не наряду с другими кредиторами, а по праву преимущества (ст. 334 ГК РФ).

Вещный характер права требования осуществить все меры в связи с сохранением предмета залога, в том числе защита от посягательств третьих лиц (ст. 343 ГК РФ).

Абсолютный характер защиты (защита права на предмет залога перед неопределенным кругом третьих лиц. Так, ГК РФ предусматривает вещно-правовую защиту интересов залогодержателя. В частности, п.1 ст. 347 ГК РФ предоставляет залогодержателю, у которого находилось или должно было находиться заложенное имущество, право истребовать его из чужого незаконного владения (виндикационный иск). Пункт 2 ст. 347 ГК РФ служит обеспечению устранения всяких нарушений прав залогодержателя, если эти нарушения не связаны с лишением владения, когда по условиям договора он вправе пользоваться переданным ему предметом залога (негаторный иск).

Поскольку виндикационный и негаторный иски являются основными средствами защиты прав собственника[[32]](#footnote-32), являясь атрибутами вещно-правовых отношений, следует рассматривать залог по ГК РФ как правовой институт, имеющий двойственную природу. Следует признать, что в настоящее время в главе 23 ГК РФ и в Законе "О залоге[[33]](#footnote-33)" законодатель регулирует залог как правоотношение, имеющее как обязательственно-правовые, так и вещно-правовые черты.

Следует обратить внимание на то обстоятельство, что при появлении залога в древнем римском праве и в древнем русском праве он фактически представлял собой право собственности кредитора на предмет залога, возникающее с момента возникновения залогового правоотношения и обусловленное надлежащим исполнением должником своего обязательства. Как известно, право собственности является классическим примером вещного права. Таким образом, анализ конструкции залога как права присвоения приводит к выводу, что на этом этапе эволюции залогового правоотношения в его природе явным образом преобладали вещно-правовые черты.

Анализ национального законодательства и правовой литературы позволяет обнаружить тенденцию развития обязательственно-правовых аспектов залогового правоотношения. Классическое вещное право собственности выражает в известной степени безусловное (иногда даже указывают - абсолютное), в смысле реализации правомочий собственника, право на вещь. Иные вещные права не предоставляют их обладателю всего объема правомочий, которыми наделен собственник вещи, но они, тем не менее, призваны выражать известную достаточно тесную связь между их обладателем и вещью. Чем меньше правовая связь между вещью и обладателем права на нее, тем больше возникает сомнений в наличии у правообладателя вещного права, и тем больше возникает оснований утверждать, что такое правоотношение носит либо смешанный характер, либо даже характер обязательственно-правовой.

Переход от вещно-правовой к смешанной природе залога прослеживался в следующих изменениях, которые происходили в национальном законодательстве.

Во-первых, в самом переходе от конструкции залога как права присвоения к конструкции залога как права кредитора на удовлетворение своих требований из стоимости предмета залога, который привнес много "условностей" обязательственного характера в юридическую связь между кредитором-залогодержателем и предметом залога. Современная конструкция залога имеет намного больше правовых аспектов, урегулированных нормами обязательственного права, чем первоначальная конструкция залога как права присвоения. Эти отличия проявляются, например, в отсутствии у залогодержателя права собственности на предмет залога, в прямом указании на акцессорность залогового правоотношения, в правилах, устанавливающих условия и порядок пользования предметом залога, в нормах о восстановлении утраченного предмета залога, в правилах об основаниях и порядке обращения взыскания на предмет залога[[34]](#footnote-34). Следовательно, можно говорить об утрате конструкцией залогового правоотношения исключительно вещно-правовой природы.

Во-вторых, в нормах гражданского права происходит постоянное расширение видов залога и создание большей свободы для договорного урегулирования аспектов залогового правоотношения. Например, в 8 веке в России нормы о залоге были значительно менее "гибкими" с точки зрения создания различных видов залогового обременения, о чем свидетельствует тот факт, что круг предметов, которые могли быть предметом залога с оставлением заложенного имущества у залогодателя (заклада), был ограниченным. Как писал В. Удинцев, нотариусы отказывались от совершения договоров по закладу судов и судовладельцам приходилось обращаться к их фиктивной продаже. Применялась следующая структура сделки. Для получения ссуды под заклад парохода совершалась его продажа, с правом должника на выкуп путем уплаты занятой суммы, и одновременно заключался договор аренды, в соответствии с которым пользование пароходом остается у должника.

Таким образом, залоговое правоотношение приобретало все больше и больше обязательственно-правовых элементов, которые как бы качественно уравнялись с вещно-правовыми чертами залога. Природа залога имела вещный характер в XIV - конце XVIII вв. в те исторические периоды, когда законодательство закрепляло конструкцию залога как права присвоения. Однако затем, с переходом в национальном законодательстве к конструкции залога как права кредитора на удовлетворение из стоимости предмета залога и с привнесением в залоговое правоотношение многих черт обязательственно-правового характера, природа залога стала носить смешанный характер.

Таким образом, современная конструкция залога возникла вместо существовавшей ранее фидуциарной конструкции залога (но не существовала вместе с ней продолжительное время) в результате отсутствия развитых правил о дифференцированном правовом регулировании деятельности физических и юридических лиц. Для появления в российском законодательстве конструкции залога, которая разрешала бы коммерческим организациям или просто юридическим лицам использовать особые правила (например, конструкции залога как права присвоения), не было исторических оснований.

**1.2 Правовое регулирование в различных видах залога**

Проявление обеспечительной функции залога в различных его видах происходит неодинаково и зависит от многих факторов. Представляется, что для анализа проявления обеспечительной функции в различных видах залога следует руководствоваться классификацией видов залога в зависимости от его предмета по следующим причинам.

Во-первых, предмет залога определяет, насколько оперативно, с меньшими затруднениями и издержками и за наибольшую цену можно реализовать залог и компенсировать потери кредитора-залогодержателя в связи с неисполнением обеспеченного залогом обязательства. Следовательно, от предмета залога зависит как статика обеспечительной функции залога (т.е. потенциальная возможность выгодной для залогодержателя реализации предмета залога, его эксплуатации и уменьшения за этот счет размера долга) так и динамика обеспечительной функции залога (т.е. выполнение обязанностей по хранению, проведению судебной процедуры, осуществлению торгов, исполнению решения и др.). Иные основания классификации тоже важны для анализа обеспечительной функции залога. Они в основном демонстрируют влияние различных факторов на залоговое правоотношение во время его действия, то есть его динамику.

Во-вторых, обеспечительная функция залога в существенной степени зависит от предмета залога, и нередко выбор предмета залога может решающим образом влиять на значение обеспечительной функции залога.

Представляется, что от вида предмета залога зависит как возможность получения компенсации залогодержателем при реализации залога, так и многие риски залогодержателя во время действия залогового правоотношения.

Представляется, что с учетом этих взаимных интересов для наибольшей эффективности обеспечительной функции залога следует выбирать такой предмет залога, который будет обладать следующими признаками:

предсказуемая для залогодержателя ликвидность и ценность предмета залога;

возможность осуществления контроля за предметом залога со стороны залогодержателя (кредитора);

минимальные затраты и технические сложности при хранении и использовании предмета залога;

оперативность и экономичность процедуры реализации и получения денежных средств.

Указанные требования к предмету залога соответствуют необходимым характеристикам эффективного залога, т.е. залога, обладающего обеспечительной функцией высокой степени (если использовать категории функционального анализа). Поэтому можно утверждать, что указанные признаки предмета залога являются основными факторами, влияющими на эффективность обеспечительной функции залога.

С учетом проведенной классификации рассмотрим предпочтительность различные виды залога.

Обеспечительная функция залога недвижимости (ипотеки). Как движимые, так и недвижимые вещи имеют свои собственные преимущества при обременении их залогом. Основным достоинством движимых вещей (в том числе прав) как предмета залога является возможность более простого обращения на них взыскания и их реализации (данный вопрос будет рассмотрен подробнее в третьей главе настоящей работы) и меньше формальностей при их обременении залогом.

Залог недвижимости обладает сразу несколькими основными достоинствами:

предметом ипотеки обычно является ценное и очень ценное имущество, которое представляет значимость для самого залогодателя, стимулируя его к исполнению основного обязательства. Кроме того, объекты недвижимости, отвечающие признаку связанности с землей, невозможно спрятать, тайно перенести в другое место или иным образом вывести из-под контроля залогодержателя. В правовой литературе высказана точка зрения, согласно которой именно видимость недвижимого имущества является "решающим качественным отличием, позволяющим превратить его в средство обеспечения устойчивости кредита через ипотеку"[[35]](#footnote-35);

относительно небольшое колебание стоимости недвижимости. По сравнению с движимым имуществом объекты недвижимости, как правило, со временем теряют в цене меньше (а часто и напротив - приобретают дополнительную стоимость);

обязательная регистрация[[36]](#footnote-36) залога создает определенные препятствия для злоупотреблений со стороны залогодателя (например, посредством обременения несколькими залогами одного объекта недвижимости без ведома залогодержателя).

Помимо внесения регистрационной записи об ипотеке в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество, ипотека удостоверяется путем надписи на договоре от ипотеке, содержащей полное наименование органа, зарегистрировавшего ипотеку, дату, место государственной регистрации ипотеки и номер, под которым она зарегистрирована[[37]](#footnote-37).

В правовой литературе не раз высказывалось справедливое суждение о том, что посредством регистрации гарантируется законность сделки и сохранность заложенного имущества[[38]](#footnote-38). Таким образом, ипотека потенциально более "чистый" с юридической точки зрения вид залога.

Однако залог недвижимости (ипотека) обладает несколькими существенными недостатками:

объект недвижимости, в отношении которого установлен залог, не может передаваться залогодержателю на хранение или в пользование. Залогодержатель вынужден контролировать сохранность предмета ипотеки и обязывать залогодателя страховать заложенное недвижимое имущество;

правила о регистрации объектов недвижимости и их обременения разработаны слабо. Несмотря на свою позитивную функцию предотвращения злоупотреблений в отношении объекта ипотеки, институт регистрации в силу громоздкости и волокиты создает существенные неудобства для сторон договора о залоге недвижимости;

ГК РФ предоставляет суду право не обращать взыскание на объект залога в тех случаях, когда размер основного требования несоразмерен стоимости заложенного имущества. Представляется, что данное правило ГК РФ подлежит применению в первую очередь к ипотеке, при которой сумма заложенного имущества почти всегда значительна. Следовательно, если не предусмотреть специальных договорных мер для залогодержателя существует риск того, что его право требования не будет обеспечено до тех пор, пока нарушение своего обязательства заемщиком не станет "соразмерным" стоимости предмета ипотеки;

объект недвижимости, который обременяется ипотекой, как правило, имеет немалую стоимость и значительную ценность для залогодателя. Часто объектом ипотеки выступают основные средства залогодателя, без обладания которыми залогодатель не может нормально функционировать. Данное обстоятельство особенно ярко проявляется, если субъектом правоотношения является производственная организация. В отличие от банков и финансовых организаций, производственные организации редко вкладывают свободные средства в недвижимость, которая не связана с развитием производственных мощностей[[39]](#footnote-39). Недвижимость, которую производственная организация может предоставить в залог, обычно связана с ее производственной деятельностью. Следовательно, ипотека создает для залогодателя-производителя определенный риск утраты части или всех мощностей производства, что может, обосновано оказаться для залогодателя-производителя неприемлемым

На основании осуществленного анализа особенностей предмета ипотеки и практики ее использования можно сделать следующие выводы о проявлении при ипотеке основных факторов, определяющих степень эффективности обеспечительной функции данного вида залога[[40]](#footnote-40).

Существует сложная корреляционная зависимость между различными факторами, определяющими эффективность залога (в том числе ипотеки). Данный вопрос заслуживает внимания для проведения междисциплинарного системного исследования с использованием методов анализа различных наук и направлении исследовании.

Сочетание степени эффективности различных факторов должно быть предметом экономических и математических исследований, поскольку их точный анализ очень сложен. В отсутствие в настоящий момент результатов таких исследований попытаемся оценить по пятибалльной шкале степень эффективности каждого фактора, которые, как было выявлено в работе, определяют эффективность определенного вида залога. Один балл соответствует самой низкой оценке степени эффективности. Пять баллов - самой высокой. Мы признаем, что такая оценка не будет столь точна, как результат квалифицированного междисциплинарного системного исследования. Однако даже оценка по пятибалльной шкале может быть полезной для получения значимых для практической работы выводов в результате использования этих (пусть приблизительных) числовых значении. Данные показатели могут служить основой для работы над повышением эффективности обеспечительной функции конкретного вида залога, как за счет договорных средств, так и при нормотворчестве.

Конкретные факторы, обусловливающие обеспечительную функцию ипотеки могут быть выражены следующими количественными характеристиками (принимаемые значения носят достаточно условный характер).

Таким образом, уровень обеспечительной функции ипотеки весьма высок. Объект ипотеки обычно обладает значительной ценностью, которая должна позволить залогодержателю компенсировать все свои издержки при неисполнении залогодателем его обязанностей. Вместе с тем приведенные характеристики предмета ипотеки свидетельствуют о том, что она далеко не всегда является привлекательным видом залога как для залогодержателей, так и для производственных организаций-залогодателей.

Следует пояснить, почему мы выделили производственные организации из всех иных организаций. Представляется, что установление надлежащей обеспечительной функции залога могло бы играть в России существенную социально-экономическую роль. Одной из серьезных экономических проблем в современной России является спад и даже полное прекращение деятельности большинства производственных организаций. Этот спад имеет различные причины, которые мы не будем обсуждать в настоящей работе. Для восстановления и развития производства российским производителям необходимы средства, которых у большинства из них нет. Для привлечения средств необходимо предоставлять надлежащее обеспечение, которое (1) сделало бы возможным привлечение кредита; и (2) сделало бы кредит доступным. Именно надлежащим образом функционирующий залог мог бы являться средством, способствующим решению сложнейшей экономической ситуации в сфере кредитования производства.

Следует несколько подробнее рассмотреть, какой кредит является "доступным" и каковы обычные условия получения такого кредита. Как известно, банки (а именно они являются основными кредиторами производственных организаций) имеют определенные лимиты (обязательные нормативы, установленные Банком России)[[41]](#footnote-41), распространяющиеся на кредитные операции. Эти нормативы косвенно ограничивают возможность совершения рисковых сделок, к которым относятся кредиты без надлежащего обеспечения и являются одной из причин, по которым банки пытаются совершать рисковые сделки на наиболее выгодных для себя условиях. Если банк заключает сделку не на максимально выгодных для него условиях сегодня, то завтра, то есть во время срока действия заключенного договора, предусматривающего эту сделку, возможно, не удастся совершить другую, более выгодную рисковую сделку из-за действия обязательных нормативов. Поэтому банки особенно осторожно относятся к заключению срочных рисковых сделок.

Таким образом, залог (и в первую очередь залог движимого имущества) является средством, которое в состоянии обеспечить привлечение недорогого кредита для российского производителя. Причем данный способ обеспечения не требует затрат, которые необходимы для получения поручительства или банковской гарантии.

Развитие норм о залоге, которые сделали бы его действенным и привлекательным для кредиторов средством обеспечения обязательств, могло бы создать основу развития кредитования российских производителей и, таким образом, развития экономики России.

Потенциально высокие функциональные возможности залога могут существенно ослабляться длительной судебной и бюрократической процедурой реализации залога. Объективный анализ показывает, что для кредиторов - организаций среднего и мелкого бизнеса ипотека может являться чрезмерно длительным способом компенсации их потерь, возникших вследствие нарушения обеспеченного основного обязательства.

В частности, при длительности сроков реализации предмета ипотеки, которая, по данным ряда банков составляет до 8 - 10 месяцев, неоправданно велика вероятность задержки в получении кредитором компенсации за понесенные им убытки вследствие неисполнения обеспеченного обязательства. Безусловно, убытки включают в себя упущенную выгоду. Однако, как известно, любые убытки подлежат тщательному обоснованию и доказыванию. Кредитор-залогодержатель вправе требовать возмещения всех убытков из стоимости предмета залога. Однако многие прямые убытки трудно доказать (например, издержки на качественное юридическое обслуживание), а упущенную выгоду доказать бывает и вовсе невозможно. Так, на практике невозможно обосновать упущенную выгоду ввиду не заключения нескольких краткосрочных кредитных договоров в течение периода происхождения судебной тяжбы по реализации предмета ипотеки и исполнению решения. Доводы о взыскании упущенной выгоды от незаключенных договоров не будут восприняты судом по причине их предположительного характера. Следовательно, кредитору-залогодержателю по общему правилу выгоднее получить надлежащее исполнение обязательства в срок, чем требовать реализации залога.

Иначе проявляется обеспечительная функция при залоге движимого имущества. Проследим это на основных видах залога движимого имущества в сфере кредитования торговли и российских производителей.

В сфере торговли наиболее привлекательным видом залога должен бы быть залог товаров в обороте, поскольку большинство торговых организаций не имеет достаточных собственных основных средств. Однако он практически не используется субъектами гражданского оборота, прежде всего из-за недостатков залоговой конструкции, предусмотренной законом[[42]](#footnote-42).

Обеспечительная функция залога ценных бумаг. Наиболее распространенным объектом залога движимых вещей являются ценные бумаги. Они часто характеризуются в правовой литературе как один из "оптимальных" предметов залога. Ценные бумаги обычно достаточно ликвидны, не требуют складских помещений для хранения, могут находиться на хранении третьего лица - депозитария, держателя реестра, в сейфах банка-залогодержателя либо в депозите нотариальной конторы[[43]](#footnote-43).

Ценные бумаги являются одним из наиболее универсальных видов залога в том смысле, что он может использоваться почти любым субъектом гражданского оборота. В сфере торговли часто используется залог векселей, складских свидетельств, коносаментов. В банковской и финансовой сферах обычно закладываются акции, облигации, залоговые свидетельства. При кредитовании производственных организаций в залог предоставляется любые из перечисленных видов ценных бумаг.

Ценные бумаги могут храниться у любой стороны, однако на практике ценные бумаги, как и любое заложенное движимое имущество, обычно хранятся у третьего лица либо у залогодержателя. Причиной тому служит быстрая ликвидность движимого имущества и желание залогодержателя обезопасить себя от возможных злоупотреблений со стороны залогодателя. Быстрая ликвидность ценных бумаг, безусловно, хороша, когда ею надлежащим образом пользуется залогодержатель, но не залогодатель (последнее может создать для кредитора-залогодержателя дополнительные риски и, следовательно, ослабление обеспечительной функции залога).

На обеспечительной функции залога ценных бумаг отрицательно сказывается неясность, существующая в российском законодательстве относительно того, что именно является предметом залога - права, удостоверяемые ценной бумагой, или сама ценная бумага (т.е. вещь). В зависимости от той или иной позиции по данному вопросу *к* залогу ценных бумаг следует применять правила для залога вещей или правила для залога прав, которые имеют некоторую специфику. Все это влияет на обеспечительную функцию залога ценных бумаг и нуждается в более подробном рассмотрении.

По общему правилу, передача ценной бумаги равносильна переходу всех удостоверяемых ею прав в совокупности. Залоговую ценность действительно имеет право, удостоверенное ценной бумагой. Однако передача удостоверенного ценной бумагой права невозможна без реальной передачи самой ценной бумаги. На практике соглашение о залоге ценных бумаг обычно заключается как договор, предметом которого являются сами ценные бумаги. Такой подход к залогу ценных бумаг вполне правомерен, тем более что основанием для него служат положения ст. 128 ГК РФ. В отношении залога ценных бумаг ст. 338 ГК РФ содержит малопригодную для практики формулировку "залог имущественного права, удостоверенного ценной бумагой". Данная формулировка и создает затруднения в определении того, что же является предметом залога - сама ценная бумага или право, удостоверенное ею?

Следует согласиться с А.А. Маковской, что проблема определения предмета залога при залоге ценной бумаги порождена правовой сущностью ценной бумаги как объекта гражданского оборота[[44]](#footnote-44). С одной стороны, ценная бумага сама по себе является объектом гражданских правоотношений. С другой - объектом гражданско-правовых отношений ценная бумага является исключительно вследствие того, что она закрепляет имущественные права.

В правовой литературе существуют различные точки зрения относительно того, что же является предметом залога при залоге ценных бумаг. Причем ответ на данный вопрос часто зависит и от того, является ли предметом рассмотрения залог ценных бумаг в документарной или в бездокументарной форме.

По мнению Е.В. Басина, Б.М. Гонгало и П.В. Крашенинникова, залог ценных бумаг не рассматривается в качестве залога прав, а "традиционно рассматривается в качестве залога вещей"[[45]](#footnote-45). По мнению А.А. Маковской, возможна и иная точка зрения[[46]](#footnote-46).

Двойственность правовой природы ценной бумаги, выражающаяся в единстве "вещного права на ценную бумагу" и "права из ценной бумаги", отмечалась еще в правовой литературе начала века[[47]](#footnote-47).

Рассмотрим, имеет ли существенное практическое значение неясность в отношении применения к ценным бумагам правил о залоге вещей или прав. Есть ли разница в применении этих правил на практике?

Да, в настоящее время есть очевидные различия в нормативном регулировании залога вещи и залога прав. Эти различия в основном сводятся к тому, что:

ГК РФ содержит общие нормы о залоге, относящиеся как к залогу прав, так и к залогу вещей, однако вместе с ними продолжают действовать специальные нормы о залоге прав, установленные Законом "О залоге";

существует различный порядок реализации заложенных вещей к прав. В первом случае имеет место купля-продажа, во втором - уступка, которая содержит некоторые особенности по отношению к обычной купле-продаже.

Вряд ли можно согласиться с теми правоведами, которые усматривают различия в определении ГК РФ круга лиц, имеющих право выступать залогодателем при залоге вещей и при залоге прав. Так, А.А. Маковская пишет, что "разным образом определен круг лиц, имеющих право выступать залогодателем при залоге вещей (п. 2 ст. 335) и при залоге прав (п. 3 ст. 335). И если при залоге ценной бумаги как вещи залогодателем в соответствии с п. 2 ст. 335 ГК РФ может быть ее собственник либо лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения, то при залоге права, удостоверенного ценной бумагой, залогодателем в соответствии с пунктом 3 той же статьи, может быть лицо, которому принадлежит закладываемое право. Таким образом, лицо, которому принадлежат права, удостоверенные ценной бумагой, может заложить их от своего собственного имени и в том случае, когда данная ценная бумага принадлежит ему на праве оперативного управления"[[48]](#footnote-48).

Представляется, что приведенный аргумент неубедителен. Нельзя установить какое-либо право на право (вероятно, единственным исключением из этого правила является залог предприятия как имущественного комплекса — в его состав входят права).

Вероятно поэтому в п. 3 ст. 335 ГК РФ законодатель использовал точную формулировку "лицо, которому принадлежит закладываемое право". Суть правил о залогодателе, установленных п. 2 и п. 3 ст. 335 ГК РФ, одинакова - нельзя заложить то, что не принадлежит залогодателю. Отсюда следует, что круг лиц, имеющих право выступать залогодателем при залоге вещей и прав, одинаков.

Представляется, что подход к залогу ценной бумаги как к залогу вещи, а не имущественного права следует признать более научным. В соответствии со ст. 128 ГК РФ ценные бумаги являются разновидностью вещей. Статью 338 ГК РФ следует толковать таким образом, что она предусматривает залог прав, удостоверенных ценной бумагой, посредством залога самой ценной бумаги как вещи.

Одним из наиболее дискуссионных вопросов залога ценных бумаг является залог векселей. Отсутствие единообразного подхода к решению вопроса применения залога снижает степень эффективности этого залога. Это происходит, поскольку у залогодержателя появляются дополнительные риски в связи с возможным различным толкованием действующего законодательства (в данном случае - законодательства, применяемого к залогу векселей). Исследуем проявление обеспечительной функции залога векселей.

Залог векселей порождает спорные вопросы по двум основным причинам. Во-первых, вследствие общей для всех ценных бумаг неясности относительно того, что же является предметом залога - бумага или удостоверенное ею право. Во-вторых, из-за неясности роли залогового индоссамента (неясно, влечет ли он создание залога в соответствии с нормами ГК РФ). Залог векселей регулируется ГК РФ. Однако вексельное законодательство, имеющее специальный характер и поэтому преобладающее над нормами ГК РФ, лишь упоминает передачу векселя в залог, не предусматривая четкой регламентации правовых последствий такой передачи.

Как писал М.М. Агарков, в то время, когда вексельное право еще не знало залогового индоссамента, залог векселя, выполняемый в виде обычной передаточной надписи, рассматривался в качестве фидуциарной сделки. Поскольку передача векселя в залог в этом случае ничем не отличалась от обычной передачи права собственности на вексель, то возникла точка зрения, в соответствии с которой считалось, что залогодержатель становится собственником такого векселя, но обязан передать право собственности на него залогодателю в случае исполнения обеспеченного залогом обязательства. Существовала и противоположная точка зрения, которая рассматривала залог векселя не как передачу права собственности на вексель залогодержателю, а как именно залоговую сделку, вследствие которой право собственности на заложенный вексель сохраняется за залогодателем до момента обращения взыскания[[49]](#footnote-49).

Представляется, что точка зрения относительно роли передаточной надписи как свидетельства передачи векселя в собственность залогодержателю весьма спорна как с точки зрения современного вексельного законодательства, так и с позиции конструкции залогового правоотношения. Если мы признаем возможность существования перехода права собственности на заложенный вексель в силу создания залогового обременения, это будет противоречить конструкции залога как права на обращение взыскания на предмет залога, которая последовательно предусматривалась российским законодательством с 19 века.

Положением о переводном и простом векселе[[50]](#footnote-50) от 7 июня 1930 г. (далее - "Положение") предусмотрен залоговый индоссамент. В соответствии со ст. 19 Положения "если индоссамент содержит оговорку "валюта в обеспечение", "валюта в залог" или всякую иную оговорку, имеющую в виду залог, векселедержатель может осуществлять все права, вытекающие из переводного векселя, но поставленный им индоссамент имеет силу, лишь в качестве препоручительного индоссамента".

Нельзя согласиться с А.А. Вишневским в том, что "Положение четко указало на возможность залога векселя именно как залоговой сделки, а не фидуциарной передачи права собственности на вексель с обеспечительной целью ... залог векселя должен оформляться именно индоссаментом. В практике иногда встречается оформление залога векселя таким документом, как "договор залога векселя". С точки зрения вексельного права это полный нонсенс, поскольку все правоотношения по векселю существуют лишь тогда и постольку, поскольку они отмечены в письменной форме на самом векселе"[[51]](#footnote-51).

Детальное изучение текста Положения позволяет сделать вывод, что оно не содержит четкой нормы о значении залогового индоссамента с точки зрения общих норм о залоге. Поэтому следует согласиться с А.А. Маковской, что для залога векселя необходим договор о залоге, необходимость которого не подменяется залоговым индоссаментом[[52]](#footnote-52).

Такой же точки зрения придерживаются ВАС РФ и ВС. РФ. Так, в п. 32 совместного постановления Пленумов ВАС РФ и ВС. РФ "О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей" указывается, что основанием передачи векселя может быть как урегулированный гражданским законодательством договор о залоге, так и иные обеспечительные сделки, не противоречащие закону[[53]](#footnote-53).

Действительно, если предположить, что залоговый индоссамент создает залоговое обеспечение какого-либо основного обязательства, одной из проблем, с которыми мы в таком случае столкнемся, будет возврат вексельных прав прежнему держателю (залогодателю) векселя после исполнения обеспеченного залогом векселя обязательства. Неясно, как залогодержатель вернет залогодателю вексель, служивший обеспечением.

Так, в соответствии со ст. 19 Положения векселедержатель на основании залогового индоссамента может передать вексель другому лицу лишь в порядке препоручения. Следовательно, в случае исполнения обязательства, обеспеченного залогом векселя, индоссамент, выполненный "залоговым векселедержателем" в пользу предшествующего векселедержателя, не сможет перенести весь объем вексельных прав на нового приобретателя (он же предшествующий векселедержатель) потому, что залоговый индоссамент будет иметь лишь препоручительный характер.

В правовой литературе есть мнение, что вышеуказанное затруднение не является препятствием для признания за залоговым индоссаментом возможности создать залог векселя без дополнительных сделок. Так, А.А. Вишневский в своей работе "Залоговое право" писал, что выход может быть найден на основании ст. 16 Положения, которая устанавливает, что зачеркнутый индоссамент считается ненаписанным. Поэтому в случае обеспечения обязательства залогом векселя предшествующий векселедержатель, получая обратно вексель, получает и право зачеркнуть залоговый индоссамент и тем самым восстановить в полном объеме свои правомочия по векселю[[54]](#footnote-54).

Приведенное мнение А.А. Вишневского весьма интересно. Однако с позицией А.А. Вишневского о том, что для залога векселя достаточно залогового индоссамента, нельзя согласиться. Представляется, что при совершении залогового индоссамента остаются нерешенными многие вопросы, которые являются существенными для создания залогового обеспечения с точки зрения ГК РФ. Например, даже если признать, что залоговый индоссамент отвечает требованиям о письменной форме для договора о залоге, нерешенными остаются другие вопросы, например, о том, чье и какое обязательство обеспечивает такой залог векселя, как обеспечивается учет изменений обеспечиваемого обязательства в содержании векселя и у кого хранится вексель, являющийся предметом залога? Без решения данных вопросов в договоре создать залог в его традиционном понимании лишь за счет залогового индоссамента невозможно.

Таким образом, для оформления залога векселя необходимо заключить договор о залоге по правилам ГК РФ. В дополнение к договору следует использовать возможности залогового индоссамента, который служит доказательством заключения договора о залоге.

На практике проявляются следующие характеристики ценных бумаг как предмета залога: средняя ценность (средняя, но не высокая, так как ценные бумаги, в первую очередь акции, сильно подвержены ценовым колебаниям в зависимости от ситуации на финансовом рынке);

высокая ликвидность (многие виды ценных бумаг обычно легко реализовать через фондовые биржи);

минимальные издержки на хранение и содержание;

возможность нахождения у любой из сторон залогового правоотношения и третьих лиц (для повышения эффективности обеспечительной функции - предпочтительно у залогодержателя или третьего лица);

универсальность использования (ценные бумаги являются оптимальным предметом залога, который может быть предоставлен в торговой, финансовой и банковской сферах, а также в сфере кредитования производственных организаций).

Обеспечительная функция залога прав. В отношении залога прав установлены это четкие и недвусмысленные нормы. Применение также не порождает каких-либо специфических неясностей[[55]](#footnote-55).

Проявление обеспечительной функции залога прав, как и других видов залога, во многом зависит от характеристик предмета этого залога, прежде всего от ценности конкретного права, являющегося предметом залога.

Обеспечительная функция залога прав обычно определяется на основе следующих характеристик предмета такого залога:

ценность зависит от конкретного правомочия, предоставленного в залог. Здесь важен не только вид правомочия, но и возможность умаления или ограничения этих прав иными лицами. Например, арендодатель может оказывать воздействие на объект при залоге права аренды. Это создает дополнительные риски и снижает обеспечительную ценность залога соответствующих прав;

средняя ликвидность, так как реализация многих прав требует подыскания специфического приобретателя этих прав. Так, если многие виды ценных бумаг обычно легко реализовать через специальные организации (например, биржи), то для реализации залога прав подобные специализированные организации отсутствуют;

отсутствие издержек на хранение и содержание, так как по своей природе права этого не требуют.

Приведенные характеристики позволяют утверждать, что залог прав может применяться различными субъектами гражданского права, включая производственные и торговые организации. При этом основным вопросом, возникающим в практике в связи с залогом прав, является реальное существование права, которое потенциальный залогодержатель согласился бы принять в залог.

Изучение позволяет утверждать, что для оптимизации обеспечительной функции залога прав необходимо руководствоваться следующими критериями при выборе права в залог:

право должно быть предусмотрено вступившим в силу юридическим актом и документально удостоверено;

существующее на момент заключения договора о залоге право является более предпочтительным предметом для залога, чем право, которое должно возникнуть у залогодателя в будущем. Залог права, которое должно возникнуть в будущем, разрешен действующим законодательством, однако здесь возникает дополнительный риск для залогодержателя из-за того, что право, предусмотренное договором о залоге, может по каким-либо причинам и не возникнуть. Вследствие этого основное обязательство окажется необеспеченным.

срок действия права должен быть продолжительнее срока, в течение которого должно быть исполнено обеспечиваемое залогом прав обязательство;

необходимо проверять действительность права залогодателя, которое он предлагает в залог. Например, если в залог передается право требования кредита, то следует проверить, предоставлялся ли кредит и есть ли между кредитором и заемщиком спор относительно обязанности заемщика возвратить кредит. На практике стороны кредитного договора прибегают к самым разнообразным ухищрениям для того, чтобы создать для третьего лица видимость предоставления кредита[[56]](#footnote-56).

Иногда залог предоставляется третьим лицом. В таких случаях, как правило, обеспечительная функция залога не отличается от обеспечительной функции залога, предоставляемого должником по обеспечиваемому обязательству.

Как уже отмечалось выше, обременение залогом предмета, права на который у залогодателя возникнут в будущем, в принципе возможно, если залогодатель и залогодержатель усмотрят коммерческий интерес в использовании такого залога. Возможность обременения залогом предмета, который будет приобретен в будущем, насущна для современного рынка банковского кредитования, в том числе кредитования производственных организаций. Часто несколько сделок заключаются одновременно и до их совершения должник по обеспечиваемому залогом обязательству не обладает титулом на имущество, которое он предоставляет в залог.

Одним из примеров таких сделок служит ипотечное кредитование жилья. Приобретателю недвижимости предоставляется целевой кредит, обеспечиваемый ипотекой этой недвижимости. Кредит предоставляется до приобретения права собственности на недвижимость, однако приобретенная недвижимость обременяется залогом с момента перехода на нее титула собственника к залогодателю.

Данная схема кредитования в настоящее время широко применяется для финансирования приобретения квартир[[57]](#footnote-57). Одной из причин активного использования этой схемы является то, что большинство ее элементов основывается на прямых предписаниях Закона "Об ипотеке". До введения в действие этого закона к подобным соглашениям банки относились с большой осторожностью, несмотря на то, что ГК РФ позволял предусматривать подобные решения в договорном порядке.

Проведенное исследование свидетельствует, что допустимость установления залога на имущество, которое будет приобретено в будущем, открывает большие возможности для кредитования хозяйственных нужд производственных организаций. Производственным организациям не требуется закладывать собственные средства для получения финансирования на цели воссоздания или расширения производственных мощностей. Возможность залога имущества, права на которое залогодатель приобретет в будущем, обладает высоким социально-экономическим значением в современных условиях развития российского производства. Разумное использование залога имущества, которое будет приобретено в будущем, может являться одним их значимых элементов усовершенствования экономики России за счет развития находящегося в плачевном состоянии национального производства.

При установлении залога на имущество или право, которое будет принадлежать залогодержателю в будущем, необходимо учитывать следующую информацию. Во-первых, моментом возникновения такого залога будет не момент заключения договора о залоге, а момент приобретения оговоренного в нем имущества или права в будущем. Во-вторых, необходимо четко идентифицировать предмет залога в договоре. Часто сделать это бывает затруднительно, поскольку заранее неизвестна вся информация о предмете залога. В-третьих, для залогодержателя существует дополнительный риск по отношению к обычному договору о залоге, состоящий в возможности неполучения в залог оговоренного предмета в будущем. Недобросовестный залогодатель может создать условия, при которых кредитор, являющийся обладателем обязательственного права в силу договора о залоге, так и не станет обладателем вещного права на предмет залога. Этот риск в определенной степени связан с возможностью не совершения залогодателем необходимых действий для получения предмета залога либо вступление в сговор со своими контрагентами для воспрепятствования различными способами переходу прав на имущество к будущему залогодателю[[58]](#footnote-58). Понятно, что залогодержателю необходимо проявлять повышенную осторожность с залогом предмета, права на который залогодатель приобретает в будущем. Если же залогодержатель все же примет коммерческое решение о целесообразности такого залога, следует предусмотреть ряд договорных мер для дополнительной защиты залогодержателя-кредитора в случае неполучения оговоренного предмета в залог. В качестве таких мер можно предложить, например, условие о досрочном погашении основного обязательства при неисполнении договора о залоге залогодателем либо замене предмета залога другим приемлемым имуществом.

Обязанность залогодателя предоставить дополнительное имущество в залог также нуждается в обеспечении. Для ее обеспечения достаточно предусмотреть так называемые "кросс-дефолт" положения в основном обязательстве, в соответствии с которыми в случае не предоставления оговоренного дополнительного имущества залогодержатель будет иметь право на досрочное взыскание по основному обязательству[[59]](#footnote-59).

Опыт практики свидетельствует о том, что местонахождение предмета залога оказывает достаточно сильное влияние на его обеспечительную функцию. Как уже отмечалось, выбор предмета залога создает определенный уровень эффективности обеспечительной функции залога. Если предмет залога выбран неразумно, получать возмещение может оказаться не из чего. Наряду с этим у стороны, у которой находиться заложенное имущество, есть возможность контролировать осуществление обеспечительной функции залога. Эта возможность влияет на обеспечительную функцию залога, и часто - существенно.

Рассмотрим влияние на проявление обеспечительной функции залога фактора нахождения предмета залога у определенной стороны договора о залоге. Данный аспект залоговых отношений является общим для всех видов залога вне зависимости от их предмета.

С нахождением предмета залога у определенной стороны связаны благо и бремя для этой стороны. Благо состоит в возможности пользоваться предметом залога и извлекать из него плоды, доходы и т.п. (если это предусмотрено договором). Пресекается возможность изъятия предмета залога в результате недобросовестных действий другой стороны. Бремя же состоит в обязанностях по хранению и содержанию предмета залога и несению рисков повреждения, утраты и гибели предмета залога.

С физической передачей вещи залогодержателю связаны также дополнительные права и обязанности залогодержателя.

В соответствии со ст. 346 ГК РФ залогодержатель, при наличии о том специального указания в договоре, вправе пользоваться предметом залога, регулярно представляя залогодателю отчет о пользовании. Что же касается обязанности залогодержателя направлять полученные доходы и плоды на погашение основного обязательства или в интересах залогодателя, то она может быть предусмотрена договором.

Решение данного вопроса в договоре представляется весьма важным в экономическом отношении. Всякая вещь приносит доход лишь в процессе ее использования. Получение доходов (плодов) от использования предмета залога способствует уменьшению долга по основному обязательству, упрочению финансового положения должника. Вместе с тем вопрос об использовании предмета залога может стоять лишь в отношении таких вещей, которые являются не потребляемыми и способны приносить доход при их использовании[[60]](#footnote-60).

В отношении пользования предметом залога возможны два варианта. Пользователем заложенного имущества может быть либо залогодатель, либо залогодержатель в зависимости от местонахождения заложенного имущества.

Если предмет залога остается у залогодателя, он вправе пользоваться им в соответствии с его назначением, в том числе извлекать из него плоды и доходы. Это право залогодателя может быть ограничено в двух случаях: если соответствующее ограничение предусмотрено в договоре и если такое ограничение вытекает из существа залога (например, залог с оставлением имущества у залогодателя под печатью и замком залогодержателя).

Если заложенное имущество передается залогодержателю, то право пользования этим имуществом является не общим правилом, а альтернативной возможностью. Согласно п. 3 ст. 346 ГК РФ право пользования предметом залога в этом случае возникнет у залогодержателя только при указании об этом в договоре. В этом случае у залогодержателя сразу же возникает корреспондирующая обязанность: регулярно предоставлять залогодателю отчет о пользовании заложенным имуществом, переданным залогодержателю.

Кроме того, в соответствии с п. 3 ст. 346 ЕК РФ договором на залогодержателя может быть возложена обязанность извлекать из предмета залога плоды и доходы в целях погашения основного обязательства или в интересах залогодателя. Закон "О залоге" в этой связи был более строг. В соответствии со ст. 51 названного закона у залогодержателя при закладе не было возможности использовать приобретенные в результате пользования предметом заклада доходы и плоды, иначе как направив их на покрытие расходов, на содержание предмета заклада либо засчитав в счет погашения процентов по долгу или самого долга по обеспеченному залогом обязательству. ГК РФ расширяет возможности использования плодов и доходов от предмета залога в интересах залогодателя.

Обязанности участников залогового правоотношения могут быть различны в зависимости от того, идет ли речь о залоге с оставлением имущества у залогодателя или о залоге с передачей заложенного имущества залогодержателю. В зависимости от местонахождения заложенного имущества по-разному решается вопрос о бремени его содержания.

В настоящее время обязанности залогодержателя в отношении предмета залога определены ст. 343 ГК РФ и сводятся к следующему:

1. Залогодержатель обязан страховать за счет залогодателя заложенное имущество от рисков утраты и повреждения (если иное не предусмотрено, договором). Имущество при этом должно быть застраховано в полной его стоимости, но если полная стоимость значительно превышает размер обеспеченного залогом требования, то на сумму не ниже размера требования.

2.Залогодержатель должен принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества (в том числе для защиты его от посягательств и требований со стороны третьих лиц). Конкретные меры ГК РФ не предусматриваются, поэтому целесообразно предусмотреть их в договорном порядке. В случае возникновения угрозы утраты или повреждения заложенного имущества залогодержатель должен немедленно уведомить об этом залогодателя.

3. Залогодатель в случае залога с передачей заложенного имущества залогодержателю вправе проверять по документам и непосредственно наличие, качество, состояние и условия хранения заложенного имущества, переданного залогодержателю. Соответственно, залогодержатель обязан предоставить залогодателю такую возможность.

4. После исполнения обеспеченного залогом обязательства залогодержатель обязан немедленно возвратить предмет заклада залогодателю (если иное не предусмотрено договором). Закон трактует возвращение предмета заклада как обязанность залогодержателя, а не только право залогодателя потребовать возвращения предмета заклада. Такая же обязанность возникает у залогодержателя в случае прекращения залога по требованию залогодателя вследствие неисполнения залогодержателем возложенных на него в соответствии с п. 1 ст. 343 ГК РФ обязанностей.

При невыполнении залогодержателем требований о содержании и сохранении предмета залога залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога. Если залогодатель решит воспользоваться этим правом, его действия должны соответствовать требованиям гл. 29 ГК РФ.

В правовой литературе высказывалась отрицательная оценка наличия у залогодателя права требовать досрочного прекращения заклада. Отмечалось, что право залогодателя потребовать прекращения залога без исполнения основного обязательства неоправданно ухудшает положение залогодержателя. По мнению В.М. Будилова, "если бы речь шла об отвлеченном хранении чужого имущества... то ненадлежащее исполнение хранителем ... своих обязанностей вполне может быть основанием для расторжения договора. Но при закладе хранение и пользование являются условиями договора о залоге, который неразрывно связан с обеспечиваемым обязательством. Право требования прекращения залога, ... не связанное с обязанностью исполнить обеспечиваемое обязательство, игнорирует ... служебную, дополнительную ... роль залога"[[61]](#footnote-61).

Представляется, что точка зрения В.М. Будилова весьма спорна. В данном случае независимо от того, является ли хранение вещи следствием специального договора хранения либо договора залога, у залогодержателя в силу закона (если иное прямо не предусмотрено договором) возникает обязанность принимать меры к сохранности предмета залога. Причем объем действий, необходимых для выполнения этой обязанности, определяется не характером договора, а необходимостью сохранения вещи, вследствие чего, в части целевого характера действий, принципиальной разницы между хранением предмета залога и хранением вещи по договору хранения нет. Относительно же дополнительной роли залога и его неразрывной связи с основным обязательством следует иметь в виду, что связь эта преимущественно односторонняя: существование обязательства залога зависит от судьбы обеспечиваемого им обязательства, но не наоборот. Поэтому прекращение договора залога вследствие нарушения залогодержателем своих обязанностей по хранению предмета заклада не нарушает принцип акцессорности залогового обязательства[[62]](#footnote-62).

Как следует из рассмотрения прав и обязанностей стороны, у которой находится предмет залога, количество ее обязанностей намного больше, чем прав. Однако на практике каждая их сторон залогового правоотношения стремится обладать предметом залога для того, чтобы полностью контролировать его и не допустить неправомерных действий со стороны контрагента. Залоговое обеспечение призвано снизить риск недобросовестного поведения залогодателя, и поэтому даже если залогодержателю не предоставлено право пользоваться предметом залога и извлекать из него плоды или доходы, часто в интересах залогодержателя быть стороной, у которой находится предмет залога.

Независимо от того, у кого находилось заложенное имущество и как решался в договоре вопрос о бремени его содержания, риск случайной гибели заложенного имущества лежит на залогодателе, если иное прямо не предусмотрено договором. В случае залога с передачей заложенного имущества залогодержателю последний отвечает за полную или частичную утрату или повреждение переданного ему имущества. Такая ответственность является императивной, стороны договора о залоге не вправе освободить залогодержателя от данной ответственности[[63]](#footnote-63).

Единственным основанием освобождения залогодержателя от ответственности за утрату или повреждение переданного ему заложенного имущества могут являться обстоятельства, предусмотренные ст. 401 ГК РФ. В соответствии с данной статьей лицо несет ответственность за неисполнение обязательства при наличии вины. Представляется, что невиновность залогодержателя, не являющегося коммерческим участником оборота, должна быть признана, когда залогодержатель принял все разумные и зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства при той степени заботы и осмотрительности, какая требовалась от него по характеру обязательства и условиям оборота. Однако если речь идет о залогодержателе, занимающемся предпринимательской деятельностью, то единственным основанием исключения ответственности за утрату или повреждение заложенного имущества могут служить обстоятельства непреодолимой силы. В этом случае на залогодержателя возлагается бремя доказывания обстоятельств непреодолимой силы и причинно-следственной связи между такими обстоятельствами и утратой или повреждением предмета залога.

ГК РФ уделяет специальное внимание вопросу о размере ответственности залогодержателя (при залоге с передачей заложенного имущества залогодержателю) в случае утраты или повреждения заложенного имущества. Общее правило сводится к тому, что залогодержатель отвечает за утрату предмета залога в размере его действительной стоимости. Оно является императивным и не может быть изменено сторонами в договорном порядке.

Если имущество повреждено, то залогодержатель при отмеченных выше обстоятельствах отвечает за повреждение в размере суммы, на которую понизилась стоимость заложенного имущества. Причем опять же речь идет о действительной стоимости (и действительном обесценении) предмета залога, а не о той залоговой стоимости, которая была установлена сторонами при заключении договора о залоге.

Если в результате повреждения предмета залога его потребительские свойства изменились настолько, что он уже не может быть использован по своему прямому назначению, то ст. 344 ГК РФ предоставляет право залогодателю отказаться от предмета залога и потребовать возмещения за его утрату.

В случае утраты или повреждения заложенного имущества ГК РФ предусматривает возможность замены и восстановления предмета залога.

Замена предмета залога не является обязанностью залогодателя. По общему правилу гибель заложенного имущества влечет за собой не обязанность залогодателя заменить предмет залога, а прекращение залогового права. Это основание прекращения залогового права предусмотрено ст. 352 ГК РФ и ст. 34 Закона "О залоге".

Исключением из этого общего правила может являться восстановление или замена предмета залога залогодателем в соответствии с условиями договора или по доброй воле залогодателя (если договор не содержит соответствующих положений). Согласно п. 2 ст. 345 ГК РФ, если предмет залога погиб, либо поврежден, залогодатель вправе в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его равноценным имуществом, если договором не предусмотрено иное. Такое же право предоставляется залогодателю и в случае, если право собственности или хозяйственного ведения на заложенное имущество прекращено по основаниям, установленным законом.

Проведенный анализ показывает, что нахождение предмета залога у определенной стороны договора о залоге оказывает существенное влияние на возможность осуществления контроля за предметом залога и, следовательно, на проявление обеспечительной функции залога. Данный аспект залоговых отношений является общим для всех видов залога вне зависимости от их предмета.

**Глава 2 Пути повышения эффективности обеспечительной функции залога**

**2.1 Права собственника заложенного имущества**

Из двух основных вариантов определения судьбы закладываемого имущества - оставление заложенного имущества в руках залогодателя либо его передача залогодержателю - Гражданский кодекс РФ отдает предпочтение первому, допуская возможность изменения этого общего правила волей участников договора залога. Для залога недвижимого имущества и товаров в обороте допускается только оставление предмета залога у залогодателя.

Уступая требованиям практической необходимости, нельзя забывать, что при залоге с оставлением заложенного имущества в руках залогодателя положение залогодержателя более уязвимо, чем при обратном варианте, с точки зрения твердости прав последнего по договору залога. Поэтому требуется уделить повышенное внимание вопросу о тех пределах, в которых закон дозволяет действовать залогодателю при залоге с оставлением предмета залога у него, и о защите прав залогодержателя, когда первый выходит за очерченные рамки.

Залогодатель как собственник еще до установления залога на имущество подвергается всевозможным ограничениям, прежде всего публично - правового порядка, то есть в интересах всех третьих лиц. После установления залога залогодатель в еще большей степени ограничивается в своих правомочиях собственника. Теперь его интересы сталкиваются с интересами залогодержателя.

На страницах юридической литературы дореволюционной поры было высказано мнение, что вещные права на чужую вещь ставят границы пользованию всем объемом права собственности, тогда как залог во все время своего нормального существования не вступает с правом собственности ни в какое столкновение. Если с первой частью этого тезиса мы можем согласиться, то со второй этого сделать нельзя. Какой бы широтой прав ни наделял соответствующий правопорядок залогодателя в отношении заложенного имущества, его права все равно будут ограничены в сравнении с его правами как собственника при отсутствии залогового обременения. Залогодатель, оставивший за собой заложенное имущество, сохраняет право владения и, как правило, право пользования им. Обычно залогодатель не ограничивается в праве распоряжения предметом залога, особенно если это касается недвижимого имущества или имущества, которому по своему назначению противопоказано данного рода ограничение (залог товаров в обороте).

В ГК РФ общим правилом является то, что залогодатель лишается права самостоятельно определять юридическую судьбу предмета залога, то есть подвергается ограничению право распоряжения (п. 2 ст. 346). В этом случае о неограниченности прав залогодателя как собственника вообще говорить не приходится.

Задача закона - найти оптимальный вариант, учитывающий интересы обоих участников залогового правоотношения. Закон ограничивает права залогодателя в пользу залогодержателя и дает последнему правовые средства для реагирования на выход первым за пределы установленных ограничений. Но как далеко можно идти, ограничивая права залогодателя? При установлении ограничений нужно исходить из целей залога и защиты прав залогодержателя только от неправомерных действий залогодателя. Поэтому по возможности необходимо минимальным образом ограничивать права залогодателя как собственника, учитывая, что заложенное имущество само часто служит средством возврата долга, и перегибы в этом вопросе могут пойти во вред и залогодержателю - кредитору.

Если говорить о праве пользования, то уже п. 1 ст. 346 ГК, который предоставляет залогодателю право пользоваться предметом залога, вводит ограничение этого права. Ограничение касается характера использования заложенного имущества. По прямому указанию этой нормы залогодатель вправе пользоваться предметом залога в соответствии с его назначением. Как мы знаем, собственник вправе использовать вещь и не по прямому назначению (объективно имеющемуся у большого количества вещей), лишь бы это не противоречило публично - правовым ограничениям, правам и интересам всех третьих лиц. Именно установление залога обязывает залогодателя использовать вещь по назначению, а на использование вещи не по назначению должно испрашиваться согласие залогодержателя. Отсюда, к примеру, залогодатель предприятия не может без согласия залогодержателя превратить предприятие по производству определенных товаров в развлекательное заведение (казино и т.п.).

Залогодатель ограничивается в степени интенсивности использования заложенного имущества, но только когда пользование имуществом затрагивает его субстанцию, то есть связано с необходимостью амортизации. Например, если заложена акция, то с какой бы интенсивностью ни использовал ее залогодатель, извлекая повышенный размер дивидендов, от нее ничего не убавится. Другое дело - залог земли, залогодатель которой "выжимает" из нее все, что можно, и это может привести к обеднению почвы, а значит, к уменьшению стоимости земли.

Из этого следует, что залогодатель должен использовать заложенное имущество так, как это делает каждый разумный собственник. Повышенная интенсивность использования, которая необычна для такого рода имущества, может привести к его повреждению или утрате, что, естественно, является нарушением прав залогодержателя. Несмотря на то что общие нормы о залоге (п. 1 ст. 346 ГК) не содержат такого требования к залогодателю, оно логично вытекает из существа дела. К тому же, пп. 2 п. 1 ст. 343 ГК налагает на залогодателя обязанность принимать меры для обеспечения сохранности заложенного имущества. Для случаев ипотеки Закон об ипотеке (п. 1 ст. 29) прямо говорит, что при пользовании заложенным имуществом залогодатель не должен допускать ухудшения имущества и уменьшения его стоимости сверх того, что вызывается нормальным износом.

Установив поведению залогодателя по части пользования заложенным имуществом определенные границы, закон предоставляет противоположной стороне (залогодержателю) средства для реагирования на выход первого за указанные пределы. Общее средство защиты залогодержателем своих прав в случае неправомерного использования залогодателем предмета залога - право потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства, а если заложенное имущество не утрачено, то и обратить на него взыскание. Этими правомочиями залогодержатель наделяется при залоге любого вида имущества.

Однако следует отметить различие формулировок двух законов на этот счет. Статья 35 Закона об ипотеке предоставляет залогодержателю указанные права при грубом нарушении залогодателем правил пользования заложенным имуществом, изложенных в п. 1 ст. 29 Закона. Если сопоставить пп. 2 п. 2 ст. 351 ГК и пп. 2 п. 1 ст. 343 ГК, то выходит, что залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения, когда залогодатель не принял меры, необходимые для обеспечения сохранности заложенного имущества. Но что такое "грубое нарушение" правил пользования? Грубым мы должны признать такое нарушение, которое совершено с умыслом или по грубой неосторожности. В результате простой неосторожности соответствующего права у залогодержателя не возникнет. В то же время и по ГК (п. 1 ст. 344) и по Закону об ипотеке (п. 1 ст. 36) риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества несет залогодатель. В данном случае это не просто дублирование ст. 211 ГК и напоминание, что залогодатель - собственник и риск с него не снимается. Он не только собственник, но и участник залогового обязательства. Утрата или повреждение заложенного имущества влияет на отношения собственности и залоговое отношение. Имеется в виду установление безвиновной ответственности залогодателя как участника залогового обязательства за утрату или повреждение предмета залога. Кроме того, этот вывод напрашивается из сопоставления ст. 345 ГК и пп. 2 п. 1 ст. 351 ГК, из которых явствует, что при гибели или повреждении предмета залога не по вине залогодержателя и при незамене или невосстановлении его залогодателем первый может осуществить указанные выше права. То есть не важно, виновен в этом или не виновен залогодатель.

Более конкретно этот тезис сформулирован в п. 2 ст. 36 Закона об ипотеке, дающем залогодержателю право требовать досрочного исполнения обеспечиваемого обязательства, если заложенное имущество повреждено или утрачено по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает. Исходя из вышесказанного, можно предложить сформулировать ст. 35 Закона об ипотеке не по субъективному критерию (грубое нарушение залогодателем ...), а ближе к объективному – «значительное повреждение или утрата предмета залога, либо по ГК - непринятие мер...»

Конструирование залогового права как вещного права или придание ему вещно - правовых черт снимает необходимость запрета (по крайней мере безусловного и незыблемого) залогодателю распоряжаться предметом залога.

Наконец, частичное или полное снятие запрета на распоряжение заложенным имуществом необходимо по тем же причинам, по которым правосознание и положительное законодательство стали постепенно допускать оставление (а в некоторых случаях - в обязательном порядке) предмета залога у залогодателя ввиду несомненной пользы данного подхода для обоих участников залогового правоотношения и общества в целом. Имущество продолжает использоваться в обоюдных интересах, находится все время в "работе". Извлечение из него плодов и доходов производится как посредством пользования, так и распорядительными действиями.

Наше законодательство в решении вопроса о праве на распоряжение предметом залога занимает среднюю позицию между полным (или почти полным), с одной стороны, запретом на распоряжение предметом залога и, с другой стороны, полной (или почти полной) свободой распоряжения, по крайней мере некоторыми видами имущества. Диспозитивной нормой, содержащейся в п. 2 ст. 346 ГК, предусматривается, что всякое распоряжение предметом залога может иметь место только с согласия залогодержателя. ГК допускает установление изъятия из этого правила иным законом, договором или когда оно вытекает из существа залога.

В настоящее время законом в отношении залога определенных видов имущества устанавливаются исключения. Залог товаров в обороте является одним из них. Статья 357 ГК дает право залогодателю товаров в обороте распоряжаться ими по своему усмотрению, лишь бы их общая стоимость не становилась меньше указанной в договоре. Даже если бы закон не предоставлял в этом случае свободу распоряжения заложенными товарами, все равно следовало бы признать таковую, так как на ней зиждется залог данного имущества и свобода распоряжения вытекает из самого существа соответствующей правовой конструкции. На данный момент имеется еще только одно исключение, установленное законом, - это залог предприятия. В принципе залог любого недвижимого имущества мог бы считаться по закону исключением из правила п. 2 ст. 346 ГК. Но Закон об ипотеке не занял такую "радикальную" позицию. Во всяком случае, касательно отчуждательных распоряжений он в основном повторяет приведенную формулу ГК (ст. 37 Закона об ипотеке). И только в отношении сделок по обременению заложенного имущества имеются определенные послабления (ст. 40 Закона об ипотеке).

Нужно отметить, что эффективность запрета на распоряжение предметом залога или требования получения согласия залогодержателя на него весьма сомнительна. При ипотеке всякие ограничения такого рода, когда существует публичный режим оборота недвижимости, являются лишними и бьют прежде всего по залогодержателю, который наверняка получит свой долг, если залогодатель будет иметь возможность использовать имущество, в том числе совершая распорядительные акты. Хорошо, что Закон об ипотеке дает некоторые послабления по сравнению с общими нормами. В случае залога движимого имущества с оставлением его во владении залогодателя ограничение в совершении распорядительных актов ослабляется ввиду учета законом среди прочего интересов добросовестных приобретателей. Помещение на заложенном имуществе знаков, свидетельствующих о залоге, - определенная панацея, однако даже в этом случае часто легкое уничтожение знаков ослабляет некогда надежную гарантию. Хотя само правило Закона об испрашивании согласия у залогодержателя при залоге движимых вещей нельзя ставить под сомнение.

Что касается объема и конкретного содержания права самостоятельного распоряжения при залоге с оставлением заложенного имущества у залогодателя, то в настоящее время они зависят от вида заложенного имущества. Объем права распоряжения весьма невелик при залоге движимого имущества (за исключением залога товаров в обороте), а точнее - практически полностью отсутствует право залогодателя самостоятельно распорядиться предметом залога. В случае ипотеки наоборот - он больше по сравнению с залогом движимости, и можно говорить о некоторой самостоятельности залогодателя в этой сфере.

Залогодатель движимости вправе самостоятельно распорядиться предметом залога только в порядке наследования (п. 2 ст. 346 ГК), а также совершать последующие залоги того же имущества (п. 2 ст. 342 ГК). Мотивы установления этих изъятий, особенно в части наследования, вполне понятны: залогодатель, завещав или заложив вторично предмет залога, не в состоянии нанести ущерб правам залогодержателя. Так как залоговое право подчиняется принципу старшинства и обладает преимуществом, то, несмотря на переход предмета залога от наследодателя к наследнику(ам) или появление последующих залогодержателей, первый залогодержатель может устранить притязания других лиц и обратить взыскание на предмет залога, получив удовлетворение первым (или одним из первых). Надо сказать, что предоставление залогодателю права совершать последующие залоги часто выгодно и залогодержателю, шансы которого на возврат долга могут увеличиться, если последующий залог совершается, например, под получение займа.

Круг самостоятельно совершаемых сделок исчерпывается вышеприведенными. На совершение иных сделок требуется согласие залогодержателя (п. 2 ст. 346 ГК). Но есть еще и распоряжения фактического характера. По сути, они могут проявляться только в уничтожении предмета залога и, как частный случай, в его потреблении. Очевидно, предоставление такого права противоречит существу залогового отношения, так как после уничтожения предмета залога уже ни о каком обеспечении говорить не приходится. Этот вывод укладывается в формулировку п. 2 ст. 346 ГК, где, хотя и упоминаются (в качестве примера) распоряжения юридического характера, но там же говорится и о распоряжениях иным образом.

Несмотря на кажущуюся безусловность запрета на распоряжения фактического характера, из него также имеются исключения. Они объясняются природой некоторых предметов залога, состоящих из самостоятельных по своей физической природе частей, но объединяемых ввиду общей цели (или назначения). Для продолжения существования этого комплекса в тех целях, для которых он создан (или фактически служит), нужно допускать уничтожение (потребление) отдельных элементов комплекса, если это обычно для хозяйственной практики и, конечно же, не подвергает опасности уничтожения или уменьшения ценности всего комплекса.

В соответствии с п. 1 ст. 40 Закона об ипотеке залогодатель вправе самостоятельно сдавать заложенное имущество в аренду, передавать его в безвозмездное пользование, а также устанавливать в отношении него сервитуты. Как видно, речь идет именно о некоторых (из других возможных в принципе) обременениях, строго перечисленных в Законе об ипотеке. За рамками остались такие обременения, как, например, доверительное управление или жилищный наем. Такое отношение к жилищному найму непонятно. Что это: упущение законодателя или сознательное решение не включить договор жилищного найма в число сделок по п. 1 ст. 40 Закона об ипотеке? Договор жилищного найма (коммерческий наем) по своему существу и правовой природе очень сходен с арендой и теоретически является разновидностью этой сделки. Подчиняя договор аренды режиму п. 1 ст. 40 Закона об ипотеке, законодатель мог бы со всем основанием включить туда и жилищный наем. Так как по действующему ГК договор жилищного найма совершенно самостоятельный договор (выделен в отдельную главу), мы не вправе включать его в "льготный" режим, и залогодатель должен заключать такой договор только с согласия залогодержателя.

Закон об ипотеке содержит следующие условия, при которых залогодатель может самостоятельно совершить указанные акты: заложенное имущество должно быть передано в пользование на срок, который не превышает срока обеспеченного ипотекой обязательства; заложенное имущество предоставляется в пользование для целей, соответствующих назначению имущества.

Первое условие легко объяснимо. Если бы залогодателю было позволено обременять заложенное имущество на срок, превышающий период обеспечиваемого залогом обязательства, то к моменту обращения взыскания предмет залога, обремененный различными правами, утратил бы привлекательность для потенциальных покупателей. Ведь иногда даже имущество, обремененное арендными правами, когда арендодатель получает доходы от его сдачи, может быть непривлекательным.

Необходимость правила о том, что срок существования обременений, наложение которых допускается законом, не должен превышать срока обеспечиваемого ипотекой обязательства, не вызывает сомнений и когда мы выступаем за полную свободу залогодателя в распоряжении заложенным имуществом. В этом случае распоряжения, направленные на обременение заложенного имущества, также должны подчиняться аналогичному правилу, или закон просто может объявить их прекратившимися ко времени обращения взыскания.

Второе условие Закона вытекает из п. 1 ст. 346 ГК и п. 1 ст. 29 Закона об ипотеке, по которым залогодатель обязан пользоваться заложенным имуществом по назначению. То, что залогодатель передает предмет залога в пользование, конечно же, не освобождает его от необходимости обеспечить использование имущества по назначению. Даже при отсутствии данного правила закона залогодатель, безусловно, нес бы ответственность перед залогодержателем за пользование третьим лицом не в соответствии с назначением имущества, поэтому оно скорее относится именно к третьим лицам, намеревающимся использовать заложенное имущество.

Закон наш дает залогодержателю возможность реагировать на неправомерное распоряжение заложенным имуществом со стороны залогодателя. При этом, в отличие от реакции на неправомерное пользование, в арсенале залогодержателя имеется большее разнообразие средств для защиты своих прав в случае совершения залогодателем неправомерных юридических актов. Залогодержатель может требовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства и обратить взыскание на заложенное имущество (пп. 3 п. 2 ст. 351 ГК). Он может также требовать признания сделок, посредством которых залогодатель неправомерно распорядился заложенным имуществом, недействительными.

**2.2 Проблемы повышения эффективности обеспечительной функции залога на основе договоров**

Существенные возможности для повышения обеспечительной функции залога содержатся в совершенствовании договорной практики субъектов предпринимательской деятельности. Исследуем, как могут использоваться возможности договора для повышения эффективности залога.

Обращение взыскания на предмет залога и реализация предмета залога являются особенно важными стадиями залогового правоотношения. Именно на этих стадиях происходит удовлетворение из стоимости предмета залога всех потерь и издержек кредитора в связи с нарушением должником своего обязательства.

Рассмотрим процедуры реализации залога, которые предусмотрены российским гражданским законодательством. В этой связи надлежит выявить факторы, негативно влияющие на обеспечительную функцию залога, для выработки рекомендаций по их нейтрализации с помощью договорного механизма.

Порядок реализации предмета залога установлен в основном ГК РФ и Законом "О залоге". Российское законодательство о залоге подразделяет процесс реализации предмета залога на две стадии: обращение взыскания на заложенное имущество и собственно реализация предмета залога.

В соответствии со ст. 349 ГК РФ правила об обращении взыскания на заложенное имущество зависят от предмета залога и от договоренностей сторон, имевших место как до возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога, так и после.

Основаниями для обращения взыскания на предмет залога могут служить неисполнение или ненадлежащее исполнение обеспеченного залогом обязательства по обстоятельствам, за которые он отвечает. Представляется, что ст. 348 ГК РФ предусматривающая данные основания, имеет императивный характер и что в договоре о залоге нельзя предусмотреть, что его нарушение является основанием для обращения взыскания на предмет залога.

Поскольку основания для обращения взыскания на предмет залога не включают в себя нарушение самого договора о залоге, представляется целесообразным включать в договор, исполнение обязательств по которому обеспечиваются залогом, два следующих условия:

положение, предусматривающее, что факт нарушения обязательств по договору о залоге означает одновременно нарушение основного обязательства. Подобные положения именуются в международной договорной практике "cross-default provisions" ("положения о кросс - дефолте"), что буквально переводится как положения о перекрестном неисполнении;

положение, предусматривающее право кредитора требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства при нарушении должником своих обязательств. Такое положение особенно эффективно при наличии кредитного договора, предоставление и/или выплата кредита по которому осуществляется в траншах.

Такие положения показали себя весьма эффективными в международной договорной практике, поскольку они обладают сильной охранительно-воспитательной функцией. Должник знает, что если он допустит нарушение одного обязательства, это в свою очередь повлечет автоматическое нарушение его других обязательств, что явится основанием требовать досрочного погашения основного обязательства.

По общему правилу, для обращения взыскания на предмет залога требуется участие суда. Существуют как исключения их этого правила, так и случаи, когда отступление от него невозможно.

Исключениями из общего правила о судебном обращении взыскания являются следующие случаи:

• заключение залогодержателем и залогодателем после возникновения оснований для обращения взыскания, на предмет залога нотариально удостоверенного соглашения об обращении взыскания. Данная возможность в равной мере применима к любым видам залога; наличие положения в договоре о залоге движимого имущества о том, что требования залогодержателя удовлетворяются за счет заложенного имущества без участия суда[[64]](#footnote-64).

В соответствии со ст. 349 ГК РФ отступление от общего правила о судебном обращении взыскания недопустимо в случаях, когда:

• для заключения договора о залоге требовалось согласие или разрешение другого лица или органа (например, когда при залоге имущества, принадлежащего залогодателю на праве оперативного управления, требовалось согласие собственника этого имущества);

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

• залогодатель отсутствует, и установить место его нахождения невозможно (отсутствие залогодателя должно подтверждаться соответствующими документами, например объявлением розыска физического лица, ликвидацией юридического лица).

Представляется, что обращение взыскания на имущественные права должно происходить по правилам, установленным для обращения взыскания на движимое имущество, поскольку в соответствии со ст. 128 ГК РФ имущественные права рассматриваются как имущество. Таким образом, стороны могут предусмотреть внесудебную процедуру обращения взыскания на заложенные права, а при отсутствии такого соглашения обращение взыскания должно будет осуществляться судом на основании ст. 349 ГК РФ.

Стороны по договору о залоге могут быть заинтересованы во включении в договор о залоге положения, позволяющего кредитору, предупредив залогодателя в установленные соглашением сторон сроки, принимать решение об обращении взыскания на предмет залога. Если должник сочтет такое обращение взыскания необоснованным, он может требовать защиты своих прав в суде.

Рассмотрим правила, установленные для реализации предмета залога.

Согласно ст. 350 ГК РФ общим правилом реализации предмета залога является осуществление продажи через публичные торги, организованные в соответствии с требованиями гражданского процессуального законодательства.

Торги по продаже заложенного имущества должника должны проводиться в соответствии с вступившим в силу с 1 февраля Федеральным законом от 02.10.2007 № 229-ФЗ "Об исполнительном производстве"[[65]](#footnote-65) и Законом РФ № 118-ФЗ "О судебных приставах"[[66]](#footnote-66) от 21 июля 1997 г.

Пункт 1 ст. 78 нового Закона об исполнительном производстве устанавливает, что взыскание на заложенное имущество производится исключительно по исполнительному документу, являющемуся судебным актом или выданному на основании судебного акта. Однако п. 2 указанной статьи содержит исключение из этого правила. В соответствии с данной нормой обращение взыскания в пользу залогодержателя на заложенное движимое имущество может производиться без судебного акта об обращении взыскания.

Данная норма является новой для российского законодательства об исполнительном производстве. С целью реализации этой нормы на практике и устранения возможных противоречий Федеральным законом от 02.10.2007 № 225-ФЗ "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации" в ст. 349 ГК РФ были внесены изменения.

Если ранее данной статьей в качестве общего правила было предусмотрено обращение взыскания на заложенное имущество только по судебному решению, за исключением случаев, когда соглашением залогодателя и залогодержателя предусмотрено иное, то новая редакция данной статьи предусматривает прямо противоположный порядок. Теперь удовлетворение требования залогодержателя за счет заложенного движимого имущества без обращения в суд допускается, если иное не предусмотрено соглашением залогодателя с залогодержателем.

Согласно ст. 30 нового Закона исполнительное производство возбуждается на основании исполнительного документа. Таким образом, при обращении взыскания на предмет залога без судебного решения для возбуждения исполнительного производства также необходимо получить исполнительные документы, перечень которых предусмотрен в ст. 12 указанного Закона. Очевидно, что в данном случае таким исполнительным документом должен быть исполнительный лист о взыскании задолженности по основному обязательству.

Чтобы обратить взыскание на заложенное движимое имущество, достаточно предъявить для принудительного исполнения исполнительный лист о взыскании задолженности. Однако обратить при этом взыскание на предмет залога возможно лишь в случае, если соглашением залогодателя и залогодержателя не предусмотрен иной порядок обращения взыскания на заложенное имущество.

При этом следует учитывать, что ст. 349 ГК РФ предусматривает случаи, когда обращение взыскания на залог возможно только по судебному решению. К ним относятся случаи, когда:

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

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

- залогодатель отсутствует, и установить место его нахождения невозможно.

В случае если взыскание на имущество обращено для удовлетворения требований залогодержателя, то взыскание на заложенное имущество обращается в первую очередь независимо от наличия у должника другого имущества. При этом заложенное имущество, взыскание на которое обращено для удовлетворения требований залогодержателя, реализуется в порядке, установленном для реализации заложенного имущества.

Старым законом подобные нормы предусмотрены не были, однако эти правила фактически выполнялись на практике. Таким образом, данные нормы хотя и являются новыми, однако они лишь юридически закрепляют фактически уже сложившиеся правоотношения.

В соответствии со ст. 350 ГК РФ реализация предмета залога должна осуществляться согласно гражданскому процессуальному законодательству, если иное не предусмотрено законом. Ст. 28 Закона "О залоге", который действует[[67]](#footnote-67) в части, не противоречащей ГК РФ, предусматривает возможность договорного урегулирования порядка реализации предмета залога. Однако применение этой статьи зависит от судейского усмотрения. Опубликованные решения ВАС РФ не содержат прямого указания на то, подлежит ли применению данная статья, но само отсутствие упоминания ст. 28 Закона "О залоге" в постановлениях ВАС РФ и информационных письмах, носящих общий характер[[68]](#footnote-68), свидетельствует о том, что с точки зрения ВАС эта статья вряд ли применима в настоящее время.

Значительным изменениям подвергся порядок оставления у залогодержателя заложенного имущества.

Статья 350 ГК РФ определяет: реализация (продажа) заложенного имущества, на которое обращено взыскание, производится путем продажи с публичных торгов в порядке, установленном процессуальным законодательством, если законом не установлен иной порядок. При объявлении торгов несостоявшимися залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные залогом.

Ранее залогодержатель, оставивший за собой заложенное имущество, обязан был удовлетворить требования кредиторов, пользующиеся преимуществом перед его требованием, из стоимости заложенного имущества в размере, не превышающем стоимости этого имущества.

В силу ст. 78 ФЗ от 21.07.97 № 119-ФЗ "Об исполнительном производстве" требования кредиторов-залогодержателей, как правило, относились к пятой, последней очереди после алиментных обязательств, обязательств из причинения вреда здоровью, обязательств из трудовых правоотношений и т.п., а также налоговых обязательств.

По новому Закону залогодержатель, оставивший за собой заложенное имущество, обязан удовлетворить лишь те требования, которые в соответствии с ч. 1 ст. 111 указанного Закона относятся к первой или второй очереди в размере, не превышающем стоимости оставленного им за собой имущества только при отсутствии у должника другого имущества или при недостаточности этого имущества для удовлетворения требований всех взыскателей.

В соответствии с ч. 1 ст. 111 нового Закона к первой и второй очереди относятся требования по взысканию алиментов, возмещению вреда, причиненного здоровью, возмещению вреда в связи со смертью кормильца, требования о компенсации морального вреда, требования по выплате выходных пособий и оплате труда лиц, выплате вознаграждений авторам результатов интеллектуальной деятельности.

Итак, в соответствии с действующим законодательством залогодержатель, принявший решение оставить за собой не реализованное в установленном порядке заложенное имущество, не обязан удовлетворять требования кредиторов по налоговым платежам.

Представляется, что в ГК РФ обращение взыскания на предмет залога и реализация этого предмета выделены как самостоятельные этапы потому, что они допускают различную степень свободы сторон договориться об отступлении от правил, предусмотренных в виде диспозитивных норм ГК РФ. Так, в соответствии со ст. 350 ГК РФ реализация предмета залога с торгов является практически неизбежным последствием развития залоговых правоотношений и стороны до нарушения обеспеченного залогом обязательства не могут договориться о другом порядке реализации. В то же время ст. 349 ГК РФ предусматривает некоторую договорную свободу при решении вопроса об обращении взыскания на движимое имущество.

При заключении договоров о залоге залогодержателю зачастую желательно получить предмет залога во владение. Владение предметом залога обеспечивает большие возможности по контролю за этим предметом, поскольку этот способ контроля устанавливает непосредственные отношения между владельцем и вещью, которые могут служить основанием для некоторых дополнительных прав владельца. Так, согласно ст. 347 ГК РФ защита залогодержателем своих прав на предмет залога возможна в случае, если предмет залога находится или должен был находиться у залогодателя. Следовательно, при передаче предмета залога третьему лицу залогодатель может не иметь возможности осуществлять специфические вещно-правовые правомочия, предусмотренные ст. 347 ГК РФ. Поэтому для создания более эффективного залога кредитору-залогодержателю следует стремиться получить предмет залога во владение (если таковая возможность имеется). Необходимо иметь это в виду при заключении договоров о залоге.

Залог денег. При залоге денег следует помнить о существующей в настоящее время позиции ВАС РФ, что деньги не могут быть предметом залога, поскольку они не могут быть проданы с торгов. Учитывая данную практику, следует стараться избегать залога рублевых средств, и при возможности оформлять залог прав на соответствующий банковский счет. При этом необходимо иметь в виду, что существует риск толкования залога безналичных денежных средств (прав на получение средств со счета в банке) как явления, по сути, не отличающегося от залога наличных денег, который недопустим.

Такая практика арбитражных судов имеется и существенно снижает возможность использования залога безналичных денежных средств.

В настоящее время еще не получила распространения практика залога прав на деньги. Значительно чаще стороны пытаются создать залог денежных средств, не прибегая к конструкции залога прав на счет. Так, в обеспечение возврата кредита коммерческим банком "Пакамар" и Калининским отделением №8329 Сбербанка России заключены договоры о залоге денежных средств, находящихся на корреспондентском счете банка. При этом вместо указания на залог прав из договора банковского счета стороны указали в качестве предмета залога денежные средства. Вследствие этого ВАС РФ признал, что "исходя из сути залоговых отношений денежные средства не могут быть предметом залога"[[69]](#footnote-69).

Прямое упоминание возможности залога денег или расширения способов реализации предмета залога в законодательстве могло бы существенно повысить обеспечительную роль залога денег и расширить сферу его применения.

Тем сторонам, которые сочтут, что стоит пойти на коммерческий риск признания договора о залоге денег недействительным, можно рекомендовать следующее.

В договоре о залоге денег следует детально регламентировать процедуру обращения взыскания и реализации. Деньги относятся к движимому имуществу. Следовательно, в соответствии со ст. 249 ГК РФ стороны вправе предусмотреть внесудебный порядок их реализации. Для обоснования возможности внесудебной реализации денег следует сослаться на ст. 28 Закона "О залоге". Вместе с тем порядок внесудебной реализации денег требует определенных изменений в законодательстве о залоге, о чем будет сказано далее.

Залог прав. Относительно договорного усиления обеспечительной функции залога прав необходимо отметить следующее. Права являются одним из наименее предсказуемых по последствиям для залогодержателя видов предмета залога.

Заложенные права, как правило, связаны с третьим лицом - должником по этому праву, что привносит дополнительные риски.

В соответствии со ст. 57 Закона "О залоге" кредитор-залогодержатель вправе независимо от срока наступления обеспеченного залогом обязательства требовать в суде перевода на себя заложенного права, если залогодатель не исполнил обязанности, предусмотренные ст. 56 Закона "О залоге":

совершать действия, которые необходимы для обеспечения действительности заложенного права;

не совершать уступку заложенного права;

не совершать действий, влекущих прекращение заложенного права или уменьшение его стоимости;

принимать меры, необходимые для защиты заложенного права от посягательств со стороны третьих лиц;

сообщать залогодержателю сведения об изменениях, произошедших в заложенном праве, о его нарушениях третьими лицами и о притязаниях третьих лиц на это право.

В договоре о залоге прав следует предусмотреть сроки и форму, в которой залогодатель должен сообщать залогодержателю о каких-либо изменениях заложенного права. В дополнение к этому следует урегулировать в договорном порядке переход права к залогодержателю (документацию, которая должна быть передана в этом случае и другие технические вопросы) на случай применения ст. 57 Закона "О залоге". Наличие такой договоренности облегчит для суда рассмотрение вопроса о передаче прав залогодержателю.

Залогодержателю желательно получить от третьего лица-должника по заложенному праву подтверждение действительности этого права и отсутствия спора о нем.

Залог товаров в обороте. В договоре о залоге товаров в обороте, во-первых, целесообразно предусмотреть обязанность предоставления залогодержателем ежедневного или еженедельного отчета об объеме продаж, вырученных суммах, доходе, количестве и стоимости как вновь приобретаемого товара, так и товара, который ранее принят в качестве залога товаров в обороте. Таким образом, залогодержатель должен получать оперативную информацию о составе товаров в обороте и их ликвидности. При нарушении условий договора о залоге товаров в обороте (что может выражаться в предоставлении недостоверной информации о товаре на складе) должны использоваться договорные условия о перекрестном неисполнении, которые уже упоминались выше.

Во-вторых, следовало бы предусмотреть помещение части товара с менее высокой скоростью продаж на хранение на товарный склад с оформлением двойного складского свидетельства. Выдача со склада всего или части товара может производиться лишь после полного или частичного погашения кредита, обеспеченного залогом.

Арбитражная практика позволяет сделать вывод, что принцип свободы договора часто существенно ограничивается судом. Данный факт следует иметь ввиду при создании обеспечительных конструкций, близких по своему значению к залогу.

Так, АОЗТ "Шторм" и ИЧП "Ток" заключили договор о совместной деятельности, согласно которому частное предприятие должно было обеспечить выход книги "Русское наградное оружие" в срок, а акционерное общество обеспечить финансирование проекта. Дополнением к договору были внесены условия об уплате неустойки ИЧП "Ток" в случае просрочки платежа. При неуплате задолженности и неустойки ИЧП "Ток" передает в собственность АОЗТ "Шторм" не завершенный строительством объект - физкультурно-оздоровительный комплекс. Условие о передаче в собственность физкультурно-оздоровительного комплекса при условии нарушения договора займа Президиум ВАС РФ счел договором о залоге имущества в счет исполнения обязательств по договору о совместной деятельности. ВАС РФ признал данный договор недействительным на основании его несоответствия как форме, так и необходимым условиям договора о залоге[[70]](#footnote-70).

Следовательно, с учетом подобной арбитражной практики вряд ли целесообразно создавать обеспечительные правовые конструкции, основанные на заключении сделок с условием.

**2.3 Возможности усовершенствования положений законодательства о залоге**

В литературе неоднократно обращалось внимание на необходимость дифференцированного подхода к правовому регулированию обязательственных отношений в зависимости от их субъектного состава.

В современном российском законодательстве закреплен дифференцированный подход к различным видам участников гражданского оборота при регулировании их деятельности. В частности, статья 50 ГК РФ разграничивает коммерческие и некоммерческие организации, что служит основанием для установления различных требований к их участию в имущественном обороте.

Дифференцированный подход к регулированию деятельности коммерческих и иных субъектов гражданского оборота воплощен в различных институтах и нормах ГК РФ. В то же время данное разграничение не проводится в ГК РФ в отношении залога, что ведет к игнорированию существенных отличий деятельности предпринимательских организаций при применении залога от иных видов субъектов.

Проведенное исследование показывает, что отражение в законодательстве особенностей залоговых отношений с участием предпринимательских организаций способно существенно повысить значение обеспечительной функции залога с учетом следующих обстоятельств.

Как уже отмечалось в первой главе работы, конструкция залога в российском праве эволюционировала от залога как права присвоения (фидуциарного залога) к современному залогу как праву на получение удовлетворения из стоимости предмета залога.

Очевидно, что конструкция залога как права присвоения защищает в основном интересы кредитора-залогодержателя (в частности, его интерес в оперативной и максимально полной компенсации потерь, возникших в результате неисполнения обеспеченного обязательства).

Конструкция залога как права присвоения позволяет кредитору-залогодержателю оперативно обратить взыскание на предмет залога (отметим, что как таковая стадия обращения взыскания здесь отсутствует). Однако можно сказать, что обращение взыскания происходит в момент, когда вследствие нарушения обеспечиваемого залогом обязательства кредитор утрачивает обязанность вернуть залогодателю предмет залога. Однако эта конструкция не предусматривает какой-либо действенный механизм для защиты интересов залогодателя[[71]](#footnote-71). Переход к залогодержателю права собственности на имущество залогодателя, еще не нарушившего обеспеченного обязательства, как общее правило является неоправданным нарушением баланса интересов залогодателя и залогодержателя, при котором существенно ущемляются интересы залогодателя. Следует отметить, что такая же точка зрения относительно фидуции (конструкции залога как права присвоения, существовавшей в римском праве) высказывалась И.Б. Новицким[[72]](#footnote-72) и В.В. Витрянским[[73]](#footnote-73).

В то же время, как уже отмечалось выше, предусмотренная в настоящее время в ГК РФ конструкция залога представляет собой разумный баланс интересов сторон в залоговом правоотношении, стороной которого является гражданин либо некоммерческая организация.

Переход в российском законодательстве от конструкции залога как права присвоения к современной конструкции залога свидетельствует о стремлении законодателя при очевидном конфликте интересов сторон предусмотреть справедливый баланс взаимных прав и обязанностей сторон, при котором не происходит явного нарушения интересов какой-либо из сторон.

Вместе с тем, анализ современной конструкции залога как права кредитора на получение удовлетворения из стоимости заложенного имущества позволяет утверждать, что она защищает интересы должника значительно больше, чем конструкция залога как права присвоения, поскольку предмет залога по общему правилу должен продаваться с публичных торгов, что дает как минимум два преимущества залогодателю. Во-первых, залогодатель имеет достаточные основания рассчитывать на то, что залогодержатель не присвоит предмет залога неосновательно. Во-вторых, при публичной продаже предмета залога выявляется его рыночная стоимость на момент продажи. Залогодатель вправе рассчитывать на справедливый зачет именно этой стоимости предмета залога против требований залогодержателя, в результате которого залогодателю должны быть возвращены излишки (если таковые будут иметь место после расчетов с кредитором-залогодержателем).

Некоторые правоведы полагают, что конструкция залога и императивные правила о судебной реализации залога являются единственно приемлемыми и в случае их отсутствия возникнет риск глобального заключения фиктивных договоров о залоге с единственной целью передать предмет залога в собственность кредитора. Еще Е.В. Васьковский писал, что неблагоприятное отношение европейских кодексов к переходу предмета залога в собственность кредитора "...объясняется помимо подражания римскому праву, также боязнью злоупотреблений ... Именно заклад с правом присвоения вещи или пользования ею может служить удобным средством для ростовщичества"[[74]](#footnote-74). Кредитор, давая взаймы незначительную сумму под залог очень ценной вещи, пользуясь стесненным положением должника, может получить возможность требовать предмет залога в собственность в случае неуплаты долга. Подобные злоупотребления маловероятны при наличии правил о публичной продаже предмета залога.

В настоящее время ГК РФ предоставляет субъектам гражданского оборота широкие возможности для заключения различных видов сделок. Ограничивая свободу договора, невозможно "перевоспитать" всех недобросовестных контрагентов. Осознавая существующие в настоящее время императивные нормы о залоге, недобросовестные лица, как свидетельствует практика, достаточно широко пользуются другими видами договоров для прикрытия своих незаконных интересов (например, куплей-продажей, осуществляемой по цене, заведомо завышенной или заниженной). Установленные ограничения в сфере обращения взыскания и реализации предмета залога упрощают суду возможность выявления правонарушений, поскольку суд должен анализировать соответствующие договоры. Вместе с тем не вполне последовательным является подход законодателя к реализации предмета залога в свете значительной свободы сторон по их усмотрению определять условия других сделок и осуществлять эти сделки без участия суда. Почему исполнение договоров купли-продажи допускается без участия суда, а императивным нормам о залоге законодательством придается столь значимая роль в предотвращении фиктивных сделок? Представляется, что государство, которое не защищает интересы покупателей или продавцов в договоре купли-продажи от невыгодных условий, ущемляющих их интересы (например, невыгодной для них цены), не должно стремится держать под намного более жестким контролем договоры о залоге, заключаемые участниками предпринимательской деятельности.

Поскольку к договору о залоге применимы все общие правила о недействительности сделок, к которым можно будет прибегнуть в случае нарушений норм законодательства или договора, и введение конструкции залога как права присвоения вдополнение к уже существующей конструкции залога служило бы интересам коммерческих субъектов гражданского оборота как одна из альтернатив, позволяющая создать (при наличии согласия сторон) очень эффективное для залогодержателя обеспечение, представляется, что предлагаемые изменения конструкции залога для коммерческих субъектов гражданского оборота не приведет к нарушению интересов ни государства, ни интересы общества.

Представляется, что можно было бы позволить коммерческим субъектам гражданско-правового оборота обращать взыскание и реализовывать предмет залога во внесудебной процедуре. Рассмотрим возможные варианты внесудебной процедуры обращения взыскания и реализации предмета залога (еще раз отметим, что в настоящее время все они противоречат законодательству).

Можно было бы разрешить коммерческим субъектам гражданского оборота договариваться о возможности внесудебного удержания стоимости предмета залога против нарушенного обязательства, обеспеченного залогом, и о правилах осуществления такого удержания[[75]](#footnote-75). Для залога прав можно было бы предусмотреть переход права на залогодержателя на основании факта нарушения обеспеченного залогом обязательства. Такой переход права мог бы быть одним из случаев уступки права на основании закона.

Сложность реализации упомянутого способа заключается в необходимости определения стоимости предмета залога при его внесудебном удержании. Внесудебное удержание не выявляет рыночную стоимость предмета залога. Анализ позволяет утверждать, что существуют две основные возможности по определению стоимости предмета залога для его внесудебного удержания:

Определение стоимости в момент заключения договора о залоге. Данный вариант, как правило, не будет отражать рыночную стоимость предмета залога на момент его реализации (т.е. в данном случае - внесудебного удержания). Однако почему правило о необходимости продажи предмета залога по рыночной стоимости рассматривается как незыблемое? Представляется, что оно основано на следовании генеральному принципу гражданского права об эквивалентности в гражданских отношениях сторон. Следует признать, что в настоящее время данный принцип составляет существенный признак современной конструкции залога. Отказ от него возможен в принципе, но лишь как исключение из общего порядка, которое не должно нарушать интересы граждан.

Следует отметить, что в настоящее время по предложению ФСФР в Федеральное Собрание РФ внесены изменения в закон РФ "О рынке ценных бумаг"[[76]](#footnote-76). В частности, во вторую статью закона включен новый вид ценной бумаги - "опцион эмитента", который определяется как именная эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право её владельца на покупку в предусмотренный в ней срок и/или при наступлении указанных в ней обстоятельств, определенного количества акций эмитента такого опциона, по цене, определенной в опционе эмитента. Таким образом, опционы эмитента не предполагают продажу акций по их рыночной стоимости на момент их приобретения. Это свидетельствует о закреплении на уровне федерального законодательства возможности для юридических лиц отхода от принципа эквивалентности при купле-продаже ценных бумаг. Ранее такая возможность была предусмотрена Постановлением ФКЦБ № 1 от 9 января 1997 г., предусматривающим в качестве одного из видов ценных бумаг опционное свидетельство, закрепляющее право ее владельца в сроки и на условиях, указанных в сертификате опционного свидетельства и решении о выпуске опционных свидетельств (для документарной формы выпуска) на покупку (опционное свидетельство на покупку) или продажу (опционное свидетельство на продажу) ценных бумаг эмитента опционных свидетельств или третьих лиц. Эмитент опционного свидетельства должен был соответствовать ряду жестких требований (например, допуск к котировке ценных бумаг не менее, чем на одной фондовой бирже или в торговой системе организатора торговли).

По изменениям в закон "О рынке ценных бумаг" опцион эмитента может выпускаться практически всеми акционерными обществами и покупаться любыми лицами, в том числе гражданами. Эмиссии опционного эмитента присущи такие особенности: «Эмитент не вправе размещать опционы эмитента, если количество объявленных акций эмитента меньше количества акций, право на приобретение которых предоставляют такие опционы. Количество акций определенной категории (типа), право на приобретение которых предоставляют опционы эмитента, не может превышать 5 процентов акций этой категории (типа), размещенных на дату представления документов для государственной регистрации выпуска опционов эмитента» (Ст. 271 Закона "О рынке ценных бумаг"). Изменения в закон "О рынке ценных бумаг" подтверждают наличие тенденции (по крайней мере, в некоторых сферах гражданского законодательства) более широкого допущения законодателем отхода от принципа эквивалентности в договоре купли-продажи[[77]](#footnote-77).

Возвращаясь к внесудебному удержанию предмета залога, можно сделать вывод, что как исключение из общего правила можно разрешить коммерческим организациям заранее устанавливать разумную цену продажи не только в договоре купли-продажи ценных бумаг, но и в договоре о залоге, не требуя реализации предмета залога по его рыночной стоимости, определенной на дату реализации правомочий залогодержателя. Такое исключение было бы аналогично возможностям, предоставляемым законодательством о ценных бумагах при использовании опционных свидетельств или опциона эмитента. Оно необходимо для возможности осуществления эффективного внесудебного удержания предмета залога (если возможность такого удержания будет разрешена законодательством).

Другой возможностью осуществления процедуры внесудебной реализации предмета залога является организация публичных торгов залогодержателем по правилам, установленным ГК РФ. Данная возможность призвана исключить споры залогодателя и залогодержателя о стоимости реализуемого предмета залога, хотя залогодержатель в достаточной степени лишается возможности оперативно реализовать предмет залога. Вместе с тем сроки реализации при этой процедуре намного короче, чем при современной судебной процедуре реализации предмета залога[[78]](#footnote-78).

Относительно всех предложенных способов изменения современной конструкции залога или правил о процедуре обращения взыскания и реализации предмета залога следует отметить, что все эти способы соответствуют принципу ГК РФ о свободе договора и возможностях коммерческих субъектов на свой риск вести коммерческую деятельность. Эти способы могут быть предусмотрены законом в качестве альтернативных наряду с существующей судебной процедурой реализации предмета залога. Они могут быть возможностями, которые закон предоставлял бы коммерческим субъектам гражданского оборота для тех случаев, когда они усматривают в них выгоду и взаимный интерес.

Во всех перечисленных случаях (включая фидуциарный залог) у залогодателя должно остаться право оспорить в судебном порядке реализацию предмета залога. При таком оспаривании требования залогодателя будут основаны на нарушении другой стороной закона или договора и он сможет воспользоваться всем арсеналом средств защиты своих прав.

Следует отметить, что предлагаемые правила о внесудебной процедуре обращения взыскания и реализации предмета залога (как и другие рассмотренные варианты) не противоречат интересам государства и общества. Однако, в отличие от иных рассмотренных способов повышения надежности залога, предложенные правила о внесудебной процедуре обращения взыскания и реализации предмета залога вполне совместимы с другими нормами гражданского права и не требуют изменения фундаментальных институтов цивилистики, в частности, норм о праве собственности.

Таким образом, возвращаясь к исследованию общих затруднений применения залога по ГК РФ, есть необходимость, и есть возможность усовершенствовать в российском законодательстве современную конструкцию залога, которая используется коммерческими организациями. Наиболее реалистичным в настоящее время и достаточно действенным способом является отказ в современной конструкции залога от обязательного участия суда в процедуре обращения взыскания и реализации предмета залога.

Положительным фактором является очевидная простота изменения ст. ст. 349 и 350 ГК РФ с тем, чтобы разрешить коммерческим организациям осуществлять обращение взыскания и реализацию предмета залога без обязательного участия суда, по сравнению с иными предложенными способами позволяет сомневаться в вероятности воплощения последних на практике (но не в их эффективности). Однако эффективность обеспечительной функции залога в отношениях между коммерческими организациями будет усилена в большей степени, если разрешить использовать конструкцию фидуциарного залога и внесудебного удержания покупной цены заложенной вещи (или самого заложенного права).

Предложенные выше изменения конструкции залога для целей повышения эффективности его обеспечительной функции могут быть осуществлены в российском законодательстве конкретными способами:

изменением ст. 216, 349 и 350 ГК РФ с тем, чтобы разрешить коммерческим субъектам гражданского оборота использовать конструкцию залога как права присвоения (данный способ является наиболее сложным);

изложением Закона "О залоге" в новой редакции с тем, чтобы предусмотреть в нем новые общие нормы правового регулирования залога, предложенные в настоящей работе.

Представляется, что помимо усовершенствования конструкции залога, следует усовершенствовать несколько общих аспектов его правового регулирования. Как уже упоминалось выше, следует уточнить правило, предусмотренное п. 3 ст. 338 ГК РФ. В соответствии с названной нормой предмет залога, переданный третьему лицу, считается оставленным у залогодателя. Неясно как применяется данное правило, если предмет залога был передан сначала залогодержателю, а лишь затем последний передал этот предмет третьему лицу. В настоящее время передача предмета залога третьему лицу может создать риск осложнения использования вещно-правовых правомочий залогодержателем. Представляется, что данный вопрос требует более четкого урегулирования в законодательстве.

Помимо усовершенствования правил об обращении взыскания и реализации предмета залога (или конструкции залога) необходимо внести ясность в регулирование залога имущества, ограниченного в обороте. В настоящее время такое имущество брать в залог законом не запрещено, однако на практике при таком залоге возникает ряд неясностей. Нет ясности в том, как организовывать торги: допускать ли к ним всех желающих, или организовывать их только среди круга лиц, имеющих право на приобретение заложенного имущества, оборот которого органичен. В частности, на практике возникают существенные затруднения при залоге акций закрытых акционерных обществ. В соответствии со ст. 7 закона РФ "Об акционерных обществах"[[79]](#footnote-79) при отчуждении акций акционеры закрытых акционерных обществ обязаны предложить их другим акционерам общества, прежде, чем акции будут предложены неограниченному кругу лиц. Представляется, что в такой ситуации торги должны производиться в два этапа: сначала среди других акционеров общества и лишь если продажа не состоялась - среди неограниченного круга лиц.

Анализ сложившейся ситуации позволяет утверждать, что необходимо прямым указанием закона разрешить залог имущества, ограниченного в обороте, и установить, что оно подлежит реализации среди лиц, имеющих право на его приобретение. Упомянутое положение должно стать общим правилом регулирования залога. В отсутствие установлений законодательства по данному вопросу существует потребность в разъяснении ВАС РФ совместно с ВС РФ сложившейся ситуации с залогом имущества, ограниченного в обороте.

Заслуживает внимания вопрос о соразмерности стоимости заложенного имущества допущенному нарушению основного обязательства. В соответствии со ст. 348 ГК РФ в обращении взыскания на заложенное имущество может быть отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. Представляется, что данное правило предусмотрено исключительно для защиты залогодателя, однако оно создает нестабильность залога и снижает его обеспечительную функцию для залогодержателя. Можно было бы предусмотреть четкий предел размера требования залогодателя (например, 25 %) к стоимости предмета залога, при котором суд будет обязан обратить взыскание на предмет залога. Безусловно, при этом требования залогодержателя должны быть обоснованными и доказанными. Указанное правило следовало бы ввести в отношениях между коммерческими организациями и предпринимателями, поскольку они не нуждаются в нормах, императивно защищающих их в подобных случаях. В отношениях, где должником является физическое лицо, правило, установленное ст. 348 ГК РФ следует оставить без изменений, поскольку их имущественные интересы нуждаются в дополнительной государственной защите.

**Заключение**

Одной из основных целей настоящего исследования было выявление факторов, обусловливающих эффективность залога, а также возможностей установления коэффициента эффективности залога. В работе показывается, что применение функционального подхода способно повысить достоверность результатов исследования, что позволило определить четыре основных фактора, обусловливающих эффективность обеспечительной функции залога. Осуществлена оценка по пятибалльной шкале степени эффективности каждого фактора, влияющего эффективность определенного вида залога или конкретного залогового обременения. Такая оценка не столь точна, каким может быть результат квалифицированного междисциплинарного системного исследования. Однако даже предложенный порядок оценки позволяет получить значимые для практической работы выводы. Данные показатели могут служить основой для работы по повышению эффективности обеспечительной функции конкретного вида залога, как за счет договорных средств, так и при нормотворчестве.

На основе проведенного исследования можно утверждать, что эффективность обеспечительной функции залога можно выразить в числовом значении. Безусловно, сама по себе числовая оценка эффективности залога недостаточна и служит лишь одним из критериев при операциях с залогом. Однако если выявить предел, при котором вместо залога следует использовать иной способ обеспечения или следует отказаться от сделки вообще, то числовое значение эффективности обеспечительной функции залога становится действенным инструментом управления рисками при выборе нужного способа обеспечения в конкретной ситуации.

В результате исследования зависимости между факторами, обусловливающими эффективность обеспечительной функции залога, автор пришел к выводу, что между ними существует сложная зависимость, которая должна стать предметом междисциплинарного исследования, призванного существенно повысить точность определения значений упомянутых факторов. Необходимость в междисциплинарном исследовании определена тем обстоятельством, что посредством исследования залога с точки зрения только права невозможно дать такой точный результат исследования результатов применения залога (расчет прибыли, ущерба, степени компенсации потерь, упущенной выгоды и т.д.), который мог бы быть достигнут при применении в одном исследовании методов нескольких наук.

Надлежащим образом действующий залог является инструментом, способствующим решению сложнейшей экономической ситуации в сфере кредитования предпринимательства. Эффективный залог является одним из средств, создающих предпосылки для успешного развития торговли и производства, российской банковской системы и увеличения иностранных инвестиций в Россию. Современное правовое регулирование залога содержит в себе значительное количество упущений, которые не позволяют эффективно использовать залог. В работе содержатся конкретные предложения по изменению гражданско - правовых средств к правовых норм о залоге в целях повышения его эффективности для решения актуальных экономических и социальных задач.

1. При залоге денег следует помнить о существующей в настоящее время позиции ВАС РФ, что деньги не могут быть предметом залога, поскольку они не могут быть проданы с торгов. Учитывая данную практику, следует стараться избегать залога рублевых средств, и при возможности оформлять залог прав на соответствующий банковский счет. Прямое упоминание возможности залога денег или расширения способов реализации предмета залога в законодательстве могло бы существенно повысить обеспечительную роль залога денег и расширить сферу его применения.

2. Обращаясь к внесудебному удержанию предмета залога, можно сделать вывод, что как исключение из общего правила можно разрешить коммерческим организациям заранее устанавливать разумную цену продажи не только в договоре купли-продажи ценных бумаг, но и в договоре о залоге, не требуя реализации предмета залога по его рыночной стоимости, определенной на дату реализации правомочий залогодержателя.

3. Представляется, что помимо усовершенствования конструкции залога, следует усовершенствовать несколько общих аспектов его правового регулирования. Как уже упоминалось выше, следует уточнить правило, предусмотренное п. 3 ст. 338 ГК РФ. В соответствии с названной нормой предмет залога, переданный третьему лицу, считается оставленным у залогодателя. Неясно как применяется данное правило, если предмет залога был передан сначала залогодержателю, а лишь затем последний передал этот предмет третьему лицу. В настоящее время передача предмета залога третьему лицу может создать риск осложнения использования вещно-правовых правомочий залогодержателем. Представляется, что данный вопрос требует более четкого урегулирования в законодательстве. Либо возможно в целях защиты прав залогодержателя запретить передачу преедмета залога третьим лицам. Исключив ч. 3 из ст. 338 ГК РФ.

4. Помимо усовершенствования правил об обращении взыскания и реализации предмета залога (или конструкции залога) необходимо внести ясность в регулирование залога имущества, ограниченного в обороте. В настоящее время такое имущество брать в залог законом не запрещено, однако на практике при таком залоге возникает ряд неясностей. Нет ясности в том, как организовывать торги: допускать ли к ним всех желающих, или организовывать их только среди круга лиц, имеющих право на приобретение заложенного имущества, оборот которого органичен.

Анализ сложившейся ситуации позволяет утверждать, что необходимо прямым указанием закона следующего содержания «Возможен залог имущества, ограниченного в обороте, при этом оно подлежит реализации среди лиц, имеющих право на его приобретение».

5. Заслуживает внимания вопрос о соразмерности стоимости заложенного имущества допущенному нарушению основного обязательства. В соответствии со ст. 348 ГК РФ в обращении взыскания на заложенное имущество может быть отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. Представляется, что данное правило предусмотрено исключительно для защиты залогодателя, однако оно создает нестабильность залога и снижает его обеспечительную функцию для залогодержателя. Можно было бы предусмотреть четкий предел размера требования залогодателя (например, 25 %) к стоимости предмета залога, при котором суд будет обязан обратить взыскание на предмет залога.

**Библиографический список**

Нормативно-правовые акты

1. Конституция Российской Федерации [Текст]: офиц. текст. // Российская газета. –1993. – № 237.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Текст]: [федеральный закон № 51-ФЗ, принят 30.11.1994 г., по состоянию на 13.05.2008] // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) [Текст]: [федеральный закон № 14-ФЗ, принят 26.10.1996 г., по состоянию на 24.04.2008] // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) [Текст]: [федеральный закон № 146-ФЗ, принят 26.11.2001 г., по состоянию на 29.04.2008] // СЗ РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4552.
5. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации [Текст]: [федеральный закон № 138-ФЗ, принят 14.11.2002 г., по состоянию на 22.07.2008] // СЗ РФ. – 2002. – № 46. – Ст. 4532.
6. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации [Текст]: [федеральный закон № 95-ФЗ, принят 24.07.2002 г., по состоянию на 22.07.2008] // СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3012.
7. Об ипотеке (залоге недвижимости) [Текст]: [Федеральный закон № 102-ФЗ, от 16.07.1998 г., по состоянию на 13.05.2008] // СЗ РФ. – 1998. – № 29. – Ст. 3400.
8. Об исполнительном производстве [Текст]: [Федеральный закон № 127-ФЗ, от 02.10.2007 г., по состоянию на 13.05.2008]// Собрание законодательства РФ.-2007.- № 41.- ст. 4849.
9. О судебных приставах [Текст]: [Федеральный закон № 118-ФЗ, от 21.07.1997 г., по состоянию на 22.07.2008] // СЗ РФ. – 1997. – № 30. – Ст. 3590.
10. О рынке ценных бумаг [Текст]: [Федеральный закон № 39-ФЗ, от 22.04.1996 г., по состоянию на 06.12.2007] // СЗ РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1918.
11. Об акционерных обществах [Текст]: [Федеральный закон № 208-ФЗ, от 26.12.1995 г., по состоянию на 29.04.2008] // СЗ РФ. – 1996. – № 1 – Ст. 1.
12. О залоге [Текст]: [Закон РФ № 2872-1, от 29.05.1992 г., по состоянию на 19.07.2007] // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1992. – № 23. – Ст. 1239.
13. О введении в действие положения о переводном и простом векселе [Текст]: [Постановление ЦИК СССР и СНК СССР № 104/1341, от 07.08.1937 г.] // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. – 1937. – № 52. – Ст. 221.
14. О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери [Текст]: [Положение утв. ЦБ РФ № 283-П, 20.03.2006 г., по состоянию на 01.09.2008] // Вестник Банка России. – 2006. – № 26. – С. 34.
15. О методике расчета собственных средств (капитала) кредитных организаций [Текст]: [Положение утв. ЦБ РФ № 159-П, от 26.11.2001 г.] // Вестник Банка России. – 2001. – № 73. – С. 38.

Научная и учебная литература

1. Агарков М.М. Основы банковского права: Учение о ценных бумагах. [Текст] – М., Статут. 2004. – 672 с.
2. Азнаев А.М. Нотариальное удостоверение и государственная регистрация сделок с недвижимостью, возникшие противоречия нормам конституционного и гражданского права [Текст] // Нотариус. – 2007. – № 4. – С. 25.
3. Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования [Текст] – М., Волтерс Клувер. 2007. – 468 с.
4. Анненков К. Система русского гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2003. – 702 с.
5. Афонина А.В. Все об ипотеке [Текст] – М., Омега-Л. 2008. – 238 с.
6. Басин Е.В., Гонгало Б.М., Крашенинников П. В*.* Залоговые отношения в России. [Текст] – М., Юристъ. 2004. – 326 с.
7. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. [Текст] – М., Статут. 2003. – 674 с.
8. Будинов В.М.Залоговое право России и ФРГ. [Текст] – СПб., Питер. 2007. – 568 с.
9. Буркова А. Регистрация обеспечения по английскому праву и российскому законодательству [Текст] // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 2. – С. 27.
10. Буркова А.Ю. Многообразие залоговых форм в России [Текст] // Законодательство и экономика. – 2008. – № 7. – С. 24.
11. Вавулин Д.А. Комментарий к Федеральному закону "О рынке ценных бумаг" (постатейный) [Текст] – М., ЗАО Юстицинформ. 2008. – 186 с.
12. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2007. – 678 с.
13. Вишневский А.А. Залоговое право. Учебное и практическое пособие. [Текст] – М., Норма. 2005. – 468 с.
14. Гимолеев Р. Государственная регистрация залога недвижимости. Проблемы правоприменения [Текст] // Право и экономика. – 2008. – № 2. – С. 37.
15. Глушаченко С.Б., Смирнова К.В. Институт ипотеки в древнем Риме [Текст] // История государства и права. – 2008. – № 5. – С. 29.
16. Головцова С.А. Залог недвижимости [Текст] // Законодательство. – 2000. – № 7. – С. 23.
17. Гражданское право: в 2 Т. Том I: учебник [Текст] / Под ред. Суханова Е.А. – М., Волтерс Клувер. 2008. – 784 с.
18. Гусева Л.Л. Исторический аспект развития ипотечного кредитования [Текст] // История государства и права. – 2008. – № 5. – С. 34.
19. Егоров А. Проблема регистрации залога автомобильного транспорта [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2004. – № 8. – С. 6.
20. Журбин Б. Брешь в залоговом механизме [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 14. – С. 7.
21. Завидов Б.Д. Анализ залога в гражданском праве: достоинства, противоречия и новеллы [Текст] // Юрист. – 2008. – № 3. – С. 14.
22. Зайнуллина С.Р. Причины, препятствующие развитию ипотечного жилищного кредитования в России [Текст] // Банковское право. – 2008. – № 2. – С. 17.
23. Звоницкий А.С*.* О залоге по русскому праву. [Текст] – М., Статут. 2004. – 324 с.
24. Калмыкова А.В. Сущность права залога в германском и российском праве [Текст] // Журнал российского права. – 2007. – № 3. – С. 32.
25. Кассо Л.А.Понятие о залоге в современном праве. [Текст] / Избранные труды. – М., Статут. 2001. – 678 с.
26. Кожина Ю.А. Ответственность залогодателя и залогодержателя при ипотечных кредитных правоотношениях [Текст] // Правовые вопросы недвижимости. – 2008. – № 1. – С. 21.
27. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). [Текст] / Под ред. Садикова О.Н. – М., Контракт. 2008. – 864 с.
28. Копылов А.В. Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. [Текст] – М., Статут. 2007. – 512 с.
29. Костылева Н., Костылев В. Проблемы содержания и формы договора об ипотеке [Текст] // Нотариус. – 2008. – № 1. – С. 14.
30. Кравец Н.В. Особенности и порядок государственной регистрации ипотеки [Текст] // Право и политика. – 2007. – № 6. – С. 22.
31. Маковская А.А. Залог денег и ценных бумаг. [Текст] – М., Статут. 2000. – 346 с.
32. Мейер Д.И. Древнее русское право залога. [Текст] / Избранные труды. – М., Статут. 2003. – 682 с.
33. Мейер Д.И. Русское гражданское право, (в 2-х ч. Часть 2). [Текст] – М., Статут. 2005. – 624 с.
34. Мироненко Ю. Взыскание залога [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 11. – С. 6.
35. Никитенко Д.Ю. Пути совершенствования норм законодательства о залоге [Текст] // Юрист. – 2005. – № 7. – С. 21.
36. Новицкая Т.Н*.* Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922. [Текст] – М., МГУ. 1989. – 612 с.
37. Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2005. – 672 с.
38. Павлодский Е.Залог недвижимого имущества (ипотека) [Текст] // Хозяйство и право. – 2000. – № 4. – С. 7.
39. Поповкин И.А. Залог, история возникновения и развития залоговых правоотношений [Текст] // Нотариус. – 2008. – № 2. – С. 17.
40. Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России [Текст] / Под ред. Ема B.C. – М., Статут. 2004. – 432 с.
41. Римское частное право: Учебник для вузов [Текст] / Под общ. ред. Нерсесянца В.С. – М., Зерцало. 2008. – 678 с.
42. Роньжин А.А. Акцессорность российской ипотеки и потребности практики [Текст] // Юрист. – 2008. – № 3. – С. 13.
43. Русецкий А.Е. Оформление договора об ипотеке [Текст] // Право и экономика. – 2008. – № 1. – С. 24.
44. Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства [Текст] – М., Статут. 2005. – 478 с.
45. Сергеев Л.И., Мнацаканян А Г., Сергеев Д.Л. Финансы отраслей и предприятий регионов. [Текст] – М., Юнити. 2007. – 468 с.
46. Скловский К.И Собственность в гражданском праве: Учебно-практическое пособие. [Текст] – М., Дело. 2007. – 436 с.
47. Смирнова К.В. Становление института ипотеки в России [Текст] // История государства и права, – 2007. – № 12. – С. 19.
48. Старостина О. Как оформить залог; практические рекомендации по заключению договора, налогообложению и бухгалтерскому учету [Текст] // Юридический мир. – 2008. – № 3. – С. 23.
49. Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. [Текст] – М., Норма. 2006. – 348 с.
50. Туранин В.Ю., Самострелова О.И. Правовое регулирование ипотеки на федеральном и региональном уровнях [Текст] // Юрист. – 2006. – № 6. – С. 17.
51. Хвостов В.М. Система римского права. Учебник. [Текст] – М., Статут. 2006. – 568 с.
52. Цыбуленко З. Доверяем и заверяем [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 14. – С. 8.
53. Чефранова Е.А. Государственный регистратор в Российской Федерации: основы профессии. Регистрационные действия: учебное пособие [Текст] – М., Статут. 2008. – 328 с.
54. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Том II. [Текст] – М., Статут. 2003. – 562 с.
55. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2005. – 654 с.

Материалы юридической практики

1. О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей [Текст]: [Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 33, Пленума ВАС РФ № 14, от 04.12.2000 г.] // Вестник ВАС РФ. – 2001. – № 2. – С. 34.
2. О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации [Текст]: [Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8, от 01.07.1996 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 9. – С. 32.
3. Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге [Текст]: [Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 26, от 15.01.1998 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3. – С. 82-87.
4. Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге [Текст]: [Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 26 от 15.01.1998 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3. – С. 82-87.
5. О Федеральном законе "Об ипотеке (залоге недвижимости)" [Текст]: [Информационное письмо ВАС РФ № С5-7/УЗ-694, от 09.09.1998 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 11. – С. 24.
6. Постановление Президиума ВАС РФ № 2314/08 от 25.06.2008 // Вестник ВАС РФ. – 2008. – № 10. – С. 59.
7. Постановление Президиума ВАС РФ №. 7965/95 от 02.07.1996 г. // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 10. – С. 68-69.
1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) [Текст]: [федеральный закон № 51-ФЗ, принят 30.11.1994 г., по состоянию на 13.05.2008] // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) [Текст]: [федеральный закон № 14-ФЗ, принят 26.10.1996 г., по состоянию на 24.04.2008] // СЗ РФ. – 1996. – № 5. – Ст. 410. [↑](#footnote-ref-1)
2. Будинов В.М.Залоговое право России и ФРГ. [Текст] – СПб., Питер. 2007. – С.7. [↑](#footnote-ref-2)
3. Поповкин И.А.Залог, история возникновения и развития залоговых правоотношений [Текст] // Нотариус. – 2008. – № 2. – С. 17. [↑](#footnote-ref-3)
4. Хвостов В.М.Система римского права. Учебник. [Текст] – М., Статут. 2006. – С. 335; Новицкий И.Б.Основы римского гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2005. – С. 135; Анненков К.Система русского гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2003. – С. 213. [↑](#footnote-ref-4)
5. Хвостов В.М.Указ. соч. – С. 335. [↑](#footnote-ref-5)
6. Римское частное право: Учебник для вузов [Текст] / Под общ. ред. Нерсесянца В.С. – М., Зерцало. 2008. – С.137. [↑](#footnote-ref-6)
7. Новицкий И.Б.Указ. соч. – С. 177. [↑](#footnote-ref-7)
8. Правовые проблемы организации рынка ипотечного кредитования в России [Текст] / Под ред. Ема B.C. – М., Статут. 2004. – С. 177. [↑](#footnote-ref-8)
9. Глушаченко С.Б., Смирнова К.В. Институт ипотеки в древнем Риме [Текст] // История государства и права. – 2008. – № 5. – С. 29. [↑](#footnote-ref-9)
10. Звоницкий А.С*.* О залоге по русскому праву. [Текст] – М., Статут. 2004. – С. 10. [↑](#footnote-ref-10)
11. Звоницкий А.С.Указ. соч. – С. 12. [↑](#footnote-ref-11)
12. Мейер Д.И.Древнее русское право залога. [Текст] / Избранные труды. – М., Статут. 2003. – С. 29. [↑](#footnote-ref-12)
13. Кассо Л.А.Понятие о залоге в современном праве. [Текст] / Избранные труды. – М., Статут. 2001. – С. 282. [↑](#footnote-ref-13)
14. Шершеневич Г.Ф.Учебник русского гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2005. – С. 364. [↑](#footnote-ref-14)
15. Кассо Л.А.Указ. соч. - С. 317. [↑](#footnote-ref-15)
16. Шершеневич Г.Ф*.* Указ. соч. – С. 363 [↑](#footnote-ref-16)
17. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. – С. 363. [↑](#footnote-ref-17)
18. Гусева Л.Л. Исторический аспект развития ипотечного кредитования [Текст] // История государства и права. – 2008. – № 5. – С. 34.. [↑](#footnote-ref-18)
19. Мейер Д.И.Русское гражданское право, (в 2-х ч. Часть 2). [Текст] – М., Статут. 2005. – С. 198. [↑](#footnote-ref-19)
20. Смирнова К.В. Становление института ипотеки в России [Текст] // История государства и права, – 2007. – № 12. – С. 19. [↑](#footnote-ref-20)
21. Новицкая Т.Н*.* Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922. [Текст] – М., МГУ. 1989. – С. 78. [↑](#footnote-ref-21)
22. Новицкий И.Б.Указ. соч. – С. 177. [↑](#footnote-ref-22)
23. Маковская А.А*.* Залог денег и ценных бумаг. [Текст] – М., Статут. 2000. – С.9-10. [↑](#footnote-ref-23)
24. П. 3 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге [Текст]: [Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 26 от 15.01.1998 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3. – С. 82-87. [↑](#footnote-ref-24)
25. Об ипотеке (залоге недвижимости) [Текст]: [Федеральный закон № 102-ФЗ, от 16.07.1998 г., по состоянию на 13.05.2008] // СЗ РФ. – 1998. – № 29. – Ст. 3400. [↑](#footnote-ref-25)
26. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). [Текст] / Под ред. Садикова О.Н. – М., Контракт. 2008. – С. 581. [↑](#footnote-ref-26)
27. Старостина О.Как оформить залог; практические рекомендации по заключению договора, налогообложению и бухгалтерскому учету [Текст] // Юридический мир. – 2008. – № 3. – С. 23. [↑](#footnote-ref-27)
28. Гражданское право: в 2 Т. Том I: учебник [Текст] / Под ред. Суханова Е.А. – М., Волтерс Клувер. 2008. – С.596. [↑](#footnote-ref-28)
29. Хвостов В.М.Указ. соч. – С. 329-330. [↑](#footnote-ref-29)
30. Брагинский М.И., Витрянский В.В.Договорное право: Общие положения. [Текст] – М., Статут. 2003. – С.402. [↑](#footnote-ref-30)
31. Брагинский М.И., Витрянский В.В*.* Указ. соч. – С. 403. [↑](#footnote-ref-31)
32. Суханов Е.А*.* Лекции о праве собственности. [Текст] – М., Норма. 2006. – С. 72; Копылов А.В.Вещные права на землю в римском, русском дореволюционном и современном российском гражданском праве. [Текст] – М., Статут. 2007. – С. 341. [↑](#footnote-ref-32)
33. О залоге [Текст]: [Закон РФ № 2872-1, от 29.05.1992 г., по состоянию на 19.07.2007] // Ведомости СНД и ВС РФ. – 1992. – № 23. – Ст. 1239. [↑](#footnote-ref-33)
34. Роньжин А.А. Акцессорность российской ипотеки и потребности практики [Текст] // Юрист. – 2008. – № 3. – С. 13. [↑](#footnote-ref-34)
35. Скловский К.ИСобственность в гражданском праве: Учебно-практическое пособие. [Текст] – М., Дело. 2007. – С. 255. [↑](#footnote-ref-35)
36. Буркова А. Регистрация обеспечения по английскому праву и российскому законодательству [Текст] // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 2. – С. 27; Кравец Н.В. Особенности и порядок государственной регистрации ипотеки [Текст] // Право и политика. – 2007. – № 6. – С. 22; Егоров А. Проблема регистрации залога автомобильного транспорта [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2004. – № 8. – С. 6. [↑](#footnote-ref-36)
37. Ст. 22 Об ипотеке (залоге недвижимости) [Текст]: [Федеральный закон № 102-ФЗ, от 16.07.1998 г., по состоянию на 13.05.2008] // СЗ РФ. – 1998. – № 29. – Ст. 3400. [↑](#footnote-ref-37)
38. Чефранова Е.А. Государственный регистратор в Российской Федерации: основы профессии. Регистрационные действия: учебное пособие [Текст] – М., Статут. 2008. – С. 30; Гимолеев Р. Государственная регистрация залога недвижимости. Проблемы правоприменения [Текст] // Право и экономика. – 2008. – № 2. – С. 37; Азнаев А.М. Нотариальное удостоверение и государственная регистрация сделок с недвижимостью, возникшие противоречия нормам конституционного и гражданского права [Текст] // Нотариус. – 2007. – № 4. – С. 25. [↑](#footnote-ref-38)
39. Сергеев Л.И., Мнацаканян А Г., Сергеев Д.Л.Финансы отраслей и предприятий регионов. [Текст] – М., Юнити. 2007. – С. 68. [↑](#footnote-ref-39)
40. Афонина А.В. Все об ипотеке [Текст] – М., Омега-Л. 2008. – С. 89; Туранин В.Ю., Самострелова О.И. Правовое регулирование ипотеки на федеральном и региональном уровнях [Текст] // Юрист. – 2006. – № 6. – С.17. [↑](#footnote-ref-40)
41. О порядке формирования кредитными организациями резервов на возможные потери [Текст]: [Положение утв. ЦБ РФ № 283-П, 20.03.2006 г., по состоянию на 01.09.2008] // Вестник Банка России. – 2006. – № 26. – С. 34; О методике расчета собственных средств (капитала) кредитных организаций [Текст]: [Положение утв. ЦБ РФ № 159-П, от 26.11.2001 г.] // Вестник Банка России. – 2001. – № 73. – С. 38. [↑](#footnote-ref-41)
42. Завидов Б.Д. Анализ залога в гражданском праве: достоинства, противоречия и новеллы [Текст] // Юрист. – 2008. – № 3. – С. 14. [↑](#footnote-ref-42)
43. Вишневский А.А*.* Залоговое право. Учебное и практическое пособие. [Текст] – М., Норма. 2005. – С. 71. [↑](#footnote-ref-43)
44. Маковская А.А.Указ. соч. – С. 37. [↑](#footnote-ref-44)
45. Басин Е.В., Гонгало Б.М., Крашенинников П. В*.* Залоговые отношения в России. [Текст] – М., Юристъ. 2004. – С.110. [↑](#footnote-ref-45)
46. Маковская А.А.Указ. соч. – С. 37. [↑](#footnote-ref-46)
47. Агарков М.М.Основы банковского права: Учение о ценных бумагах. [Текст] – М., Статут. 2004. – С. 177-178; Шершеневич Г.Ф.Курс торгового права. Том II. [Текст] – М., Статут. 2003. – С. 63-64. [↑](#footnote-ref-47)
48. Маковская А.А.Указ. соч. – С. 38. [↑](#footnote-ref-48)
49. Агарков М.М.Указ. соч. – С. 115-116. [↑](#footnote-ref-49)
50. О введении в действие положения о переводном и простом векселе [Текст]: [Постановление ЦИК СССР и СНК СССР № 104/1341, от 07.08.1937 г.] // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. – 1937. – № 52. – Ст. 221. [↑](#footnote-ref-50)
51. Вишневский А.А.Указ. соч. – С. 77. [↑](#footnote-ref-51)
52. Маковская А.А.Указ. соч. – С. 118. [↑](#footnote-ref-52)
53. О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с обращением векселей [Текст]: [Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 33, Пленума ВАС РФ № 14, от 04.12.2000 г.] // Вестник ВАС РФ. – 2001. – № 2. – С. 34. [↑](#footnote-ref-53)
54. Вишневский А.А.Указ. соч. – С. 78. [↑](#footnote-ref-54)
55. Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования [Текст] – М., Волтерс Клувер. 2007. – С. 78. [↑](#footnote-ref-55)
56. Буркова А.Ю. Многообразие залоговых форм в России [Текст] // Законодательство и экономика. – 2008. – № 7. – С. 24. [↑](#footnote-ref-56)
57. Русецкий А.Е. Оформление договора об ипотеке [Текст] // Право и экономика. – 2008. – № 1. – С. 24; Головцова С.А.Залог недвижимости [Текст] // Законодательство. – 2000. – № 7. – С. 23; Павлодский Е.Залог недвижимого имущества (ипотека) [Текст] // Хозяйство и право. – 2000. – № 4. – С. 7. [↑](#footnote-ref-57)
58. Зайнуллина С.Р. Причины, препятствующие развитию ипотечного жилищного кредитования в России [Текст] // Банковское право. – 2008. – № 2. – С. 17. [↑](#footnote-ref-58)
59. Журбин Б. Брешь в залоговом механизме [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 14. – С. 7. [↑](#footnote-ref-59)
60. Костылева Н., Костылев В. Проблемы содержания и формы договора об ипотеке [Текст] // Нотариус. – 2008. – № 1. – С. 14. [↑](#footnote-ref-60)
61. Будинов В.М.Указ. соч. – С. 101. [↑](#footnote-ref-61)
62. Калмыкова А.В. Сущность права залога в германском и российском праве [Текст] // Журнал российского права. – 2007. – № 3. – С. 32. [↑](#footnote-ref-62)
63. Кожина Ю.А. Ответственность залогодателя и залогодержателя при ипотечных кредитных правоотношениях [Текст] // Правовые вопросы недвижимости. – 2008. – № 1. – С. 21. [↑](#footnote-ref-63)
64. Цыбуленко З. Доверяем и заверяем [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 14. – С. 8. [↑](#footnote-ref-64)
65. Об исполнительном производстве [Текст]: [федер. закон № 127-ФЗ, принят 02.10.2007 г. по состоянию на 13.05.2008]// Собрание законодательства РФ.-2007.- № 41.- ст. 4849. [↑](#footnote-ref-65)
66. О судебных приставах [Текст]: [Федеральный закон № 118-ФЗ, от 21.07.1997 г., по состоянию на 22.07.2008] // СЗ РФ. – 1997. – № 30. – Ст. 3590. [↑](#footnote-ref-66)
67. П. 1 Обзора практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге [Текст]: [Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 26, от 15.01.1998 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3. – С. 82. [↑](#footnote-ref-67)
68. Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге [Текст]: [Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 26, от 15.01.1998 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 3. – С. 82-87; О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации [Текст]: [Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума ВАС РФ № 8, от 01.07.1996 г.] // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 9. – С. 32. [↑](#footnote-ref-68)
69. Постановление Президиума ВАС РФ №. 7965/95 от 02.07.1996 г. // Вестник ВАС РФ. – 1996. – № 10. – С. 68-69. [↑](#footnote-ref-69)
70. Постановление Президиума ВАС РФ № 2314/08 от 25.06.2008 // Вестник ВАС РФ. – 2008. – № 10. – С. 59. [↑](#footnote-ref-70)
71. Мироненко Ю. Взыскание залога [Текст] // ЭЖ-Юрист. – 2008. – № 11. – С. 6. [↑](#footnote-ref-71)
72. Новицкий И.Б.Указ. соч. – С. 136. [↑](#footnote-ref-72)
73. Брагинский М.И., Витрянский В.В.Указ. соч. – С. 395. [↑](#footnote-ref-73)
74. Васьковский Е.В.Учебник гражданского права. [Текст] – М., Статут. 2007. – С. 182. [↑](#footnote-ref-74)
75. Сарбаш С.В. Исполнение договорного обязательства [Текст] – М., Статут. 2005. – С. 80-91. [↑](#footnote-ref-75)
76. О рынке ценных бумаг [Текст]: [Федеральный закон № 39-ФЗ, от 22.04.1996 г., по состоянию на 06.12.2007] // СЗ РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1918. [↑](#footnote-ref-76)
77. Вавулин Д.А. Комментарий к Федеральному закону "О рынке ценных бумаг" (постатейный) [Текст] – М., ЗАО Юстицинформ. 2008. – С. 110. [↑](#footnote-ref-77)
78. Никитенко Д.Ю. Пути совершенствования норм законодательства о залоге [Текст] // Юрист. – 2005. – № 7. – С. 21. [↑](#footnote-ref-78)
79. Об акционерных обществах [Текст]: [Федеральный закон № 208-ФЗ, от 26.12.1995 г., по состоянию на 29.04.2008] // СЗ РФ. – 1996. – № 1 – Ст. 1. [↑](#footnote-ref-79)