**Ипотека и ее оформление в РФ**

Дипломная работа студента 5 курса, очного отделения, Мамедова Эльмара Аждаровича

Московский государственный университет путей сообщения

Юридический Факультет

г. Москва,1997 г.

**Введение**

Развитие рыночных отношений в России в последние годы привело к обращению к тем правовым институтам, которые обеспечивают их функционирование. Одним из таких институтов является ипотека.

Интерес к этой проблеме обусловлен как относительной новизной института ипотеки для правоотношений, возникающих в России в сфере предпринимательства, так и многочисленными, но пока еще не разрешенными вопросами, теоретическими и практическими трудностями, которые возникают при реализации прав, вытекающих из залога.

Институт ипотеки - неотъемлемая составная часть любой развитой системы частного права, начиная со времен Древней Греции и Древнего Рима. Особенно же роль ипотеки возрастает тогда, когда состояние экономики является неудовлетворительным. В этом случае продуманная и эффективная ипотечная система может помочь стабилизировать положение. Ипотека, с одной стороны, способствует снижению инфляции, оттягивая на себя временно свободные денежные средства граждан и предприятий, с другой стороны помогает решать социальные и экономические проблемы, прежде всего в обеспечение населения жильем, в ускорении приватизации и повышения эффективности предприятий.

Поэтому активное использование ипотеки обещает большое количество выгод. Однако при становлении ипотечной системы возникает не меньшее количество проблем. Необходимыми предпосылками для успешного развития и применения ипотеки является функционально пригодные нотариальная и судебная системы, реестр государственной регистрации объектов недвижимости и сделок с ними. И, кроме этого, следует говорить о решении теоретических проблем залогового права. Так как, не решив этих проблем, невозможно полностью охарактеризовать институт ипотеки.

Поэтому, при освещении проблем ипотеки и ее оформления необходимо подойти к этому вопросу комплексно, исследуя как теоретические, так и практические вопросы залогового права. Немаловажное значение также следует уделить историческому аспекту этой проблемы, прибегнуть к анализу опыта зарубежных стран. Особенно акцентировать внимание необходимо на проблемах оформления залога недвижимости как в России, так и в других государствах. Интересен также вопрос о развитии ипотечного кредитования в нашей стране и о роли ипотечных банков в этом процессе. За пределами данного исследования останутся вопросы обращения взыскания и реализации заложенного имущества, так как требуют отдельного глубокого рассмотрения.

**1. Сравнительный обзор теории и законодательства об ипотеке**

**1.1. Происхождение и развитие правового института ипотеки**

Становление института ипотеки происходило постепенно и шло в русле общих тенденций развития экономических отношений и права. Его функционирование происходило в тесной взаимосвязи с кредитными отношениями. Вследствие этого обстоятельства залог и сохранил на протяжении многовековой истории своего развития то ядро, тот смысл, которым эта модель была наполнена в древнейшие времена.

Ипотека - слово древнегреческое, которое переводится как "основание", залог[1]. Ее возникновение было обусловлено появлением и развитием частной собственности, и прежде всего на земельные участки. Эти процессы наиболее активно развивались в Древней Греции, что и явилось предпосылкой формирования ипотечных отношений. Так, при залоге недвижимости применялась ипотека, то есть залог с оставлением ее во владении должника и с предоставлением кредитору права распорядиться ею в случае неуплаты дома в срок. Земельный участок, обремененный ипотекой, должник-залогодатель не имел права продавать третьим лицам.

Институт ипотеки, возникший в Древней Греции, оказал существенное влияние на развитие римского гражданского права, в котором было выработано несколько форм вещных обеспечений, которые стали фундаментом для последующего развития института залога. Первоначальной формой залога в Древнем Риме была фидуция. Сущность этой формы обеспечения исполнения обязательств заключалось в том, что должник в обеспечение своего долга передавал во владение и собственность кредитору определенное имущество, а кредитор обязывался возвратить это имущество должнику после того, как последний погасит свой долг. Для оформления получения кредита составлялся договор пактум фидуция, порождавший личные отношения между кредитором и должником, который больше напоминал усложненный договор купли-продажи. Следовательно, в ходе экономического развития данный способ обеспечения обязательства неминуемо должен быть заменен другой формой залога. Одной из таких форм стал пигнус, при котором имущество передавалось не в собственность кредитора, а лишь во временное владение, и обязательство последнего было возвращение предмета залога по получению удовлетворения по основному обязательству. В случае же просрочки исполнения обязательства кредитор приобретал право самостоятельной продажи предмета залога. Несмотря на определенные преимущества пигнуса по сравнению с фидуцией, пигнус тоже не стал оптимальной формой залога, так как интересы хозяйственной жизни требовали большей гибкости в регулировании отношений в течение времени от установления до наступления срока платежа, в частности того, чтобы должник не был лишен возможности пользоваться заложенной вещью. Поэтому римское право восприняло форму залога, которая была выработана в Греции, то есть ипотеку. Для возникновения этого вида залога не требовалось передавать заложенное имущество во владение залогодержателю. При установлении ипотеки залогодатель не только имел право владеть и пользоваться, но также и отчуждать заложенное имущество.

Учитывая все вышеизложенное, можно утверждать, что римское право решило задачу реального обеспечения кредита.

С XII века в большинстве государств Западной Европы происходит рецепция римского права, в процессе которой римское право подверглось значительной переработке. Несмотря на это, право Древнего Рима явилось той основой, на которой развилась, в особенности в XVIII и XIX веках, общая теория буржуазного гражданского права. Основные понятия римского залогового права оказали большое влияние и на формирование российского залогового права. Влияние это было опосредовано в значительной мере западноевропейским законодательством. Россия имеет тем не менее особый, во многом уникальный путь развития залогового права.

Первые дошедшие до нас акты о русском залоге относятся к периоду XIII-XIV веков. Законодательные же нормы впервые появились в самом конце ХIV-го или начале ХV-го веков в Псковской Судной Грамоте, в которой наряду с древнейшим способом взыскания - личным, появляется взыскание имущественное. Можно говорить о том, что на этой стадии своего развития залог прежде всего понимался как обязательство вещи становится главным должником в залоговой сделке. Сам принцип залога, как долга, вооруженного имущественным взысканием, был диаметрально противоположным существовавшему тогда взгляду.

Еще одним примечательным моментом характеристики древнерусского залога является то обстоятельство, что ни Псковская Судная Грамота, ни дошедшие до нас Новгородские и Московские акты не требовали передачи заложенного имущества во владение кредитора. Подобная передача появилась значительно позднее, пройдя перед этим в XVI веке такую промежуточную стадию, как передача кредитору вместе с актом о залоге также и тех актов, по которым должник владел заложенным имуществом. Аналогов развитию русской правовой системы от условной модели ипотеки к условным моделям пигнуса, а не наоборот, практически нет в мире(исключение составляет средневековая Испания). Более того, некоторые дошедшие до нас памятники свидетельствуют о том, что в Древней Руси существовали также формы залога, которые соответствовали современным.

Однако положение, при котором заложенное имущество оставалось у должника, было крайне невыгодно кредитору, который оказывался беззащитным при отчуждении имущества должником. Усложнялось это еще и тем, что особенностью древнерусского права являлась возможность фактического владения имуществом на основании одновременного существования нескольких юридических титулов, в том числе и обладание имуществом по давности, которая не подтверждалась никакими документами. Следовательно, пока объект залога оставался во владении должника, все другие гарантии против недобросовестности с его стороны оказывались недостаточными. Отсюда стремление кредиторов получить в свои руки не только грамоты, но и сам объект залога.

Помимо причин перечисленных выше существовали экономические причины, которые способствовали изменению формы залога - это развивавшееся в ХV-ХVI веках крепостное право. С точки зрения залогодержателя положение, при котором предмет залога оставался у залогодателя, оказывалось крайне невыгодным, так как крестьяне, представлявшие главную ценность имения, вначале были связаны юридически не с самим имением, а только лично с владельцем, и кредитор поэтому рисковал получить при взыскании обремененную недвижимость совершенно обесцененной.

При таких обстоятельствах залог не удовлетворял кредитора, так как институт не распространял права залогодержателя именно на ту область, которая являлась для него наиболее существенной. И, в стремлении обезопасить интересы залогодержателя, самым простым выходом было передать владение в его руки. То есть имущество при совершении закладной передавалось кредитору, который мог безотчетно пользоваться его плодами вместо процентов. Из этих двух элементов - необходимости наличия надежных гарантий для кредиторов и использования заложенного имущества вместо начисления процентов на кредит - и состояла новая форма залога, развитая в русском праве.

Итак, залог возник первоначально в виде простой "поруки", разрешения кредитору направить взыскание на обособленное имущество. Впоследствии центр тяжести долга перешел с лица на вещь, и залоговый элемент сделки стал преобладать над заемным. Только на определенном этапе этой стадии появилась передача имущества во владение кредитора. Такой передаче способствовали, с одной стороны, необходимость гарантий против возможных злоупотреблений со стороны должника, с другой стороны, экономические условия, складывающиеся под влиянием крепостного права.

Однако наряду с преобладающей формой залога, при которой имущество передавалось кредитору, продолжала существовать и форма, предусматривавшая оставление имущества у должника и даже регламентированная Указом Ивана IV от 25 декабря 1557 года. При такой форме кредитор вместо пользования имуществом получал в виде вознаграждения рост на капитал.

В конце XVI - начале XVII веков в России разразился страшный экономический кризис, последствия которого отразились на всех сторонах общественной жизни. В частности, удорожание кредита неминуемо повлекло за собой и унифицирование способа обращения взыскания. Ст. 196 гл. 10 Соборного Уложения 1649 года предусмотрела безусловный переход заложенного имущества в собственность кредитору.

Примерно в середине XVII века созрели предпосылки для совершенно нового использования залога, отвечавшего его прямому назначению. Экономический подъем, усовершенствование поземельной регистрации - все это значительно уменьшало необходимость передачи имущества кредитору с целью обезопасить его от злоупотреблений должника. В Указе 1737 года залог с передачей имущества кредитору даже не предусматривался.

Говоря о различных формах русского залога, необходимо остановиться на проблеме оформления залоговых правоотношений. В XI - XVI веках этим занимались "площадные подъячии", которые составляли на площадях различные письменные акты, в том числе и закладные, Форма всех актов была примитивна и проста. Закладная писалась в 1-м лице от имени залогодателя, в конце акта указывался его составитель и присутствующие при его составлении свидетели. Затем для большей верности и сохранности данные этого акта вносились в книги определенных присутственных мест. (Земский приказ).

Соборное уложение царя Алексея Михайловича достаточно большое место уделяло оформлению сделок с недвижимостью. Оно четко предусматривало, что закладные, составленные площадными подьячими, должны были записываться в книги соответствующего приказа, где с них взималась пошлина; после этого закладная предъявлялась в Печатный приказ, где к ней прикладывалась государственная печать. В Приказе (Поместный приказ в XVII в.) проверялись основания права того лица, от которого имущества уступалось или передавалось. В приказе делалась справка об имении по переписным или записным книгам - состоит ли имение там, где значится по акту, содержится ли в нем указанное в акте количество земли , в чьем владении состояло раньше, в важнейших случаях производился допрос лица, закладывавшего имени. Затем акт вписывался в записную вотчинную книгу, а пошлины - в приходную книгу.

Такой порядок оформления залога удержался до издания Николаем 1 Свода Законов, где он представлялся в следующем виде: при палатах гражданского суда существовали особые "крепостные отделения" из крепостных писцов и надсмотрщиков, которым поручено было составление актов; составленный ими акт вносился в "закладную книгу", которая поступала на рассмотрение присутствия суда. Судья, удостоверившись в личности совершающих данный акт, в праве залогодателя на отчуждение имущества и в отсутствии в условиях чего-либо противозаконного, отмечал на акте: "совершить по закону" и возвращал его надсмотрщику. Последний дословно вносил акт в крепостные книги. В таком порядке оформлялся залог недвижимости до реформ Императора Александра 11-го. Но прежде чем перейти к описанию этого нового порядка, необходимо изложить те изменения, которые произошли в залоговом праве в XIX веке.

Залоговое право, сформировавшееся в Российской империи в период перед первой мировой войной, отличалось значительным своеобразием, причинами которого, в частности, были отсутствие устоявшихся и всеобъемлющих теоретических построений, а также единого источника нормативного регулирования. В 1890 году закончена подготовка проекта Вотчинного Устава, ст.43 которого определяла, что залог есть обеспечение денежного требования недвижимым имением и дает кредитору, в случае неисполнения должником его обязательства, право на удовлетворение из заложенного имения, в чьих бы руках оно не находилось. Помимо таких видов залога, как совокупный, залог в обеспечение чужого обязательства, проект предусматривал и возможное установление кредитного залога. Следовательно, проект отражал последовательное восприятие большинства различных позиций залогового права. Другими источниками правового регулирования залога как института гражданского права являлись, прежде всего: Свод законов гражданских и другие законодательные и подзаконные акты, в которых также можно было встретить правила о залоге. Например, законодательное определение залога содержалось в примечании к статье 476 Устава судопроизводства торгового: "Залог есть не что иное, как отчуждение права распоряжения, составляющего нераздельную принадлежность права собственности."

Порядок оформления залога определялся в Положении о нотариальной части, получившее силу закона 14 апреля 1866 года и Правилами, утвержденными Министерством Юстиции от 31 мая 1891 года, в которых определялся порядок ведения реестра крепостных дел. Залог недвижимости совершался крепостным порядком, т.е. сделка должна была совершена сначала у нотариусов, а затем утверждена старшим нотариусом того округа, в котором находится недвижимое имущество. Старший нотариус, взыскав соответствующую пошлину, делает на договоре надпись об утверждении, вносит сделку в крепостную книгу и отмечает о том в реестре крепостных дел. Такой акт называется закладной крепостью. По совершении закладной старший нотариус налагает запрещение на заложенное имение и делает надлежащее распоряжение о том Сенатской типографии для публикации. Требование крепостной формы имеет безусловное значение и несоблюдение ее порождает недействительность самого залога. Вещное право залогодержателя устанавливается с момента совершения старшим нотариусом отметки в реестре крепостных дел об утверждении закладной.

Говоря об особенностях залога недвижимости в XIX веке невозможно не упомянуть о таком виде залога, как залог в "кредитных установлениях", таких как Государственный Дворянский банк, Крестьянский поземельный банк, городские общественные банки, городские кредитные общества, акционерные поземельные банки, правовое положение которых было достаточно полно регламентировано законодательством. Причем механизм операций этих банков с недвижимостью был разработан настолько полно, что, он послужил той основой, на которой базировались соответствующие положения в других странах.

Итак, для получения кредита в перечисленных выше заведениях ссудополучателю необходимо представить в банк право устанавливающие акты на недвижимость и свидетельство старшего нотариуса или суда о принадлежности имения залогодателю и о свободе от запрещений. Строения должны быть непременно застрахованы. Оценка имущества производится самим банком, и выдаваемая под залог сумма ставится в известное процентное отношение к оценочной сумме (50-75%). Заемная сумма выдается или деньгами или, чаще, закладными листами, т.е. обязательствами самого банка, обеспеченными состоящим в его залоге имуществом. Реализация закладных листов производится или самим банком, или заемщиком. Заем под залог производится обыкновенно на весьма продолжительное время, потому что долг уплачивается постепенно, - вместе с процентом по займу уплачивается и процент погашения. В противоположность простому залогодержателю, банк вправе требовать от залогодателя воздержания от вредных и обесценивающих залог действий. С другой стороны собственник, с согласия банка, может продать, подарить заложенную недвижимость, с переводом долга, бес уничтожения первого залога. Г.Ф.Шершеневич писал: "Главная особенность залога в кредитном установлении состоит в праве этого последнего произвести самостоятельную продажу, без посредства суда" [2].

В конце XIX - начале XX веков активно шел процесс кредитования под залог земельных участков, которые ссудополучатель хотел приобрести. Этот процесс развивался при содействии крестьянских поземельных банков, которые были созданы практически во всех губерниях России и способствовал наделению обедневших крестьян землей.

Таким образом, подытоживая краткое изложение принципиальных особенностей дореволюционного российского залогового права, можно отметить значительный объем его нормативного регулирования, приверженность основным понятиям римского права и достаточно жесткие правила к форме залоговой сделки.

С 1922 года по 1961 год в России действовал ГК. РСФСР, ставший следующим по хронологии законодательным актом регулирующим залоговые правоотношения. Залог в этом кодексе был помещен в раздел вещных прав и соответствующим образом трактовался. Статья 85 ГК РСФСР определяла залог, как право требования, которое позволяет кредитору в случае невыполнения должником обязательства получить преимущественное перед другими кредиторами удовлетворение из стоимости заложенного имущества. Статья 87 ГК РСФСР дает понятие предмета залога, относя к нему всякое имущество, не изъятое из оборота. То есть ГК 1992 года не разделяет залог движимых и недвижимых вещей, исходя из факта революционной отмены частной собственности на землю путем ее национализации и запрещения отчуждения государственных промышленных предприятий, фабрик, летательных аппаратов, государственных морских и речных судов. Договор залога должен быть совершен в письменной форме. А залог строений под страхом недействительности его, должен быть нотариально удостоверен. В соответствии с Положением о государственном нотариате 1923 года при удостоверении договора залога строений и права застройки нотариус обязательно проверяет, во-первых, принадлежность строения тому лицу, который его закладывает, во-вторых, наложение ареста на закладываемое имущество.[3] В отношении залога строений и права застройки в обеспечении ссуд, выдаваемых кредитными учреждениями, а также в обеспечении договоров с государственными учреждениями и государственными предприятиями закон устанавливает упрощенный порядок совершения таких сделок на основании выдаваемых нотариальными конторами залоговых свидетельств. Залоговое право кредитного учреждения на имущество, закладываемое посредством залогового свидетельства, возникает не с момента выдачи с свидетельства, а с момента принятия в залог указанного в свидетельстве имущества надлежащим учреждением. Кроме того, особым циркуляром от 30 июля 1927 года для залога жилых и с/х построек, не составляющих неотъемлемой принадлежности с/х, установлен особый упрощенный порядок залога с регистрацией в сельском совете, причем нотариальное удостоверение сделок о залоге является в этом случае необязательным.

Несмотря на законодательную разработанность залоговых правоотношений в ГК 1922г, удельный вес этой разновидности вещных прав в советской жизни был очень невелик.

В ГК РСФСР 1964 года залогу, помещенному в главу "Обеспечение исполнения обязательств" было посвящено всего несколько статей, и как отмечал Д.А. Медведев "в нашей стране залог долгое время имел скорее ритуальное значение, сопровождая примитивные акты обмена"[4]. Такое положение существовало в России до принятия в 1992 году Верховным Советом РСФСР Закона "О залоге".

**Современное законодательство зарубежных стран об ипотеке.**

Для более полного освещения проблем ипотечного кредитования в России необходимо обратиться к изучению опыта зарубежных стран в этом вопросе. Сравнительный анализ российского и зарубежного законодательства в области ипотеки - ключ к разработке основ концепции залогового кредитования в России.

В Западной Европе и США традиционно существуют развитые и исторически отрегулированные системы ипотеки, в основу которых положена четкая система регистрации недвижимости, а также строгое юридическое оформление возникновения и прекращения залогового права на недвижимое имущество.

По мнению В.М. Будилова, Россия явно тяготеет к немецкой системе гражданского права, поэтому, прежде всего, необходимо остановиться на характеристике залогового права ФРГ.[5]

Германия имеет развитую ипотечную систему, под которой понимается, во-первых, законодательство, регулирующее оборот недвижимого имущества, и, во-вторых, организации, обслуживающие этот оборот, и, прежде всего, осуществляющие регистрацию этого оборота.

Законодательство ФРГ о недвижимости делится на материальное - Германское гражданское уложение, Закон об ипотеке, Закон об ипотечных банках, законодательство о праве застройки и о праве собственности на квартиры; и процессуальное - Положение о земельной книге, ГПК ФРГ. В числе организаций, обслуживающих оборот недвижимости, центральное место занимает земельное ведомство ФРГ, кроме него в обороте недвижимости большую роль играют кадастровое ведомство, суды и нотариусы.

Ипотека в Германии носит строго акцессорный характер. В основе каждой ипотеки должно лежать требование, которое может быть также будущим и условным.

Помимо понятия ипотеки германское законодательство содержит исторически развитое, сейчас играющее главенствующую роль в залоговом праве на недвижимость понятие земельного долга. Отличие его от ипотеки заключаются в следующем:

во-первых, в возможности возникновения и осуществления земельного долга без привязки к определённому обеспечиваемому обязательству и, следовательно, в возможности замены или изменения обеспечиваемого обязательства без изменения обеспечивающего отношения;

во-вторых, в значительной меньшей степени зависимости сторон обеспечительного отношения от императивных предписаний закона, при этом другая сторона этой особенности заключается в обязанности сторон существенно больше условий своих отношений регулировать путём закрепления их в обеспечительном договоре. Поэтому, земельный участок может быть обременён таким образом, что тому, в чью пользу осуществлено обременение, подлежит выплате определённая денежная сумма в периодически повторяющиеся сроки.

Представляется, что в России вид залога, аналогичный земельному долгу по праву ФРГ, как более гибкая форма обеспечения по сравнению с ипотекой, также могла бы иметь большое значение. В этой связи при формировании российского законодательства, регулирующего залоговое право недвижимости, залоговое право на землю, подобное немецкому земельному долгу, целесообразно было бы рассматривать как основной вид залогового права на недвижимость и, следовательно, урегулировать его в законодательстве с помощью прямых, а не отсылочных норм.

Особенностью ипотеки в западноевропейских государствах является то, что она учреждается подлинным актом - у нотариуса и по форме, установленной законом. Любой другой документ, не засвидетельствованный у нотариуса, силы не имеет. Документ, составленный во время сделки с недвижимостью участниками сделки, в случае опротестования третьими лицами, должен также представлять собой аутентичный акт. Кроме этого, основой ипотечного права в странах романо-германской системы права является кадастр и регистрация ипотеки.

Кадастр (поземельная книга) представляет собой картографическое изображение всей национальной территории по коммунальному принципу с четким разграничением небольших участков земли и крупных землевладений, таким образом, очень легко идентифицировать застроенное или незастроенное недвижимое имущество и исключить возможность и исключить возможность перепутать его с другим.

Система регистрации ипотеки в рамках залогового законодательства имеет первостепенное значение. Частое несовпадение между собственником и владельцем недвижимого имущества, а также между собственником -залогодателем и должником по договору займа могло бы привести к тому, что ни интересы собственника, ни владельца, ни кредитора, получившего в качестве обеспечения недвижимость в залог, не могли быть надлежащим образом защищены, если не функционирует система регистрации объектов недвижимости.

Регистрацию ипотеки производят государственные служащие (в Германии -это судьи). Они регистрируют все акты вещного права по сделкам с недвижимостью (продажа, покупка, сервитуты, льготы). Они также составляют реальную и персональную картотеки. С ее помощью можно получить реальную картину ипотек и льгот, отягощающих недвижимое имущество.

Регистрация земельных участков при оформлении ипотеки сопровождается строгим юридическим оформлением возникновения и прекращения залогового права на недвижимое имущество в виде закладной. В Германии при занесении подобного соглашения в земельную книгу запись должна содержать: вид залогового права, имя должника , имя кредитора, процентную ставку и другие дополнительные требования, например, повышение процентов за отсрочку - то есть перечислены все необходимые реквизиты закладной.

В странах англосаксонской системы права концепция ипотеки более гибкая и менее формализованная. В частности, там нет необходимости в нотариально заверенном акте, и ипотека может носить общий характер, то есть предмет залога не обозначен, либо нет публикации.

Для оформления ипотечных отношений, например в США, составляются два документа. Первый называется долговым обязательством. В нем фиксируются все вопросы, относящиеся к задолженности (учетная процентная ставка, порядок внесения платежей). Второй документ - это ипотечный договор. Сейчас его нередко обозначают как договор о доверии. В нем фиксируются права и обязанности сторон и иные условия договора о залоге недвижимости. В указанном договоре обязательно должна содержаться ссылка на долговое обязательство. Договор ипотеки подлежит обязательной регистрации в архиве. Имеются типовые формы как долгового обязательства, так и договора о доверии, которые широко применяются на практике.

Ипотека может быть договорной, устанавливаемой законом для обеспечения некоторых требований(Франция), а также судебной (Французский Гражданский Кодекс). Различия между двумя последними видами ипотеки и договорной ипотекой заключается в том, что объектом договорной ипотеки является конкретный объект недвижимости, точно указанный в договоре об установлении ипотеки; в то время как законная и судебная ипотека являются ипотеками генеральными, обременяющими все имущество должника. Кроме того, законные или судебные ипотеки негласны для третьих лиц.

В современном законодательстве западных стран права и обязанности сторон по договору ипотеки трактуются единообразно. Залогодатель обязан:

- страховать предмет ипотеки;

- принимать меры для его сохранности;

- сообщать всем последующим залогодержателям сведения о всех существующих залогах предмета ипотеки;

-уведомлять залогодержателя об угрозе утраты или повреждения имущества. Залогодержатель же имеет, в свою очередь, право проверять по документам и фактически наличие, состояние и условия хранения предмета ипотеки. Особо в ипотечном праве оговаривается возможность возникновения угрозы заложенного имуществу. В этом случае кредитор вправе назначить собственнику имущества соразмерный срок устранения этой опасности. Если же собственник этой угрозы не устранил, кредитор может потребовать устранения опасности в исковом порядке либо немедленно вернуть кредит за счет заложенного имущества. Интересно, что кредитор имеет право реагировать таким образом не только на ухудшение недвижимого имущества, но и на поведение собственника или третьих лиц, которое может повлечь за собой такое ухудшение. Для того, чтобы своевременно воспользоваться этими правами, банки специально оговаривают подобные юридические ситуации в формулярах, сопровождающих договор об ипотеке.

В западных странах традиционно широко практикуется кредитование под залог сельскохозяйственных земель - фермерских и других земельных участков. Оно осуществляется системой специальных ипотек и банков через специальный долгосрочный ипотечный кредит. Процентные ставки под залог дифференцируются в зависимости от ценности земли, положения должника и степени риска. Источником ипотечного кредитования является эмиссия банками ипотечных облигаций как ценных бумаг, обеспеченных недвижимостью. В обороте они выступают в качестве ценных бумаг, закладных листов и т.д. Помимо банков такое ипотечное кредитование могут производить ссудосберегательные ассоциации, кооперативы взаимного кредитования, страховые компании.

В США широко распространена система предоставления земельными банками ипотечного кредита на льготных условиях для фермеров. Эти банки, в свою очередь, управляются фермерской кредитной ассоциацией. Средства черпаются из фондов, созданных специально для ипотечного кредитования фермеров. Выделяют ипотечный кредит под залог земли и коммерческие банки, но под более высокий процент.

Существует еще одно направление ипотеки, имеющее особое значение для нашей страны: ипотечное кредитование в жилищной сфере. Россия сможет избежать многих негативных явлений, сопутствующих введению системы ипотечного кредитования, если обратится к опыту ведущих зарубежных стран. Наибольший интерес в этой области представляют США, в которых весьма развит рынок ипотечных кредитов и эффективен кредитно - залоговый механизм государственной поддержки и стимулирования жилищного строительства.

Внешне схема жилищной ипотеки в США достаточна проста. Для приобретения жилья в собственность необходимо оплатить 10-20% его стоимости. Остальная сумма на покупку дома берется в кредит. Кредитор, а им выступает ипотечный банк, предоставляет кредит под залог покупаемого жилья. Существенно, что предметом залога является уже построенный дом. Ипотечный кредит предоставляется на срок до 30 лет, в течение которого заемщик обязан вносить ежемесячную плату в погашение кредита, иначе на дом может быть обращено взыскание. Именно к этому сводится основное содержание ипотеки в США.

На этом простота схемы жилищного ипотечного кредитования заканчивается и начинается обеспечение ипотеки системой сложных экономических, финансовых и правовых механизмов, за действующих ипотечные банки и вторичный рынок жилищных займов.

Ипотечный банк в значительной степени отличается от обычных коммерческих кредитных банков. В отличие от депозитарных учреждений эти банки не принимают деньги от отдельных вкладчиков. Для выдачи ипотечных займов они используют средства отдельных банков. Затем различные займы объединяют в пул ипотек и продаются внешним инвесторам. Такая концентрация займов позволяет реализовать их на вторичном рынке. Поступления от продажи пускаются в оборот, и тем самым открывается новый цикл займов на приобретение жилья. Продажа займа не влечет за собой выход ипотечного банка из процесса ипотечного кредитования. За ипотечным банком сохраняются функции обслуживания кредита - то есть взимания платежей с заемщика, направление соответствующих дивидендов инвесторам, купившим займы, защита интересов инвестора в случае возникновения споров по займам и т.д. Ипотечный банк, таким образом, выполняет роль активного посредника. Неотъемлемым элементом всей системы жилищной ипотеки США является вторичный рынок кредитов, где происходит купля продажа пулов уже созданных жилищных займов. Здесь задействован сложный финансовый механизм. Центральное место в нем занимают такие учреждения, как Федеральная национальная ипотечная ассоциация ("Фэни Мэй"), Государственная национальная ипотечная ассоциация ("Джинни Мэй") и Федеральная корпорация жилищного ипотечного кредита ("Фредди Мэк")-они покупают займы у ипотечных банков, приобретая таким образом право кредитора на заложенное имущество. Когда кредит куплен, заключается отдельное соглашение с ипотечным банком об обслуживании кредита. После этого выпускаются ценные бумаги, обеспеченные пулами ипотек. Учреждение, купившее пул ипотек, продает акции инвестиционному банку, а последний реализует их рядовому инвестору по доступным ценам.

Регулирование ипотечных отношений в США осуществляется федеральным законодательством и законами штатов, а также документами, подготовленными вне рамок законотворческих государственных органов - это акты, разработанные организациями, работающими в сфере ипотеки.

После приведенной в данном разделе характеристики системы ипотечного кредитования в западных странах возникает вопрос, какая конкретно польза может быть извлечена для формирующейся в России системы ипотеки. Ведь различия между российской и западной юридическими и экономическими системами весьма существенны. С моей точки зрения, следует руководствоваться общими началами построения системы ипотеки за рубежом, учитывая национальные особенности российского права. Исходя из этого, можно выделить следующие исходные принципы, которые могут быть применены при формировании системы ипотечного кредитования в России.

1. Обеспечение защиты интересов как кредитора, так и должника в ипотечных отношениях. Выполнению этого условия служат страхование, специальные правительственные программы, процедура обращения взыскания на заложенное имущество и т.д.

2. Необходимо создание условий доступности ипотечных кредитов рядовому потребителю. Для отдельных категорий населения целесообразна разработка льготных правил и норм погашения ипотечного кредита..

3. Важно создать условия приоритетности в кредитной сфере для организаций, специализирующихся на ипотеке, так как именно за счет них формируется рынок жилья и происходит развитие с/х и производственной сферы. Возможно объявление некоторых из них учреждениями, действующими при поддержке правительства: им следует предоставить налоговые льготы и более свободные финансовые формы деятельности на рынке ценных бумаг.

4. Необходимо активизировать деятельность государства в ипотечных отношениях для контроля за деятельностью организаций, осуществляющих ипотечное кредитование. Государство должно проводить льготную налоговую политику в этой области, разрабатывать и реализовывать специальные программы, образовывать необходимые государственные органы.

5. Одной из задач законодателя в области ипотечного кредитования является систематизация нормативных актов, устранение между ними противоречий. Законы о недвижимости, о страховании, о жилье, о земле, о налогах должны быть согласованы между собой и иметь единую цель, то есть предоставить заемщику возможность приобрести недвижимость, а кредитору получить прибыль.

**2. Общие положения об институте ипотеки.**

**Залог недвижимости как способ обеспечения исполнения обязательств.**

Залог является одним из способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных действующим законодательством. В гражданском праве под способами обеспечения исполнения обязательств понимаются предусмотренные законодательством или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательств должниками путем установления дополнительных гарантий удовлетворения требования кредитора. [6]. ГК РФ 1994 года предусматривает следующие способы обеспечения обязательств(причем этот перечень не является исчерпывающим): неустойка, поручительство, банковская гарантия, задаток, удержание из имущества должника и залог.

Явное преимущество залога заключается в том, что, во-первых, договор залога имущества обеспечивает наличие и сохранность этого имущества на тот момент, когда должнику придется рассчитываться с кредитором. Причем стоимость заложенного имущества будет возрастать пропорционально уровню инфляции; во-вторых, залог имущества должника обеспечивает кредитору-залогодержателю возможность удовлетворить свои требования за счет предмета залога преимущественно перед другими кредиторами; в-третьих, реальная опасность потерять имущество в натуре является хорошим стимулом для должника исполнить свои обязательства надлежащим образом.

Особенно заметно преимущество этого вида обеспечения исполнения обязательств при получении долгосрочного кредита под залог недвижимости. В принципе, долгосрочный кредит может быть обеспечен любым из имеющихся способов. Однако предоставление кредита, обеспеченного личным способом обеспечения исполнения обязательств, как правило, значительно повышает расходы должника, связанные с получением кредита, так как обычно в коммерческом обороте банковские гарантии и поручительства представляются на платной основе.

Если кредит носит долгосрочный характер и значителен по сумме, то при его предоставлении требуется такой способ обеспечения, который мог бы существовать длительное время и при этом не требовал бы от должника значительных расходов.

Залог прав не может в большинстве случаев играть роль надлежащего обеспечения долгосрочных кредитов уже потому, что такие права существуют лишь в период существования обязательств.

Залог товаров в обороте и переработке может быть использован для обеспечения исполнения обязательств из долгосрочных кредитных договоров, но является ненадежным способом, из-за того, что ценность его в значительной мере основывается на особенностях производственной ситуации в конкретный момент, которая при любых обстоятельствах не может с достаточной уверенностью прогнозироваться.

Долгосрочный кредит может быть предоставлен под залог с передачей залогодержателю заложенного имущества: драгоценных металлов и изделий из них, под залог особо надежных ценных бумаг, цена на которые отличается особой стабильностью. Однако, согласно мировой практике, в подавляющем большинстве случаев долгосрочные кредиты выдаются под залог недвижимого имущества.

Таким образом, залог недвижимого имущества должен стать наиболее приоритетным способом обеспечения исполнения обязательств и в Российском праве, для чего необходимо создать четкий механизм действия залогового правоотношения и, прежде всего, путем лаконичного законодательного закрепления этих правоотношений.

**Особенности юридической природы залогового правоотношения. Его содержание.**

В российском праве на протяжении последних десятилетий залог в силу своей практической невостребованности просто не исследовался. Залог как явление, присущее рыночной экономике и динамическому обороту, не мог найти применение в социалистическом плановом хозяйстве. Поэтому выявление сущности залогового правоотношения имеет важнейшее значение для определения содержания залога как правового института. Законодательная база, в области залоговых правоотношений непоследовательна и полна внутренних противоречий, поэтому важно, чтобы впредь нормативное регулирование залоговых правоотношений подкреплялось должной теоретической проработкой.

Особенность залога в сравнении с большинством других способов обеспечения исполнения обязательств состоит в том, что он носит вещно-правовой характер.

Прежде всего залог обладает наиболее характерным свойством вещных прав - правом следования, которое означает, что право как бы следует за вещью. Где бы ни находился предмет залога, в чьей бы собственности он ни находился, он будет предметом залога до прекращения основного обязательства.

В литературе под правом следования в отношении залога понималось также право истребования вещи от третьего лица. М.М. Агарков по этому поводу пишет, что залог "обладает, хотя и с некоторыми ограничениями, наиболее характерным свойством вещных прав - так называемым правом следования, то есть правом истребования заложенной вещи от третьего лица"[7]. Думается, однако, что по отношению к залоговому праву право следования выражается главным образом не вправе истребовать вещь от третьего лица, а вправе обратить взыскание на вещь, независимо от ее нахождения у первоначального залогодателя или у третьего лиц.

Наряду с правом следования залог обладает правом преимущества. Право преимущества состоит в том, что кредитор-залогодержатель вправе удовлетворить свои требования за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами соответствующего должника.

Несомненно, что присущие субъективному праву залогодержателя: право следования и право преимущества дают основания для отнесения залога к вещным правоотношениям. В то же время характерное для вещных прав понятие непосредственной и исключительной власти над вещью, составляющей прерогативу субъекта вещного права, не отражает сути ипотеки поскольку ее предмет не передается залогодержателю.

Никоим образом отнесение залогового правоотношения к вещным не объясняет и такого явления, как залог прав, давая тем самым возможность причислить его к обязательственным правоотношениям. "Вещность" залога существует лишь постольку, поскольку она в состоянии обеспечить основное обязательство. Поэтому спор о вещно-правовом или обязательственно-правовом характере залога должен быть решен в форме признания двойственной природы залога. Удачно эта мысль выражена у Д.А. Медведева: "Представляется, что выпячивание одного из элементов залогового права объединяет второе. Залог порождает два вида отношений - между залогодателем и залогодержателем, и между залогодержателем и вещью, то есть, с одной стороны, залог - это способ обеспечения обязательства должника путем установления относительной правовой связи с кредитором, а с другой - непосредственная правовая связь залогодержателя и вещи. Поэтому залог может быть охарактеризован как вещный способ обеспечения обязательства."[8].

Представляет интерес попытка уйти от классификации прав на вещные и обязательственные, и тем самым, иначе решить проблему определения юридической природы залога, предпринятая Л.А. Кассо [9]. Считая, что поскольку некоторые права никоим образом не могут быть причислены ни к одной, ни к другой категории, как например, авторское право, признанное абсолютным, он предлагал заменить разделение прав на вещные и личные другим - на абсолютные и относительные. Определение же залогового права выглядело так: "Залоговое право есть абсолютное право на уплату определенной суммы, направляемое против обладателя определенного имущественного объекта и осуществляющееся в виде исключительного права взыскания."[9].

Однако, данную попытку нельзя признать удачной, поскольку деление прав на вещные и обязательственные, и деление на абсолютные и относительные являются скорее взаимодополняющими, чем взаимоисключающими.

А.С.Звоницкий произвел обоснованный критический анализ теории Л.А. Кассо. Он писал, что право залогодержателя не может быть абсолютным, потому что одни из его элементов, право на уплату со стороны первоначального должника, относителен. Оно является абсолютным лишь по отношению к переменам в лице залогодателя, но никак не по отношению к "любому лицу, становящемуся в противоречие интересам управомоченного субъекта - ведь в число этих интересов входит и уплата со стороны первоначального должника, на которую абсолютное право залогодержателя требований простираться не может."

Иначе говоря, право залогодержателя на получение определенной суммы есть право относительное, направленное против обладателя определенного имущественного объекта, но оно защищается абсолютным правом преимущественного взыскания с этого объекта.

Таким образом, рассматривая залог как правоотношение с характерной юридической природой, отличающей его от иных типов правоотношений, следует признать, что преимущественность субъективного права залогодержателя состоит в правомочии удовлетворить свое требование первым среди других кредиторов данного должника, а также в абсолютном запрете любому лицу своим действием или бездействием уменьшить стоимость заложенного имущества.

Еще одной важнейшей проблемой залогового правоотношения, которая также не получила однозначной теоретической оценки, является вторичность залогового права.

Вторичность означает залоговое право не может возникнуть само по себе, и нуждается в наличии определенной причины для своего возникновения. Говорить, следовательно, о залоге, как о праве уже возникшем, можно только в предположении существования другого права, а именно - права требования, залогом этим обеспеченного!

В гражданском праве такой причиной являются обязательства, которые возникают или одновременно с залоговым правоотношением, или возникли ранее него, или должны возникнуть позднее. Основания возникновения такого обязательства, обычно называемого основным, не имеет значения и может быть различным: из договора, из причинения вреда, из неосновательного обогащения.

Подобная взаимосвязь основного обязательства и залогового правоотношения в литературе и в законодательстве получила различные названия. Это и акцессорность, и дополнительность, и производность, и придаточность, и условность.

Понимание акцессорности состоит в том, что акцессорные обязательства носят зависимый от главного характер и обслуживают главные обязательства, а потому всегда следуют их судьбе и, в частности, автоматически прекращаются с прекращением действия главных обязательств, ибо лишены самостоятельного значения.

На эту точку зрения стал законодатель, предусмотрев в п.4 ст.З Закона РФ "О залоге", что залог производен от обеспечиваемого им обязательства и существование прав залогодержателя находится в зависимости от судьбы обеспечиваемого залогом обязательства.

Однако следует отметить, что абсолютно бесспорной такая точка зрения не является. Так, Кагер и Дерибург признавали залог в качестве самостоятельного правоотношения, независимого от обязательства, по той причине, что предоставление собственником вещи другому лицу залога возможно помимо всякого обязательства, например, в виде дара. А.С. Звоницкий также отрицал акцессорный характер залога, указав на важнейшие свойства залога, не позволяющие считать, что только последний следует судьбе основного обязательства, а обратного явления не существует. Причина такого обратного явления - в возможности досрочного обращения взыскания на заложенное имущество при наступлении предусмотренных законом или договором условий.

В частности, в соответствии с Законом РФ "О залоге" это неисполнение залогодателем обязанностей по страхованию предмета залога и по принятию мер, необходимых для сохранения предмета залога (ст. 38). Перечень условий досрочного обращения взыскания был еще более расширен в статье 351 ГК РФ: добавились нарушение залогодателем правил о последующем залоге и распоряжении заложенным имуществом, а также нарушение одной из сторон залогового правоотношения обязанности по обеспечению другой стороне возможности проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения заложенного имущества.

Значит, залоговое правоотношение является вполне самостоятельным, но нуждающимся для своего возникновения и прекращения в сложном комплексе причин и условий, закрепленных соответствующим законодательством. Следовательно, можно говорить об условности, а не об акцессорности залогового права и в соответствии с реальными нормами действующего законодательства, и в соответствии с терминологией, предложенной теоретически обосновавшим это положение А.С. Звоницким. Эта позиция будет более гибкой, позволяющей использовать в российском праве неакцессорные формы залога.

Условность залогового правоотношения проявляется, во-первых, в обязательном наличии условия его возникновения (обязательства, обеспечиваемого залогом); во-вторых, в комплексе предусмотренных в договоре условий, которые служат причиной и основанием реализации залогодержателем и залогодателем своих правомочий в отношении объекта залога, в-третьих, в особой упорядоченности всей совокупности имеющихся условий.

Говоря о залоговом правоотношении, нельзя ни упомянуть о его содержании. Содержание любого правоотношения, в том числе и залогового, складывается из трех составляющих - объекта, субъекта и прав и обязанностей субъектов данного правоотношения.

Субъектами залогового правоотношения могут быть как физические и юридические лица вне зависимости от национальности или домицилия, так и государственные и административно-территориальные образования, обладающие гражданской правосубъектностью. Относительно оснований возникновения права на передачу имущества в залог Закон РФ "О залоге" предусматривает, что таковыми являются право собственности или право полного хозяйственного ведения на передаваемое в залог имущество (ст. 19). На предприятие, за которым имущество закреплено на праве полного хозяйственного ведения, действующим законом о залоге возложена обязанность получения согласия собственника этого имущества или уполномоченного им органа для осуществления залога предприятия в целом, его структурных единицу и подразделений как имущественных комплексов, так и отдельных зданий и сооружений. Учреждение же может передавать в залог имущество, в отношении которого оно в соответствии с законом приобрело право на самостоятельное распоряжение.

Необходимым условием развития ипотеки в России является равенство правового положения лиц - залогодержателей вне зависимости от того, является ли для них такой вид деятельности специальным. С этой точки зрения непонятно предоставление Основными положениями о залоге недвижимого имущества - ипотеки возможности выступать в качестве залогодержателя земельных участков только банкам, имеющим лицензию Центрального банка РФ на осуществление ипотечных операций (п.67.). Принципы частного права предусматривают в качестве общего правила необходимость обеспечения равного доступа всем субъектам права к любому имущественному объекту, в том числе и земельным участкам.

Субъекты залогового правоотношения, как физические, так и юридические лица, должны обладать необходимыми признаками для участия их в отношениях ипотеки, то есть обладать правосубъектностью. Если это физическое лицо, то оно должно обладать право и дееспособностью, а если это юридическое лицо, то оно должно иметь все признаки юридического лица, которые предусмотрены ст.49 ГК РФ 1994г. Когда от имени юридического лица выступает его филиал, то полномочия филиала должны быть надлежащим образом оформлены путем закрепления этого права в уставе или путем выдачи доверенности, иначе договор о залоге будет признан недействительным как заключенный ненадлежащим субъектом.

Так, в ВАС рассматривался спор между промышленно-торговым предприятием "Эра" и коммерческим банком "Тарханы" о признании недействительными заключенными между ними кредитных договоров и договора о залоге по тем основаниям, что они заключены филиалом банка от своего имени и в договорах не указана дата выдачи доверенности. В процессе рассмотрения этого дела выяснилось, что кредитные договоры и договоры о залоге имущества заключены филиалом коммерческого банка "Тарханы" в лице его директора, действующего на основании доверенности.

Доверенность директору филиала банка на право заключать от имени банка кредитные договоры и совершать иные сделки, соответствующие уставной деятельности банка выдана председателем правления коммерческого банка "Тарханы". На доверенности проставлена печать банка. При таких обстоятельствах отсутствие в тексте договоров даты совершения доверенностей, а также ссылки на то, что договоры оформлены от имени юридического лица, не может служить основанием для признания сделок недействительными.

У имущества, передаваемого в залог, может быть несколько собственников. Общая собственность может быть совместной и долевой. В отношении залога имущества находящейся в общей совместной и общей долевой собственности закон о залоге устанавливает разные режимы, но которые соответствуют общим классическим принципам гражданского права: имущество, находящееся в общей совместной собственности, может быть передано в залог только с согласия всех его собственников; залог же собственником своей доли в общей долевой собственности осуществляется им самостоятельно, (ст.7 Закона "О Залоге").

В заключение, хотелось бы отметить, что в ряде случаев право быть субъектом залоговых правоотношений может быть ограничено правовыми актами. Так, например, в соответствии с Указом Президента РФ от 7 окт.1992г. №1186 инвестиционные фонды не имеют право совершать залоговые сделки.

Определить понятие ипотеки через ее объект со ссылкой на нормативный акт до введение в действие ГК РФ было невозможно, т.к. Закон РФ "О залоге" просто не содержит такового. Статья 42 Закона определяет ипотеку, как залог предприятия, строения, здания, сооружения или иного объекта непосредственно связанного с землей, вместе с соответствующим земельным участком или правом пользования им. В то же время по смыслу Закона залог земельных участков ипотекой не является, поскольку статья 41 Закона, посвященная залогу земельных участков вынесена за пределы главы 2-й, регулирующей отношения ипотеки. Не является объектом ипотеки по данному закону и квартиры в многоквартирных жилых домах, так как они связаны с землей не непосредственно, а прочно, что противоречит законодательному определению ипотеки. Статья 40 Закона, определяющая правила залога гражданских воздушных, морских, речных судов, подвижного состава железных дорог и космических объектов, также вынесена за пределы главы об ипотеке. И только принятие Гражданского кодекса РФ как законодательного акта приоритетной силы по отношению к Закону РФ "О залоге" позволяет говорить об ипотеке, как о залоге именно недвижимого имущества, в том числе земельных участков, предприятий, зданий, сооружений и квартир.

Однако в соответствии со ст. 366 ГК РФ предметом залога, а следовательно, и ипотеки могут быть наряду с вещами и имущественные права (требования), за исключением требований неразрывно связанных с личностью. Предусмотрен залог прав и законом "О залоге", где в статье 54 говорится, что предметом залога могут быть принадлежащие залогодателю права владения и пользования, в том числе права аренды и другие права (требования), вытекающие из обязательств. Впервые эта норма была установлена Указом Президента СССР от 17 августа 1991 года "Об обеспечении залогом обязательств, возникающих при осуществлении иностранных инвестиций". Наибольшую актуальность данные положения имеют в отношении вещей, обладающих ограниченной оборотоспособностью. В первую очередь это относится к земельным участкам. Однако в Указе Президента РФ от 28 февраля 1996 года "О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования" указано, что право залога не распространяется на принадлежащее залогодателю право постоянного пользования земельным участком, на котором находится предприятие, здание или сооружение.

При залоге различных прав требования, в том числе и права аренды, необходимо учитывать условия договора, по которому к тебе перешли эти права, учитывая что предметом залога не могут быть требования, носящие личный характер, а также иные требования, залог которых запрещен законом.

Так, Президиум ВАС рассмотрел спор между акционерным обществом "Витабанк" и акционерным обществом закрытого типа "Лев" о передаче права аренды на нежилое помещение в счет исполнения договора залога. При рассмотрении спора было выяснено, что АОЗТ "Лев" получило спорное помещение в долгосрочную аренду по договору с агентством по управлению имуществом.

Договор аренды содержал ряд ограничений прав арендатора, в том числе в отношении использования помещения только по целевому назначению - под магазин для ведения хозяйственной деятельности в сфере обслуживания, а также в отношении сдачи нежилых площадей в субаренду. Таким образом, право аренды было обременено определенными обязанностями, возложенными на конкретного арендатора, которые носили личный характер, в связи с чем в соответствии с пунктом 2 статьи 4 Закона РФ "О залоге" не могли быть предметом залога.

В Основных положениях о залоге недвижимого имущества - ипотеке предусматривается, что ипотека может быть установлена на любое недвижимое имущество, которое залогодатель вправе продавать или отчуждать любым образом (п.4.). В то же время п.12 устанавливает, что закладная должна содержать точные наименования, принадлежащего залогодателю права, если таковое является предметом ипотеки, из чего косвенно вытекает, что права могут являться объектом залога недвижимости. Таким образом, современные тенденции законодательного процесса создают предпосылки для распространение правоотношения залога недвижимости на любые объекты. Выделение конкретных объектов и предметов залогового правоотношения в этой ситуации в основном имеет значение для установления степени усложненности оборотоспособности и учения некоторых особенностей прав и обязанностей сторон. Еще одним подтверждением такой позиции служит возможность распространения залога на вещи, которые могут быть приобретены залогодателем в будущем (ст.б). В этом случае, принципиально являясь залогом права, правоотношение тем не менее может возникнуть в форме, характерной для залога имущества.

Действующее залоговое законодательство предусматривает возможность установления залога на любое имущество, не исключенное из гражданского оборота, при условии, что оно может быть отчуждено залогодателем. Такой взгляд выглядит чрезмерно широким. Следует признать недопустимой сдачу в залог любого имущества, которое законом не исключено из гражданского оборота, так как создалась бы неразрешимая ситуация: принять имущество в залог можно, а реализовать его кредитору запрещено. В практическом применении к залогу недвижимости такое положение прежде всего осложняет возможность залога жилого дома с хозяйственными постройками или отдельных его частей, принадлежащего лицам, основным занятием которых является сельское хозяйство, так как этот случай попадает под действие ст. 369 ГПК РСФСР, поэтому в Законе "О Залоге" предусматривается, что предметом залога может быть имущество, на которое может быть обращено взыскание.

Итак, определение объекта залогового правоотношения в нормативных актах РФ нуждается в уточнении, в преодолении противоречий, которые существуют между действующими в России нормативными актами.

При характеристике прав и обязанностей сторон при залоге недвижимости законодатель обращается к классической формулировке, использованной еще римскими юристами. Поэтому объем прав и обязанностей залогодержателя и залогодателя в действующих нормативных актах определяется примерно одинаково.

Особенностью правового закрепления прав и обязанностей сторон в залоговом правоотношении является неоправданное расширение количества диспозитивных норм по сравнению с императивными. Так, в действующем Законе РФ "О залоге" общей нормой ч.1 ст.20 является дозволение залогодателю осуществлять принадлежащее ему правомочие распоряжения объектом залога, но часть 2 этой же статьи, предусмотрев, что отчуждение заложенного имущества возможно только с переходом к новому залогодателю основного долга, обеспеченного залогом, практически лишила залогодателя возможности самостоятельно реализовать продекламированное в предыдущей части право. Кроме того неясно, как должна применяться эта норма в случае, когда залогодатель и должник по основному обязательству не совпадают в одном лице. Не улучшило, а только усложнило эту ситуацию положение статьи 346 Гражданского кодекса РФ, предусмотревшей в качестве общего правила возможность залогодателя распоряжаться предметом залога только с согласия залогодержателя. Помимо того, что основным принципом залогового правоотношения должна являться свобода осуществления залогодателем любого из правомочий в отношении принадлежащего ему имущества, возникает и внутренняя непоследовательность: возможность последующего залога является общим правилом (п.2 ст.342 ГК), в то время как право залогодателя распоряжаться предметом залога без согласия залогодержателя - факультативно (п.2 ст. 346 ГК).

Представляется, что все эти противоречия нужно преодолеть, закрепив основные элементы залогового правоотношения, составляющие его сущность с помощью императивных норм, а весь остальной массив отношений между субъектами и отношение их к объекту должны регулироваться диспозитивно.

С точки зрения системности прав и обязанностей субъектов залогового правоотношения можно выделить такие группы правомочий залогодержателя и залогодателя.

Право залогодержателя на объект залога. Это право на объект залог, как таковой, обеспечивает залогодержателю сохранение исключительных прав при любом переходе предмета залога к третьим лицам. В соответствии с этим залогодержатель имеет право:

1) проверять по документам и фактически наличие, размер, состояние и условия хранения предмета ипотеки;

2) требовать от залогодателя принятия мер, необходимых для обеспечения сохранности предмета ипотеки;

3) требовать от любого лица прекращение посягательства на предмет ипотеки, угрожающего ему утратой, повреждением или иным ухудшением его состояния.

Право залогодержателя на информационное сопровождение залога. Этому праву соответствует обязанность залогодателя вести книгу записи залогов, в обязательном порядке и своевременно информировать всех заинтересованных лиц о залоговом обременении предмета, сообщать залогодержателю о всех изменениях, произошедших с предметом залога и с состоянием правомочий собственника.

Право залогодержателя на получение материального удовлетворения. Это право включает в себя такие возможности залогодержателя: заранее установить основания обращения взыскания на заложенное имущества; принять санационные меры в отношении предприятия; обратить взыскание на предмет залога; обратить взыскание на иное имущество должника.

Право залогодержателя на защиту своих интересов с использованием средств, предоставляемых законом. К этому праву относятся предусмотренные законодательством гарантии и способы защиты субъективного права залогодержателя.

Право залогодателя в отношении объекта ипотеки заключается в сохранении правомочий владения, пользования и распоряжения им.

Право залогодателя на досрочное исполнение основного обязательства.

Право залогодателя на проведение процедуры обращения взыскания в соответствии с законом и условиями договора.

Право залогодателя на защиту своих интересов законом. Благодаря этому праву залогодатель получает возможность использования предусмотренных законом средств защиты своих интересов.

Соответствующие этим правам залогодатель имеет обязанности:

1) страховать за свой счет от рисков утраты и повреждения предмет ипотеки в полной его стоимости, а если полная стоимость предмета ипотеки превышает размер обеспеченного ипотекой требования, - на сумму не ниже этого размера;

2) принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности предмета ипотеки;

3) немедленно уведомлять залогодержателя о возникновении угрозы утраты или повреждения предмета ипотеки;

4) истребовать предмет ипотеки из чужого незаконного владения.

В заключении характеристики содержания залогового правоотношения, хотелось бы отметить те основания, в результате которых возникают данные правоотношения. ГК РФ 1954г. (ст.334) и Закон РФ "О залоге" (ст.З) предусматривают два основания - договор и закон. Причем закон, предусматривающий возникновение залога, должен содержать указание на то, в силу какого обстоятельства и какое именно имущество должно обременяться ипотекой. Такие указания содержатся, например, в ст. 587 ГК РФ, где говорится, что при передаче под выплату ренты земельного участка или иного недвижимого имущества получатель ренты в обеспечение обязательства плательщика ренты обретает право залога на это имущество.

В качестве теоретического примера для установления на основании закона именно залога как правоотношения, где залогодатель сохраняет возможности владения, пользования и распоряжения заложенным имуществом, можно представить некоторые имущественные правоотношения, в частности, выдачу ссуды на строительство или ремонт жилого или производственного помещения. Однако учитывая, что установленное таким образом залоговое правоотношение не подкрепляется реальным волеизъявлением залогодателя, следует отметить, что единственным способом, позволяющим при возникновении залогового правоотношения максимально отразить интересы сторон и использовать весь арсенал предоставляемых для этого данным правоотношением возможностей, является заключение договора.

Итак, в данной главе были рассмотрены как теоретические, так и некоторые практические вопросы залогового правоотношения, были выявлены некоторые проблемы законодательного определения субъектов и объектов данного правоотношения, но конкретную характеристику ипотеки можно дать только через призму законодательных актов об ипотеке в РФ, причем теоретические предпосылки, изложенные выше, станут той базой, на которой формируется действующее законодательство.

**2.3. Законодательство рф об ипотеке.**

Ипотека в России не имеет необходимой правовой базы, поэтому ее развитие несколько замедленно. Панацеей от всех может стать закон "Об ипотеке", проект которого уже принят Государственной Думой в июле 1995 г. в первом чтении. Однако анализ уже существующей правовой базы залога недвижимости показывает, что и без такого закона ипотечный бизнес может развиваться в России.

Основным законодательным актом, регулирующим залоговые правоотношения, является принятый 29 мая 1992г. закон РФ "О залоге". Принятие этого закона вызвало много прений. Несмотря на то, что регламент Верховного Совета РСФСР не предусматривал третьего чтения, законопроект был принят только после него. Прямые противоречия убрали, сделали терминологию более или менее единой, но кардинальные недостатки этого закона остались.

Закон "О залоге" является специальным нормативным актом, все его нормы посвящены регулированию залога, в том числе и отдельному его виду - ипотеки.

Понятие ипотеки в законе отражается ограничено, так как залог земельных участков выведен за пределы главы об ипотеке и поэтому его регулирование возложено не на гражданское, а на земельное законодательство; не предусматривает закон и ипотеку квартир, а ипотеке предприятия посвящена одна статья, которая также не отражает всего механизма залога этого вида имущества. Закон "О залоге" позволяет также закладывать права на землю с разрешения владельца, что очень сложно в условиях России, где в городских районах продажа земли, находящейся в муниципальной собственности, строго ограничена, а большая часть земельных участков передается в аренду.

Говоря о законе "О залоге", можно отметить, что, в принципе он создает основу для ипотечного кредитования. Необходимые статьи в нем есть. Но в настоящее время очень важные положения Закона фактически не действуют, и происходит это по причине недостаточной отработанности различных процессуальных вопросов в данном документе, а зачастую и полного отсутствия механизма исполнения его конкретных положений. Например, не отработана процедура обращения взыскания на находящееся в ипотеке предприятие, не описал механизм регистрации залога, что затрудняет и оттягивает на довольно долгое время саму процедуру.

Существует неясность в статье о последующем залоге уже заложенного имущества. По закону такой залог возможен. Также в статье сказано, что "требования последующего залогодержателя удовлетворяются из стоимости предмета залога после удовлетворения требований предшествующего залогодержателя". Залогодержатель также обязан сообщать каждому последующему залогодержателю обо всех существующих залогах данного имущества. Но, где гарантия, что последующий залогодержатель получит полную и исчерпывающую информацию о залоге? Он, в принципе, может почерпнуть ее из так называемой книге записи залога, которую законодатель обязан вести, но делается ли это на самом деле?

Вопросу о залоге строящихся объектов фактически в Законе место не отведено. Раскрывая понятие ипотеки в статье 42 Закона, законодатель наряду с конкретным перечнем имущества, залог которого является ипотекой, упоминает и об иных объектах. Вероятнее всего, сюда и относятся строящиеся здания и сооружения. Между тем, вопрос об их залоге представляется достаточно нелегким, так как использование их в таком качестве вплотную будет зависеть от режима пользования земельным участком, на котором строится объект.

Недостатком закона "О залоге" является также то, что он не содержит ключевых позиций для функционирования ипотечной системы жилья. В частности, не определено, какой орган должен вести ипотечные книги; остается открытым вопрос о целесообразности и порядке принятия в залог единственной жилой площади заемщика, на которой он проживает. Не отрегулирован порядок залога земельного участка, находящегося под зданиями и сооружениями, и приобретения земельного участка под строительством.

Из перечисленных выше недостатков закона "О залоге" можно сделать вывод, о том что требуется внесения изменений в данный закон, он должен быть принят в новой редакции. В дальнейшем с принятием специальных законов об отдельных видах залога, в том числе и об ипотеке, необходимость существования данного Закона сойдет на нет, так как все общие положения залогового правоотношения урегулированы ГК РФ 1994г. Но процедура принятия этих законов затягивается, поэтому целесообразнее в настоящий момент устранить тот минимум недостатков, который существует в действующем законе о залоге.

Лаконичным дополнением к закону "О залоге" стал приинятый в 1994г. Гражданский Кодекс РФ. который частично устранил недостатки, которые имел выше указанный закон.

Часть 1 ГК РФ по-иному подходит к понятию ипотеки, относя к ее предмету земельные участки, предприятия, здания, сооружения, квартиры и иное недвижимое имущество. Таким образом, поставлен знак равенства между понятием ипотека и залог недвижимости. Более сложное понятие ипотеки, содержащееся в законе "О залоге", в настоящее время утратило силу вследствие противоречия ГК РФ.

Гражданский кодекс РФ как акт, подробно регулирующий общие вопросы гражданского права, применяет правила залога к ипотеке, в той мере, в какой специальными правилами, содержащимися в главе, регулирующие залоговые правоотношения, и теми, которые будут содержаться в законе об ипотеке, не будет установлено иное. Это значит, что приоритет отдается специальным правилам.

Среди правил об ипотеке, являющихся действительно новыми и важными, следует выделить несколько. Прежде всего, это правила, содержащиеся в статье 340 ГК РФ, в ее пунктах третьем, четвертом и пятом. В них решается, в значительной мере императивно, довольно трудный вопрос о соотношении залога земельного участка с судьбой или с залогом находящихся на нем строений, зданий и сооружений.

Первое правило, содержащееся в пункте третьем, императивное и не предусматривает исключений, гласит, что залог здания или сооружения допускается только с одновременным залогом (ипотекой) той части земельного участка, на которой это здание или сооружение находится, или права на соответствующую часть земельного участка, которая обеспечивает возможность самостоятельной эксплуатации этого здания или сооружения. Возможность залога здания или сооружения, "висящего в воздухе", закон исключает, и такой договор о залоге, если он будет заключен, очевидно, должен признаваться недействительным.

На практике формальное применение данного положения ГК РФ могло бы привести к признанию большинства договоров ипотеки ничтожными сделками, ибо в нашей стране в результате приватизации образовалось много участников имущественного оборота, являющихся собственниками зданий, сооружений, строений, которые в поисках кредитных ресурсов закладывают принадлежащие им объекты недвижимости, не смотря на то, что не являются собственниками земли. Причем такие действия не могут быть признаны неправомерными, поскольку в силу статьи 209 ГК РФ они вправе как собственники по своему усмотрению распоряжаться соответствующими объектами недвижимости, в том числе и путем передачи их в залог.

Содержащиеся в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ разъяснения помогают нам разрешить этот вопрос.[10]

Правило о совместном залоге здания (сооружения) и соответствующего земельного участка применяется в тех случаях, когда залогодатель обладает правом собственности или правом аренды земельного участка, на котором расположено здание (сооружение), являющееся предметом ипотеки. В тех же случаях, когда залогодатель не является собственником или арендатором земельного участка, на котором расположено закладываемое здание или сооружение, он вправе заключить договор ипотеки только на здание (сооружение). Такой договор будет соответствовать действующему законодательству. Права залогодателя, а при обращении взыскания на здание или сооружение - и права покупателя на земельный участок будет определяться, исходя из статьи 37 ЗК РФ, согласно которой при переходе права собственности на строение, сооружение или при передачи их другим юридическим лицам или гражданам вместе с этими объектами переходит и право пользования земельными участками.

Иначе Кодекс относится к случаям, когда закладывается земельный участок, на котором находится здание или сооружение. В четвертом пункте статьи 340 ГК РФ говорится, что право залога не распространяется на находящиеся на заложенной земле здания или сооружения, если в договоре не установлено иное условие. Но, если стороны в договоре ничего иного не установили и договорились о залоге только земельного участка, ничего не сказав о судьбе здания или сооружения, которое на нем находится, то при обращении залогодержателем (банком, кредитором) взыскания на земельный участок для эксплуатации этого здания или сооружения должна быть оставлена свободной от взыскания соответствующая часть участка, которая необходима для его нормального функционирования. Очевидно, как минимум, должна быть оставлена площадь под зданием и должен быть оставлен хотя бы какой-то проход к нему. Поэтому при залоге земельных участков, на которых уже построено, сооружено чего-либо, нужно быть очень осторожным. Залогодержатель может получить меньше того, на что он рассчитывает, потому что собственнику здания должна быть оставлена определенная часть этой земли, которая необходима для использования здания в соответствии с его целевым назначением. Иначе говоря, земельный участок, на который обращается взыскание, обременен сервитутом.

И, наконец, третий случай - когда закладывается земельный участок, на котором находится здание и сооружение, не принадлежащее собственнику этого участка. В этом случае при обращении взыскания на земельный участок залогодержатель становится на место собственника - залогодателя. К нему переходят все права и обязанности по отношению к собственнику здания.

Гражданский кодекс РФ предусматривает определенные исключения в области залога для собственника земельного участка. Согласно статье 260 части 1 ГК лица, имеющие в собственности земельный участок, вправе отдавать его в залог и распоряжаться иным образом постольку, поскольку соответствующие земли на основании закона не исключены из оборота или не ограничены в обороте. Если же речь идет о землях сельскохозяйственного и иного назначения, то пользование земельными участками, отнесенными к таким землям, может осуществляться в пределах, определяемых их целевым назначением. (Данные положения относятся к главе 17 части 1 ГК РФ, которая вводится в действие со дня введения в действие принятого Государственной Думой Федерального Собрания РФ Земельного Кодекса РФ.)

Общее правило о том, что залогодателем может быть только собственник имущества, находит свое подтверждение и в норме о том, что лицо, которому земельный участок принадлежит на праве пожизненного наследуемого владения, не вправе передавать его в залог, хотя владелец такого участка имеет определенные права на распоряжение им - может предавать участок в аренду, в безвозмездное срочное пользование, но совершение сделок, которые могут повлечь отчуждение земельного участка не допускается.

Гражданским Кодексом РФ не урегулирован вопрос о регистрации недвижимого имущества. Он лишь предусматривает необходимость издания закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с недвижимым имуществом, проект которого уже принят Государственной Думой.

Итак, ГК РФ 1994г. установил подробные общие правила о залоге, не забыв и о таком виде залога, как ипотека. Но Гражданский Кодекс, нося универсальный, общий характер, не мог подробно урегулировать весь механизм ипотеки, он устранил только те недостатки закона "О залоге", которые вызывали на практике наибольшее количество вопросов.

Характеризуя российское законодательство об ипотеке, необходимо остановиться на анализе Основных положений о залоге недвижимого имущества - ипотеке, принятого Распоряжением заместителя Председателя Совета Министров -Правительства РФ от 22 декабря 1993г. Положение разработано Исследовательским центром частного права, носит рекомендательный характер и в какой-то мере проясняет различные вопросы ипотеки. Расширяются и разъясняются некоторые понятия.

Так, по данному положению "залогодателем может быть как должник, так и третье лицо", что закон "О залоге" не предусматривает. Второй немаловажный момент: конкретно указана форма договора об ипотеке, что ранее также не было зафиксировано в Законе. Четко сказано, что договор об ипотеке заключается в виде закладной. Кроме того, дан перечень реквизитов (всего их 13), которые должны присутствовать в закладной. Таким образом определяется сама форма договора об ипотеке.

Так как в настоящий момент единой порядок регистрации недвижимого имущества в РФ не установлен, "Положение" предусматривает временные правила регистрации. Для определенных видов ипотек предусмотрены соответствующие государственные органы, осуществляющие регистрацию, предусмотрен и порядок ее осуществления.

В пункте, указывающем на виды ипотек, есть один интересный аспект, об ипотеке имущества, находящегося в общей совместной собственности (без определения доли каждого из собственников).Это тесно связано с понятием кондоминиума, как формы права собственности или владения на правах собственника. Важнейшей особенностью этого определения является индивидуальное владение отдельными площадями на правах собственности, в то время как места общего пользования и оборудование, необходимое для обслуживания площадей, относящееся к индивидуальной собственности, находится в совместном ведении.

И в "Положении" четко определяется, что на имущество подобного рода ипотека устанавливается лишь при наличии письменного согласия всех собственников (это важно для коммерческих структур, так как кондоминиум как форма собственности используется не только применительно к жилищному фонду, но также кондоминиумы могут создаваться и для эксплуатации служебных и коммерческих, а также промышленных зданий и недвижимости смешанного назначения, когда часть площадей используется для жилищных, а часть- для коммерческих целей.

"Положение" освещает достаточно трудный вопрос залога жилых помещений. И здесь немного сглаживаются юридические противоречия данного вопроса. Так, в данном документе предусмотрено , что в ипотеку может передаваться только жилой дом (квартира), принадлежащей залогодателю на праве собственности, причем залогодержателем могут быть только банки и другие кредитные учреждения, имеющие специальную лицензию. Продажа заложенного дома (квартиры) на публичных торгах не является основанием для выселением покупателем проживающих в этом жилом доме (квартире) залогодателя и членов его семьи.

Между собственником, приобретшим жилой дом (квартиру), и проживающим в нем такими лицами заключается договор аренды жилого помещения на условиях, обычных для данной местности. Лица, проживающие в жилых домах(квартирах) на условиях договора найма, договора аренды не подлежат выселению при продаже заложенного дома (квартиры) с публичных торгов. Ранее заключенный с ними договор найма жилого помещения, договор аренды на проживание сохраняет силу. Такие лица имеют право на преимущественную покупку занимаемого ими жилого помещения. Таково хотя бы какое-то приемлемое разрешение противоречий правовых норм.

Значительно расширяют "Положения" и особенности ипотеки предприятий. В соответствующем разделе об этом есть практически все, начиная с детального состава заложенного имущества, чего нет в законе "О залоге". Особенно ценно здесь то, что .вопервых, дан нормируемый минимум суммы денежного обязательства, обеспеченного ипотекой (оно должно составлять не менее половины стоимости активов предприятия); во-вторых, определен минимальный срок договора об ипотеке (точнее срок возвратности кредита по договору) -1 год, и в-третьих, указана основа, на которой определяется состав имущества и оценка его стоимости (это полная инвентаризация имущества предприятия, проводимая независимым аудитором; при этом акт инвентаризации, бухгалтерский баланс и заключение независимого аудитора о составе и стоимости имущества предприятия являются обязательными приложениями к закладной). И, надо сказать, что все эти три позиции во многом (с юридической точки зрения) снижают риск предоставления кредитов под залог имущества, что сегодня очень важно.

Подробно в "Положениях" изложены правила, применяемые к ипотеке земельных участков, находящихся в собственности граждан и юридических лиц. Но ипотека по ним допускается лишь для обеспечения использования кредитных договоров, связанных непосредственно с осуществлением или развитием сельскохозяйственного производства.

Говоря в общем об "Основных положениях о залоге недвижимого имущества -ипотеке", следует признать, что с принятием этого документа в качестве закона, законодательная база значительно усилится, что создаст основу для более широкой практики ипотечного кредитования многими банками и другими кредитными учреждениями. Но данный документ до сих пор не принят, а проект закона "Об ипотеке" был разработан не на основе этого документа.

В целях повышения эффективности ипотеки и сделок с недвижимостью Президент РФ издал 28 февраля 1996г. Указ "О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования". Этот

Указ издан для временного регулирования рассматриваемых отношений ввиду отсутствия предусмотренного п.2 ст.334 ГК РФ закона об ипотеке, впредь до его принятия.

Согласно данному Указу при предоставлении кредита на сооружение жилого дома в договоре об ипотеке может быть предусмотрено обеспечение обязательства квартирами, незавершенным строительством вместе с заготовленными для него материалами и оборудованием, принадлежащим залогодателю.

Не может быть предметом ипотеки часть недвижимого имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения, кроме квартир в многоквартирных жилых домах. Не допускается ипотека участков недр, особо охраняемых природных территорий, а также иного имущества, изъятого из оборота, многоквартирных и индивидуальных жилых домов и квартир, находящихся в государственной или муниципальной собственности, а также имущества, в отношении которого в установленном федеральным законом порядке приватизация запрещена.

Решает Указ и вопрос о залоге жилого помещения (квартиры), в котором проживают залогодатель, собственник этого помещения и члены его семьи. Здесь он солидарен с "Основными положениями о залоге недвижимости - ипотеки", но носит не рекомендательный, а обязательный характер - в случае обращения взыскания на такое жилое помещение собственник и члены его семьи не подлежат выселению. Следует заметить, что в силу данного положения, хотя право собственности, являющееся основанием для проживания самого залогодателя, и прекращается в результате обращения взыскания, за ним, как и за членами его семьи, сохраняется право на последующее проживание. Хотя такая позиция подвергается критике, как идущая вразрез с положениями о собственности[11], однако она представляется наиболее приемлемой для данных случаев. Дело в том, что прекращение права собственности на основании права залога носит особый характер. Залогодатель должен быть застрахован от того, что он потеряет и право проживания.

Но если договор залога был заключен в обеспечение кредита для строительства нового жилого помещения, то из этого помещения указанные лица в случае обращения взыскания на данное помещение могут быть выселены в судебном порядке.

Подтверждает Указ и правило о том, что здания, сооружения непосредственно связанные с землей закладываются только с одновременной ипотекой земельного участка, на котором они находятся, либо залогом принадлежащего залогодателю права на этот участок. Но право залога не распространяется на принадлежащее залогодателю право постоянного пользования земельным участком, на котором находится предприятие, здание или сооружение, что противоречит ст. ЗЗ6 ГК РФ и ст.54 Закона "О залоге".

Указ Президента от 28.02.96. не решает проблему права кредитора распоряжаться кредитным договором, то есть он не способствует созданию вторичного рынка ипотечных кредитов.

Вопрос о государственной регистрации данный Указ не решает, то есть он не устанавливает ни ее процедуру, ни орган, который будет регистрировать договор об ипотеке. Тем не менее, Указ Президента определяет форму, по которой будет проводиться государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Таким образом. Указ Президента РФ от 28 февраля 1996г. "О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования" №293 стал тем единственным специализированным актом, нормы которого полностью посвящены, регулированию ипотечных отношений, вплоть до принятия закона "Об ипотеке". Он создает вместе с законом "О залоге" и ГК РФ правовую базу для развития ипотечного кредитования в РФ.

Характеризуя законодательство РФ об ипотеке, необходимо сказать несколько слов об Указе Президента РФ от 10 июня 1994г. №1180 "О жилищных кредитах"[12]. в соответствии с которым было принято положение "О жилищных кредитах". Положение устанавливает порядок предоставления банками на территории РФ юридическим и физическим лицам кредитов на строительство жилья, а также на приобретение жилья при условии залога недвижимого имущества(ипотека).

Предметом залога в соответствии с положением могут быть готовые и не завершенные строительством жилые дома и квартиры, а также жилые дома и квартиры, подлежащие капитальному ремонту и реконструкции, в частности, при обеспечении залогом строительных банковских кредитов, земельный участок под строительство.

Решение о предоставлении строительного кредита принимается банком - кредитором на основании кредитной заявки заемщика, в которой указывается цель и срок использования кредита, форма его обеспечения и перечень документов, подтверждающих кредитоспособность заемщика.

Этим Указом было положено начало для кредитования в жилищной сфере.

Помимо нормативных актов, принятых высшими органами государственной власти, правовое регулирование ипотеки осуществляется ведомственными нормативными актами. Особый интерес представляют два документа Госкомимущества России: письмо от 2 сентября 1992г. № ДВ-17/5851 "О согласовании залога(заклада) государственного имущества" и распоряжение от 21 апреля 1994г. №890-р"0б утверждении временного положения о согласовании залоговых сделок".

Первый документ исходил из следующих принципиальных положений. Во-первых, не допускался залог объектов недвижимости, если эти объекты подлежали приватизации в соответствии с Государственной программой приватизации. Во-вторых, сделка по залогу государственного имущества допускалась только при отсутствии в договоре о залоге ряда условий. В-третьих, залог государственного имущества допускается только после получения согласия Госкомимущества России, которое оформляется специальным распоряжением. В-четвертых, не допускаются сделки по закладу государственного имущества.

Дальнейшее развитие положения, связанного с залогом государственного имущества, получили в другом документе - Временном положении о согласовании залоговых сделок. Но положения этого документа "не распространяются на договоры об ипотеке" (п. 1.3). Это положение выглядит несколько противоречиво: П.1.1. документа говорит о том, что федеральное предприятие, за которым государственное имущество закреплено на праве полного хозяйственного ведения, осуществляет залог предприятия в целом, его структурных единиц и подразделений как имущественных комплексов, а также отдельных зданий и сооружений с согласия соответствующего комитета по управлению государственным имуществом. Но залог предприятия, здания или сооружения является ипотекой. Поэтому представляется возможным применение этого Положения и к ипотеке.

Среди других ведомственных нормативных актов моно назвать Письма Роскомзема, например, Письмо Роскомзема № 221/199 от01.02.96г. "О залоге земельных участков". В соответствии с которым Роскомзем рекомендует комитетам по земельным ресурсам и землеустройству регистрировать сделки залога земельных участков при условии их надлежащего оформления в соответствии с действующим законодательством.

Все вышеперечисленные нормативные акты действуют на всей территории Российской Федерации. Но существует пакет нормативных актов, регулирующий залог недвижимости на территории города Москвы. Так, в соответствии с Распоряжением Москомимущества от 4 ноября 1993г. №950-р в приложении к нему был принят договор о закреплении за государственным предприятием государственного имущества на праве полного хозяйственного ведения, в соответствии с которым государственное предприятие не имеет права без согласия собственника использовать государственное имущество в качестве залога. Пределы прав предприятия по распоряжению имуществом, в том числе и внесение его в качестве залога, устанавливается договором о закреплении имущества (Примерный устав государственного (муниципального) предприятия, утвержденный распоряжением мэра Москвы от 4 февраля 1993г. №47-РМ).

Организация, за которой закреплена недвижимость (нежилые помещения), находящиеся в собственности Москвы, на правах полного хозяйственного ведения или безвозмездного пользования не имеет права осуществлять залог имущества на условиях, предусматривающих его передачу залогодержателю, а также другие действия, которые могут повлечь за собой отчуждение государственной собственности(контракты о закреплении недвижимости (нежилых помещений), находящихся в собственности Москвы, на правах полного хозяйственного ведения, оперативного управления и безвозмездного пользования, приложение к постановлению Правительства Москвы от15 марта 1994г. №213).

Урегулирован в актах города Москвы и такой актуальный в настоящее время вопрос, как залог мест общего пользования членами кондоминиума. Долговые обязательства жилищного товарищества собственников жилых помещений (включая залог объектов совместного пользования) являются обязательствами всех входящих в него собственников квартир. Приговор суда о принудительном удержании имущества жилищного товарищества за долги означает удержание квартир. (Основы образования и деятельности в городе Москве товариществ собственников жилых помещений, утверждено постановлением Правительства Москвы от 6 апреля 1993г.).

В 1996г. в Москве принят ряд нормативных актов, направленных на развитие ипотечного кредитования, в частности в жилищной сфере.

Например, Постановление Правительства Москвы "О целевых накопительных жилищных вкладах и кредитовании жилищного строительства" от 5 марта 1996г. №201 [13] и принятое в соответствии с ним "Положение о льготном кредитовании и финансировании жилищного строительства на основе целевых накопительных жилищных вкладов и кредитов" предусматривает новую у нас и достаточно развитую за рубежом систему льготного жилищного кредитования путем открытия специальных накопительных счетов. Целевой накопительный жилищный вклад открывается в учреждениях Банка путем заключения соответствующего сберегательного жилищного контракта между вкладчиком и Банком. Срок накопления средств на Вкладе должен составлять не менее 1 года, в течение которого вкладчик обязан накопить средства в размере не менее 30% от стоимости приобретаемого жилья на момент оформления кредитного договора. Учреждение Банка по требованию вкладчика выдает ему справку об остатке средств на вкладе для предъявления в Департамент муниципального жилья, который предлагает вкладчику на выбор квартиру в жилых домах, предназначенных на продажу в текущем году и заключает с вкладчиком договор -обязательство. При наличии данного договора и средств на вкладе гражданин имеет право обратиться в учреждение Банка по месту нахождения вклада за получением целевого льготного кредита на покупку жилья. В качестве гаранта возвращения кредита на покупку жилья Банк принимает в залог ликвидное недвижимое имущество, принадлежащее заемщику на праве собственности, в том числе приобретаемую квартиру.

Итак, данное постановление устанавливает четкий механизм ипотечного кредитования в Москве, используя опыт зарубежных стран в этом вопросе.

В городе Москве приняты также ряд нормативных актов, касающихся регистрации сделок с недвижимостью, но правовой анализ этих актов будет проведен позднее.

Охарактеризовав основные нормативные акты о залоге недвижимости, можно сделать вывод о необходимости принятия закона "Об ипотеке", который устранит недостатки действующего законодательства и урегулирует наиболее спорные вопросы ипотеки. Но принятие такого закона еще невозможно, так как он может появиться после многолетней обкатки его практикой, которой у нас, к сожалению, не хватает.

**3. Оформление залога недвижимости.**

**3.1. Договор залога недвижимости. Его условия.**

Оформление ипотеки в настоящее время вызывает много проблем и трудностей, так как это довольно громоздкая и сложная процедура. Закон "О залоге" в качестве основания возникновения залогового правоотношения по поводу недвижимости предусматривает наличие юридического состава, то есть связанной системы юридических фактов. Такую систему составляют заключение договора в письменной форме, нотариальное удостоверение договора и государственная регистрация залога.

Форма договора о залоге определяется законодательством места его заключения. Но из этого правила установлено исключение для зданий, сооружений, предприятий, земельных участков, залог которых определяется по законодательству РФ, если они находятся на территории России. Российским же законодательством определяется форма договора залога зарегистрированных в РФ гражданских, морских, речных судов, подвижного состава железных дорог, космических объектов.

Законодательство РФ подробно определяет содержание договора об ипотеке. Необходимо отметить достаточно обширный, по сравнению с другими гражданско-правовыми договорами, перечень условий договора о залоге недвижимости, которые признаются существенными. Значение существенных условий всякого договора заключается в том, что договор не может считаться заключенным, если сторонами не достигнуто соглашение по каждому из них (ст. 432 ГК РФ.). К разряду существенных условий договора об ипотеке относятся: предмет залога, его оценочная стоимость, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой.

В случаях, когда залогодателем является должник в основном обязательстве, условия о существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспеченного залогом, следует признавать согласованными, если в договоре залога имеется отсылка к договору, регулирующему основное обязательство и содержащему соответствующие условия.

Предмет ипотеки определяется в договоре указанием его наименования, места нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием. Так, при ипотеке жилых домов и квартир должна быть дана их индивидуальная характеристика как в целом, так и жилых, вспомогательных помещений в них и их инженерного оборудования в отдельности.

В договоре об ипотеке должны быть указаны право, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и орган государственной регистрации прав на недвижимое имущество, зарегистрировавший это право залогодателя.

Оценочная стоимость предмета ипотеки определяется по соглашению залогодателя с залогодержателем и указывается в договоре в денежном выражении, при этом оценочная стоимость земельного участка не может быть установлена ниже его нормативной цены.

К договору ипотеки земельного участка должна быть приложена копия чертежа границ этого участка, выданная соответствующим комитетом по земельным ресурсам и землеустройству.

Стороны договора об ипотеке могут поручить оценку предмета ипотеки коммерческой организации оценщиков, в частности, это могут делать риэлторские фирмы.

Обязательство, обеспечиваемое ипотекой, должно быть названо в договоре об ипотеке с указанием его величины в денежном выражении, основанием его возникновения и прекращения и сроком исполнения. Если величина обеспеченного ипотекой обязательства подлежит определенно в будущем, должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее определения.

Если обеспечиваемое ипотекой обязательство подлежит исполнению по частям, в договоре об ипотеке должны быть указаны сроки (периодичность) соответствующих платежей и их размеры ибо условия, позволяющие определить эти размеры.

В договоре об ипотеке может быть предусмотрено, что ипотека обеспечивает требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения за счет заложенного имущества, либо в фиксированной сумме. Если в договоре указана общая фиксированная сумма требований залогодержателя обеспеченных ипотекой, обязательства должника перед залогодержателем в объеме, превышающем эту сумму, не считаются обеспеченными ипотекой.

Договоры о залоге отдельных видов недвижимого имущества имеют свои особенности. В частности, согласно письму Госкомимущества России от 2 сентября 1992 года № ДВ-17/585/ в договоре о залоге государственных предприятий должны были отсутствовать следующие условия:

- о переходе к залогодержателю, а также третьим лицам прав собственности, аренды, владения на предмет залога;

- об отчуждении, сдаче в аренду, реализации предмета залога при обращении на него взыскания в порядке и условиях, противоречащих законодательству РФ о приватизации;

- о переводе долга залогодателем третьему лицу;

- об удовлетворении требований залогодержателя третьими лицами;

- о последующем залоге уже заложенного имущества;

- о включении представителей залогодержателя в руководящие органы предприятия, об ограничении прав распоряжения произведенной продукцией и иным имуществом предприятия.

В основных Положениях о залоге недвижимого имущества - ипотеке предусматривается принятие договора об ипотеке в виде закладной и указываются основные ее реквизиты, которые в целом соответствуют тем условиям договора об ипотеке, которые были перечислены выше.

По закладной допускается уступка права залогодержателя другому лицуй тем самым уступка прав по обеспеченному соответствующей ипотекой основному обязательству, которая осуществляется путем совершения на закладной нотариально удостоверенной именной передаточной надписи в пользу нового залогодержателя.

Представляется, что такая позиция законодателя должна стать общепризнанной, так как совершение договора ипотеки в виде закладной и передачи прав по ней создает основу для развития ипотечного кредитования в России, ведь закладную можно рассматривать в качестве ценной бумаги. Интересно, что проект закона "Об ипотеке" предусматривает заключение договора об ипотеке как в традиционной форме, без передачи прав залогодержателя другим лицам, так и в форме закладной, являющейся ценной бумагой. Эта позиция, по моему мнению, представляется наиболее верной, так как на сегодняшний ^день высокая обращаемость ценных бумаг, имеющих вещную обеспеченность, актуальна только для особой категории залогодержателей, осуществляющих кредитование под залог в качестве профессиональной деятельности. Обычный залогодержатель не заинтересован помимо выполнения формальностей, связанных с нотариальным заверением договора и государственной регистрацией права на недвижимость, еще и в дополнительном оформлении закладной как ценной бумаги. Ведь уступка права требования конкретному лицу может быть произведена и в договорном порядке.

Нотариальное удостоверение договора об ипотеке.

В соответствии с ч.2 п.2 ст.339 ГК РФ договор о залоге недвижимого имущества подлежит обязательному нотариальному удостоверению. Ранее аналогичное требование закреплялось в Законе о залоге РФ.

Нотариальное удостоверение договора об ипотеке совершается в соответствие с принятыми Верховным Советом РСФСР II февраля 1993 года Основами законодательства о нотариате и Инструкцией о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами, которая утверждена приказом Министра Юстиции РСФСР от 6 января 1987 года № 01/1601.

Техника оформления договора ипотеки в нотариате довольно проста, но тем не менее, количество этих сделок, удостоверяемых у нотариуса невелико - в месяц оформляется 2-3 договора об ипотеке на одну нотариальную контору. Так как условия ипотеки невыгодны для людей, возвращать приходится в 5-10 раз больше денег, чем взяли в кредит.

Однако с возрастанием в России роли ипотечного кредитования, с установлением более гибкого механизма предоставления кредита, на более длительный срок и под меньшие проценты возрастет и количество сделок, удостоверяемых в нотариате.

Согласно Основам законодательства о нотариате договор ипотеки может удостоверяться как в частных, так и в государственных нотариальных конторах (исключительно по месту нахождения недвижимого имущества). К его оформлению применяются общие правила удостоверения сделок у нотариуса.

Для оформления ипотеки в нотариальную контору должны явиться два лица: лицо, которое дает имущество под залог (залогодатель), и лицо, которое принимает имущество (залогодержатель) со своими документами, с паспортами, подтверждающие удостоверение личности. Нотариус должен проверить эти документы и обязательно выяснить, способно ли лицо, совершающее сделку, понимать значение своих действий или руководить ими, не заблуждается ли оно в отношении сделки, нет ли обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения сторон или стечения тяжких обстоятельств. Кроме того, нотариус обязан разъяснить лицу, совершающему сделку его права, обязанности, ответственность и главное - последствия совершаемого нотариального действия с тем, чтобы юридическая неосведомленность не могла быть использована ему во вред. Это является одной из существенных гарантий охраны прав и законных интересов граждан и юридических лиц.

При удостоверении договора ипотеки нотариус обязан выяснить дееспособность физических лиц, заключающих этот договор. Если имеются основания предполагать, что кто-либо из участников сделки вследствие душевной болезни или слабоумия не может понимать значения своих действий и руководить ими либо вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими веществами ставит сою семью в тяжелое материальное положение, а сведений о признании лица недееспособным или ограниченно дееспособным не имеется, нотариус откладывает совершение сделки и выясняет, не выносилось ли судом решения о признании лица недееспособным или ограниченно дееспособным. При отсутствии такого решения нотариус сообщает о своем предположении одному из лиц или одной из организаций, указанных в статье 258 ГПК РСФСР, способных поставить перед судом вопрос о признании лица недееспособным или ограниченно дееспособным, а также просит сообщить ему о принятом решении. В зависимости от принятого этим лицом (организацией) решения нотариус либо совершает сделку, либо приостанавливает ее совершения до рассмотрения дела судом.

При удостоверении договора ипотеки, где одна из сторон - юридическое лицо, нотариус обязан проверить его правоспособность.

Юридическое лицо действует на основании устава, либо учредительного договора и устава, либо только учредительного договора. Нотариус требует предъявить указанные документы и проверяет, чтобы совершаемая сделка соответствовала целям деятельности предусмотренным в учредительных документах юридического лица и не выходила за пределы полномочий, предусмотренных данным уставом или положением.

Если устав подлежит регистрации нотариус до удостоверении договора ипотеки проверяет выполнение данного требования закона.

Дееспособность юридических лиц следует из их правоспособности и поэтому специально не проверяется. Но поскольку юридические лица вступают в сделки через свои органы, нотариус требует от руководителей юридических лиц, выписки из протокола об их избрании, распределение обязанностей между ними. В других случаях руководители юридических лиц, совершающие сделки, представляют нотариусу документы, подтверждающие их должностное положение. Если от имени юридического лица действуют другие лица, например, представители правлении, то проверяются их полномочия на совершение данной сделки по уставу. Если по нему таких полномочий представителем не предоставлено, то сделка будет считаться недействительной.

Так, например, в Президиуме ВАС РФ рассматривался протест Председателя ВАС РФ на решение ВАС Республики Саха о признании недействительным договора о залоге имущества, заключенного между банком "Инфробанк" и ФОЗТ "ЯПВТИ".

Между коммерческим банком "Инфробанк" и АОЗТ "ЯПВТИ" был заключен договор залога имущества общества в обеспечение возврата кредита. Договор залога со стороны залогодателя подписан председателем правления акционерного общества, действующим, как указано в договоре, на основании устава. Между тем, как усматривается из устава АОЗТ "ЯПВТИ", председатель правления не наделен полномочиями совершать такие сделки, Следовательно, договор о залоге недвижимого имущества. нужно считать недействительным.

При удостоверении договора ипотеки, субъектами которого являются юридические лица, нужно также руководствоваться нормативными актами, регулирующими деятельность отдельных юридических лиц, так как в них указывается в отдельных случаях к компетенции какого органа относятся принятие решение о залоге имущества. На практике договор ипотеки, заключенный на основании решения некомпетентным органом юридического лица должен быть признан недействительным.

Так, ВАС[14] РФ рассматривается спор между Курганским банком Сбербанка России и акционерным обществом "Фирма "Курганоблонаб" о недействительности сделок по кредиту и залогу недвижимого имущества. При заключении предприятия заемщика представил в банк доказательства наличия у него полномочий на заключение таких сделок, а именно протокол общего собрания акционеров от 24.06.94 о делегировании совету директоров права распоряжения имуществом акционерного общества, составляющим более 10% его активов.

Однако в силу статьи 103 ГК РФ вопросы, отнесенные законом об акционерных обществах к исключительной компетенции общего собрания акционеров, не могут быть переданы им на решение исполнительных органов общества. Законом также не предусмотрена возможность делегирования полномочий общего собрания акционеров совету директоров.

Согласно Типовому уставу АООТ к исключительной компетенции собрания акционеров относится принятие решений о порядке, сдаче в аренду или ином распоряжении имуществом общества, составляющим более 10% его активов. В связи с этим договор залога не соответствует требованиям закона и эта сделка является ничтожной.

После проверки правосубъектности лиц, заключающих договор ипотеки, нотариус требует представления ими правоустанавливающих документов, подтверждающих право собственности на то или иное закладываемое имущества. Если это жилой дом или квартира, то это могут быть:

- справка жилищного или жилищно-строительного кооператива о том, что пай на квартиру членом кооператива выплачен полностью;

- договор передачи квартиры в собственность граждан;

- договор дарения, купли-продажи, свидетельство о праве на наследство, если квартира или жилой дом ранее отчуждались или передавались по наследству;

- решение суда по гражданскому делу о признании за истцом права собственности на квартиру или жилой дом;

- свидетельство о праве собственности на квартиру или жилой дом.

Документами, устанавливающими права на земельные участки являются:

- решения, постановления, распоряжения, принимаемые органом, в компетенции которого находится право принятия данного правового акта;

- договор продажи недвижимости;

- договор продажи предприятий;

- договор купли-продажи (купчая) гражданами земельных участков для ведения личного подсобного и дачного хозяйства, садоводства и индивидуального жилищного строительства;

- договор купли-продажи земельного участка при приватизации государственных и муниципальных предприятий, расширении и дополнительном строительстве этих предприятий, а также предоставленного гражданам и их объединениям для предпринимательской деятельности;

- договор дарения;

- свидетельство о праве собственности на земельный участок

- свидетельство о праве на наследство.

Кроме правоустанавливающих документов, в обязательном порядке должны быть представлены документы, подтверждающие стоимость закладываемого имущества. В случаях, когда закладываются жилые дома или квартиры, таким документом является справка БТИ, если такой оценки нет, то по их страховой оценке. Земельные участки оцениваются соответствующими комитетами по земельным ресурсам и землеустройству, но не ниже нормативной цены земли. Оценка недвижимости, сделанная названными организациями, - минимальная, залоговая же стоимость недвижимости может быть и иной, но не должна быть менее той, что указана в страховой оценке, справке БТИ, либо в оценке земельного комитета. Залоговая стоимость может превышать в несколько раз первоначальную стоимость и устанавливается по соглашению сторон.

При удостоверении договора ипотеки, кроме перечисленных выше документов, нотариус проверяет отсутствие запрещений отчуждения или ареста, о чем делается отметка на экземпляре договора, оставляемом у нотариуса.

Залог жилого дома(части дома) или квартиры, находящейся в общей совместной собственности, может быть удостоверен только с согласия всех собственников. Залог собственником своей доли в общей долевой собственности не требует согласия остальных собственников. Собственник жилого дома или квартиры решает вопрос о сдаче их в залог по собственному усмотрению. При залоге жилых домов и квартир, в которых проживают несовершеннолетние лица, имеющие право постоянного пользования жилыми помещениями в них, должно быть получено предварительное согласие органа опеки и попечительства в порядке п. 4 ст. 292 ГК РФ, как и при отчуждении жилых домов и квартир.[15] Когда залогодателем выступает один из супругов, то согласно п.З ст.35 Семейного Кодекса РФ для совершения сделки по залогу недвижимости необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга. Супруг, чье нотариально удостоверенное согласие на совершение указанной сделки не было получено, вправе требовать признания сделки недействительной в судебном порядке в течение года со дня, когда он узнал или должен был узнать о совершении данной сделки.

Если договор о залоге заключается в связи с удостоверением договора купли-продажи жилого дома (части дома), квартиры с рассрочкой платежа и у нотариуса имеются соответствующие документы, вторично эти документы не истребуются.

После проверки всех перечисленных документов, нотариус удостоверяется в правильности составления проекта договора ипотеки, в наличии всех перечисленных выше условий данного договора, или сам составляет проект этого договора. Текст договора ипотеки должен быть написан четко и ясно, относящиеся к содержанию документа числа и сроки обозначены хотя бы один раз словами, а наименование юридических лиц - без сокращений, с указанием адресов их органов, фамилия имя отчество граждан, их места жительства должны быть написаны полностью. Договор об ипотеке составляется не менее чем в двух экземплярах, один из которых остается в делах нотариальной конторы.

Нотариус придает юридическую силу данному договору путем совершения удостоверительной надписи на документе, содержание и форма которой утверждается Министерством Юстиции. Удостоверительная надпись содержит сведения о дате и месте совершения нотариального действия, характере действия, фамилию и инициалы нотариуса, регистрационный номер, отметку о взыскании пошлины, подпись нотариуса.

При удостоверении договора ипотеки какие-либо сделки в отношении заложенного имущества, в частности купли - продажа, не допускаются. Поэтому о заложенном имуществе в нотариальной конторе и других соответствующих органах (БТИ) делается отметка о запрещении отчуждения указанной недвижимости в связи с заключением договора залога на весь период до момента расчета кредитора с залогодателем. Наложение запрещения производится путем надписи об этом по установленной форме на договоре о залоге. О наложении запрещения по договору о залоге нотариальная контора сообщает БТИ, осуществляющему регистрацию строения.

Наложение запрещения отчуждения регистрируется в реестре запрещений, а также в алфавитной книге учета запрещений и ареста.

Помимо регистрации договора ипотеки в этих реестрах, данный договор регистрируется, как и все нотариальные действия, в реестре по форме №1, в который заносятся следующие факты:

- порядковый номер нотариального действия;

- дата совершения нотариального действия;

- наименование лиц, для которых совершено нотариальное действие, место их жительства:

- документы, удостоверяющие их личность;

- сумма, взысканной государственной пошлины;

- расписка в получении нотариально оформленного документа.

За удостоверение договора ипотеки нотариус взимает государственную пошлину, которая определяется в соответствии с законом РФ "О государственной пошлине" 1991 года и равняется 1,5% от суммы .залога плюс дополнительно 1% от стоимости закладываемого имущества, если проект договора залога составляет нотариус.

**3.3. Регистрация ипотеки.**

Договор ипотеки вступает в силу после его государственной регистрации. Это положение закрепляется в ряде нормативных актов - в ГК РФ, законе РФ "О залоге", в Основных положениях о залоге недвижимого имущества - ипотеке. Но ни один из этих актов не установил единого порядка регистрации объектов недвижимости, вернее в Основных положениях эта попытка была сделана, но они так и не вступили в силу. А залог недвижимости не может нормально существовать и развиваться пока не налажена регистрация недвижимого имущества и сделок с ним. Так на практике суды постоянно сталкиваются с ситуацией, когда одно и тоже имущество закладывается 3, 4, 5 раз в разные банки, под него получаются ссуды, и никто из банков не знает о том ,что он является 3-м, 4-м, или 5-м залогодержателем. И пока такое положение сохраняется, всегда отношение к залогу недвижимости будет очень настороженное.

ГК РФ предусматривает, что регистрация будет производиться органами юстиции в едином государственном реестре. Но так как опыт становления систем регистрации в других странах свидетельствует, что формирование соответствующего реестра представляет собой сложный и длительный процесс, законодатель счел необходимым в статье 7 Федерального закона "О введение в действие части 1 ГК РФ" подчеркнуть необходимость сохранения действующего порядка регистрации недвижимого имущества и сделок с ним впредь до вступления в силу специального закона.

Так как все объекты недвижимого имущества прочно связаны с землей, то вполне естественно, что для достижения целей, для которых вводится регистрация ипотеки, необходима единая система учета прав на земельные участки. В числе нормативных актов, посвященных этой проблеме, следует отметить Указ Президента РФ от II декабря 1993г. №2130. В нем, в частности, предусматривается необходимость единой системы регистрации и оформления документов о правах на недвижимость. Организация ведения земельного кадастра, регистрации прав на недвижимость возлагалась данным указом на Комитет РФ по земельным ресурсам и землеустройству и его территориальные органы на местах. Кроме того, Роскомзему и Госкомимуществу РФ совместно с Государственно-правовым управлением Президента РФ предписывалось в месячный срок представить проект положения о поземельной книге и порядке ее ведения. А также проект Указа Президента РФ о Комиссии при Президенте РФ по вопросам недвижимости и предложения по созданию единой системы регистрации недвижимости.

Только в августе 1994г. в соответствии с Указом Президента РФ от II декабря 1993г. и постановлением Правительства РФ от 25 августа 1992г. "О совершенствовании ведения государственного земельного кадастра в РФ" Комитет РФ по земельным ресурсам и землеустройству подготовил и направил для использования в практической работе на местах следующие документы: Методические указания о государственной регистрации прав граждан и юридических лиц на земельные участки и прочно связанную с ними недвижимость; Методические указания о регистраторе прав на земельные участки и прочно связанную с ними недвижимость;

Структуру и содержание поземельной книги для регистрации прав на земельные участки и прочно связанную с ними недвижимость, письмо Комитета РФ по земельным ресурсам и землеустройству от 31 августа 1994г.№ 2-14/1316).

В соответствии с этими документами все права на недвижимость подлежали обязательной государственной регистрации в поземельной книге. Поземельная книга определялась в Методических указаниях о регистрации прав граждан и юридических лиц на земельные участки и прочно связанную с ними недвижимость как "главный (основной) районный(городской) документ системы регистрации прав на недвижимое имущество, в котором содержаться сведения юридического характера, касающиеся прав на недвижимое имущество". В соответствии со ст. 12 поземельная книга должна содержать все необходимые сведения для однозначного определения прав на земельные участки и прочно связанные с ними объекты недвижимости и должна являться единственным источником информации, который служит основой для определения существующих прав на недвижимое имущество для граждан, юридических лиц, судебных органов и органов управления. Особо подчеркивалось, что правила ведения поземельной книги являются едиными для всей России.

Регистрация прав на недвижимость должна осуществляться в районном Отделе по регистрации прав граждан и юридических лиц на земельные участки и прочно связанные с ними объекты недвижимости. Отдел, согласно указаниям, должен возглавлять регистратор прав на земельные участки и прочно связанную с ними недвижимость, который по должности является первым заместителем председателя районного комитета по земельным ресурсам и землеустройству.

Статья 28 указанного документа специально посвящалась регистрации залога. В соответствии с этим регистрация залога должна осуществляться на основании документов, содержащих информацию о сроках и условиях залога, а также о недвижимости, являющейся предметом ипотеки(включая чертеж сдаваемой части участка или объекта недвижимости).

Однако в самом тексте документа отмечалось, что указанные документы действуют как временные до принятия Земельного кодекса, ГК РФ и Закона РФ "О регистрации прав собственности на недвижимость". Тем самым пробел в праве в сфере регистрации прав на недвижимость пока не ликвидирован и не может быть ликвидирован по крайней мере до принятия специальных законов, в том числе и предусмотренных частью 1 ГК РФ, после принятия которого Комитет РФ по земельным ресурсам и землеустройству в письме от 6 января 1995г.№ 2-21/27 сообщил, что до введения в действие Закона "О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" применяется действующий порядок регистрации недвижимого имущества и сделок с ним, установленный перечисленными выше правилами. В связи с принятием 28 февраля 1996 г. Указа Президента РФ "О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования" Правительство РФ приняло постановление от 15 апреля 199бг.№475 "Об утверждении положения о структуре и порядке учета кадастровых номеров объектов недвижимости и порядка заполнения форм государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним". В соответствии с этим постановлением определяется порядок присвоения кадастрового номера объектам недвижимости, что является необходимым условием осуществления государственной регистрации прав на недвижимость и позволяет однозначно определить объект недвижимости. Кадастровый номер имеет иерархическую структуру - от номера субъекта РФ до номера конкретного объекта недвижимости. В целях систематизации процесса присвоения кадастровых номеров их учет ведется в специальном журнале, в котором указывается кадастровый номер объекта, его местоположение и наименование правообладателя. Кадастровый номер объекта недвижимости остается неизменным в течение всего времени существования объекта недвижимости. Кроме того, данным постановлением устанавливается порядок заполнения форм государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Формы заполняются органами, осуществляющими регистрацию и оформление документов о правах на соответствующие объекты недвижимости и являются источником юридически значимой информации для определения прав на недвижимое имущество. Формы организуются в виде картотеки или книги, разделенной на блоки, содержащие сведения о регистрации прав на объекты недвижимости в пределах одного земельного участка.

Таким образом, все перечисленные нормативные акты не восполняют пробел в действующем российском законодательстве, связанный с ипотекой и ее регистрацией, хотя и затрагивают многие ее проблемы.

В настоящее время регистрация ипотеки в РФ производиться следующими органами: по земельным участкам территориальными органами Комитета РФ по земельным ресурсам и землеустройству; по жилым домам и квартирам - Бюро технической инвентаризации района(города, района в городе), по предприятию - органом, осуществляющим регистрацию этого предприятия; по другому недвижимому имуществу - органом, проводящим регистрацию этого имущества.

При ипотеке земельного участка вместе с находящимися на нем зданиями и сооружениями государственная регистрация ипотеки производится органом, осуществляющим регистрацию ипотеки земельного участка, который обязан передать сведения о регистрации ипотеки, органу проводящему регистрацию соответствующих зданий и сооружений.

На регистрацию ипотеки представляется заявление залогодержателя, договор ипотеки, документы, названные в договоре в качестве приложения к нему, доказательства уплаты государственной пошлины за регистрацию. Кроме того, когда объектом залога выступает государственное предприятие необходимо согласие соответствующего Государственного комитета по управлению имуществом.

Регистрационная запись включает сведения о залогодателе, информацию о предмете ипотеки, указания на наличие предшествующих ипотек, срок действия ипотечного обязательства.

В случае необоснованного отказа в регистрации ипотеки заинтересованное лицо вправе обжаловать незаконное действие в суд по месту нахождения органа, осуществляющего регистрацию.

Орган, осуществляющий регистрацию ипотеки, обязан предоставлять информацию заинтересованным лицам о произведенном действии. Данная информация предоставляется в соответствии с Указом Президента РФ "Об утверждении Порядка предоставления информации о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" от 27 августа 1996г.№ 1270. В соответствии с этим Указом информация о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним предоставляется в соответствии с законодательством РФ заинтересованным в ее получении пользователям - гражданам, юридическим лицам, а также органам государственной власти и органам местного самоуправления. Предоставление информации о регистрации осуществляется на основании письменного запроса, в котором указываются наименование объекта недвижимости, его местоположение, наименование заявителя. Информация предоставляется любым заинтересованным субъектам за плату, а правоохранительным, судебным и налоговым органам бесплатно.

Орган, осуществляющий регистрацию залога недвижимости, обязан выдавать залогодержателю и залогодателю свидетельства о регистрации, а также выписки из реестра по запросу залогодержателя, залогодателя и других заинтересованных лиц. За выполнение этих действий взимается государственная пошлина в следующих размерах:

- гражданам - двукратный размер минимального размера оплаты труда за каждое действие;

- юридическим лицам - пятикратного размера минимального размера оплаты труда за каждое действие;

- за предоставление выписки из реестра государственной регистрации договора об ипотеке - 50 % от минимального размера оплаты труда.

Государственная пошлина уплачивается в рублях в банки(их филиалы), а также путем перечисления сумм государственной пошлины со счета плательщика через банки на счет местного бюджета. Государственная пошлина уплачивается плательщиком до предоставления соответствующих документов на регистрацию. Документ, подтверждающий уплату государственной пошлины предоставляется плательщиком в орган, осуществляющий регистрацию.

Такой порядок регистрации предусматривается нормативными актами Российской Федерации, однако многие субъекты РФ принимают и вводят в действие свои правила регистрации договоров о залоге. Так, Московским правительством было принято постановление от 20 сентября 1994г. №788 "О введении на территории Москвы единой системы регистрации залога и единого реестра договоров залога", направленное на усиление контроля над кредитными операциями предприятиями всех организационно-правовых форм.

В данном постановлении речь идет о своеобразной "двойной" регистрации залога имущества, подлежащего государственной регистрации. В первую очередь в соответствии с Законом о залоге государственная регистрация залога соответствующего имущества возложена на органы, которые осуществляют регистрацию самого имущества. А затем с целью сведения воедино всей информации о залоге имущества, подлежащего регистрации, данным постановлением введен единый реестр договоров залога, держателем которого является Московская регистрационная палата.

Данным положением подробно урегулирована процедура регистрации залоговой сделки. Вначале в регистрирующий орган представляются соответствующие документы(заявление, договор ипотеки, документы, прилагаемые к нему), при получении которых этот орган формулирует регистрационную запись, присваивает заявлению и комплекту документов учетный номер, оформляет бланк свидетельства о регистрации залога и направляет документы вместе с бланком свидетельства о регистрации держателю Единого залогового реестра. Держатель залогового реестра присваивает свидетельству о регистрации залога номер(код) Единого залогового реестра и оформляет его за подписью и печатью держателя Единого залогового реестра, формирует из поступивших документов архивное дело, вносит в Единый залоговый реестр под вышеуказанным номером(кодом) соответствующую запись и передает регистрирующим органам в срок непозднее двух рабочих дней с момента поступления документов держателю Единого залогового реестра окончательно оформленное свидетельство о регистрации залога, передает сведения о регистрации залога недвижимости в Москомзем, а также в иные органы по месту расположения территориально обособленных подразделений предприятия, организации.

Наконец, регистрирующий орган по получении от держателя Единого залогового реестра свидетельства о регистрации ипотеки наносит номер Единого залогового реестра на договор ипотеки, вносит соответствующую обязательную регистрационную запись в ведомственный реестр, формирует из поступивших документов архивное дело, выдает договор об ипотеки, оформленное свидетельство о регистрации залога залогодержателю, его копию - залогодателю.

Таким образом, в Москве появилась двухуровневая структура регистрации залога, состоящая из собственно регистрирующих органов и держателя Единого залогового реестра, что является изобретением правительства Москвы. Если исходить из буквального положения Закона о залоге, касающегося регистрации залога, то Единый залоговый реестр становится излишним. Если же при этом еще обратиться к ст.2 Закона о залоге, в которой сказано, что отношения залога, не урегулированные Законом о залоге, регулируются иными актами законодательства РФ, то соответствующее положение может рассматриваться в качестве выходящего за пределы компетенции правительства Москвы.

Помимо этого акта правовое регулирование регистрации договоров ипотеки на уровне г. Москвы осуществляется с помощью следующих нормативных актов:

Положением о Московском земельном комитете, утвержденное распоряжением мэра Москвы от 21 июля 1993г., согласно которому Москомзем обеспечивает и ведет регистрацию всех, заключаемых на территории г. Москвы залоговых операций на земельные участки;

Постановление правительства Москвы от 27 апреля 1993г.№415 "О государственной регистрации залога жилых помещений, принадлежащих гражданам или юридическим лицам на праве собственности", согласно которому Департаменту муниципального жилья вменено в обязанность проводить госрегистрацию залога жилых помещений и выдавать свидетельство о регистрации, форма которого утверждена в приложении к данному постановлению:

Приказ Москомимущества №10-п от 5апреля 1996года "О регистрации сделок о залоге недвижимого имущества", согласно которому регистрация этих сделок временно возлагается на Управление реестра собственности.

В противовес нормативным актам города Москвы в Тверской области была сделана попытка создать систему регистрации залога, предусматривавшую единого держателя реестра залогов и единую регистрирующую организацию - областной комитет по управлению имуществом.

В Санкт-Петербурге государственная регистрация осуществляется комитетом по земельным ресурсам и землеустройству исключительно после государственного учета объекта недвижимости или одновременно с ним в соответствии с Инструкцией о порядке прохождения документов при регистрации договоров залога, утвержденная приказом комитета по земельным ресурсам и землеустройству от 30 мая 1996г.

Проведенный анализ дает основания для вывода о том, что порядок государственной регистрации залога объектов недвижимого имущества в том виде, как он закреплен в действующем законодательстве, еще не вполне соответствует реальным условиям хозяйствования при рыночных отношениях. Поэтому проблемы совершенствования этого порядка, повышения его эффективности продолжают оставаться весьма актуальными.

Наиболее актуальной проблемой является большое количество регистрирующих органов, их несовпадение между собой в различных субъектах РФ, что далеко не способствует защите прав залогодателя и залогодержателя. Поэтому целесообразно в законодательном порядке закрепить единый орган, осуществляющий регистрацию ипотеки - в этом качестве могут выступать органы юстиции. Однако и эта позиция вызывает возражения. И, прежде всего, это связано с тем, что органы юстиции на местах имеются только на областном уровне, а в республике местные органы юстиции вовсе отсутствуют. К тому же фактическая реализация этой идеи представляется трудно выполнимой в связи с сложностями, возникающими при регистрации сделок с земельными участками. Сейчас эту работу ведут местные земельные органы. Имеет ли смысл эту, требующую особой квалификации функцию возлагать на вновь создаваемые особые органы регистрации. Мое мнение, что это наиболее подходящий путь, так как существование единого органа регистрации на всей территории РФ позволит устранить те препятствия, которые тормозят развитие ипотечных отношений в РФ. Ведь наличие единого органа регистрации, а не сети разрозненных органов - гарантия и защита прав залогодателя и залогодержателя, так как информация о всех объектах недвижимости будет сосредоточена в одном источнике.

В целях совершенствования системы регистрации ипотеки целесообразно также:

1) установить единый российский реестр регистрации залогов недвижимости;

2) унифицировать правила государственной регистрации ипотеки и ввести единые образцы закладных и свидетельств о регистрации (возможен переход от свидетельств о регистрации к отметкам о государственной регистрации залога на закладных);

3) ввести уведомительную систему регистрации ипотеки - при ее функционировании регистрирующий орган лишь ставится в известность о залоге недвижимости в установленной форме с приложением экземпляра закладной);

4) уменьшить размер государственной пошлины за регистрацию договоров об ипотеке и ввести регрессивную шкалу исчисления государственной пошлины в зависимости от цены договоров о залоге недвижимости.

Все эти рекомендации, которые должны привести к более быстрой реализации права на государственную регистрацию, к исключению необоснованных в ней отказов, должны обеспечиваться и устанавливаться специальным законом. В основу этого закона должны быть положены принципы регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Представляется целесообразным ограничиться рассмотрением лишь 6 принципов.

Центральное место среди них занимает принцип специальности, основное содержание которого заключается в необходимости обеспечить укрепление прав относительно строго определенного недвижимого имущества путем занесения его в поземельную книгу. Немаловажное место занимают принципы обязательности и гласности, которые обозначают обязательное занесение всех прав на недвижимое имущество в поземельную книгу и доступность этой книги всем лицам, имеющим интерес ознакомиться с ее содержанием. Принципы достоверности и бесповоротности означают, что, во-первых, данные поземельной книги должны соответствовать реальному правовому положению недвижимого имущества, и, во-вторых, внесенные в поземельную книгу данные предполагаются заведомо правильными. Последним принципом регистрации недвижимости выступает принцип старшинства, согласно которому внесенные в поземельную книгу права должны осуществляться в порядке времени их занесения, если иное не установлено законом. Как справедливо отмечал американский профессор Вильям Батлер, регистрация ипотеки на Западе вводилась преимущественно для того, чтобы точно определить приоритет между кредиторами. Если этого не происходит, то инвесторы не могут узнать, пользуются ли другие кредиторы приоритетом перед ними. Поэтому этот принцип является наиболее важным для регистрации ипотеки.

Все эти принципы нашли свое выражение в Федеральном Законе РФ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним", принятого Государственной Думой 19 июля 1996г. Данный закон не подписан Президентом РФ и в настоящее время согласительная комиссия работает над уточнением отдельных его положений.

Закон от19 апреля 1996г. определяет порядок регистрации всех объектов недвижимости и сделок с ним, за исключением таких объектов недвижимого имущества как воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты. В соответствии с этим законом государственная регистрация проводится на всей территории РФ по установленной системе записей каждого объекта недвижимого имущества в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество. Регистрация осуществляется учреждениями юстиции по месту нахождения объекта недвижимости в пределах района( города). Закон также определяет форму удостоверения государственной регистрации в виде совершения на договоре специальной надписи. Важно, что устанавливаются требования к регистрации отдельных договоров, в том числе и договора ипотеки. Регистрация ипотеки проводится на основании заявления залогодателя или залогодержателя после государственной регистрации вещных прав залогодателя на недвижимое имущество. К заявлению залогодателя или залогодержателя прилагается договор об ипотеке вместе с указанными в договоре документами. В государственной регистрации ипотеки может быть отказано в случаях, если ипотека указанного в договоре недвижимого имущества не допускается в соответствии с законодательством РФ и если содержание договора об ипотеке или прилагаемых к нему необходимых документов не соответствует требованиям регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Таким образом. Федеральный Закон "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" отразил в себе все те положения, которые необходимы для нормального функционирования системы регистрации в России и соответственно для развития ипотечного кредитования.

Подводя итог рассматриваемой в данной главе проблеме оформления договора ипотеки, необходимо отметить, что две основные стадии этого процесса - нотариальное удостоверение и регистрация -лаконично дополняют друг друга. Ведь регистрация ипотеки дабы считаться законной, то есть публично гарантировать надежность юридической процедуры, должна основываться на нескольких существенных и обязательных элементах:

1)Формальные требования: аутентичность документов, а именно договора ипотеки, в том смысле, что они не должны оставлять сомнений относительно подлинности подписей договаривающихся сторон, дееспособности сторон, соответствия договора предписаниям закона;

2)существенный элемент - отчуждающий субъект действительно обладает правом собственности и его осуществлению не препятствуют положения закона или иные обязательства.

Контроль за наличием всех указанных элементов должен осуществляться заслуживающим доверия лицом, не связанным с договаривающимися сторонами, а именно нотариусом. Следовательно, нотариальное удостоверение договора ипотеки занимает доминирующее положение в оформлении этого договора, тогда как регистрация придает ему полную силу юридического документа, уделяя большее значение формальной стороне этого вопроса.

**3.4. Специфика операций ипотечных банков по залогу недвижимости.**

Залогом недвижимости могут быть обеспечены любые обязательства, но чаще всего такими обязательствами являются кредитные, в которых основными субъектами являются банки и другие специализированные кредитные учреждения. И именно эти учреждения являются инструментом ипотечного кредитования в Росси и за рубежом.

Важной проблемой получения ипотечного кредита на современном российском рынке недвижимости является ликвидность объекта недвижимости (предмета залога). Сегодня абсолютно ликвидными на рынке недвижимости являются только квартиры, поэтому особая роль в ипотечном кредитовании принадлежит кредитованию в жилищной сфере как под залог вновь приобретаемых квартир, так и имеющихся в собственности залогодателя. Но оно осложнено несколькими обстоятельствами. Во-первых, это высокие и нестабильные темпы инфляции, которые определяют потенциально значительный риск процентных ставок при долгосрочном кредитовании. Во-вторых, риск жилищного кредитования, связанный с возможностью официального использования жилищной собственности в залог, увеличивается также и в связи с недостаточной юридической проработанностью вопроса об обращении взыскания банком на заложенное имущество в случае невозврата клиентом кредита. В-третьих, отсутствует опыт ипотечных операций, а существование в настоящее время 2500 коммерческих банков привело к созданию плохо контролируемой и, очевидно, не слишком надежной системы. Однако, не смотря на все проблемы, прогресс в развитии жилищного кредитования достигнут. Интерес банков к этим вопросам объясняется существующим уже сегодня реальным платежеспособным спросом на долгосрочные жилищные ссуды и предвидением в будущем огромного рынка для ипотечных кредитов и осознанием того, что именно сегодня можно занять хорошую позицию для получения в будущем своей доли на этом рынке.

В результате было создано несколько новых институтов, имеющих в своих названиях словосочетание "ипотечный банк". Кроме того, 12 августа 1993г. в России была создана Ассоциация ипотечных банков. Она зарегистрирована в Москве как общественная, то есть некоммерческая организация, имеющая образовательные и иные профессиональные цели. Ассоциация создана четырнадцатью учредителями, десять из которых представлены банками, по инициативе Акционерного ипотечного банка и Санкт-Петербургского Ипотекобанка. К осуществлению ипотечных операций с жильем помимо специфических ипотечных банков могут быть привлечены универсальные, для которых ипотека не главный вид операций, ипотечные компании, инвестиционные банки, сберегательные банки.

Надо отметить, что выполнение коммерческими банками ипотечных операций может производиться только на основании лицензии, выданной Центральным банком РФ, которая может быть отозвана им в случае нарушения банковского законодательства, нормативных актов Банка России, проведения рискованной кредитной политики. Так по перечисленным выше основаниям приказом ЦБ РФ № 02-271 от 03.11.95. была отозвана лицензия на совершение банковских операций у Московского кредитно-залогового коммерческого банка "Рэм-банк".

Итак ипотечные банки в РФ созданы, но в процессе своей деятельности они сталкиваются с огромным количеством проблем. Необходимо обратить внимание на основной вид риска, связанный с ипотечным кредитованием - на риск невозврата кредита. Как можно защититься от этого? В российской практике были случаи, когда через суд заемщика выселяли за невыплату кредита и процентов по нему. Но это было связано с большими сложностями. Возможен и другой вариант - обращение взыскания через нотариат. Такой порядок оговаривается в договоре с клиентом, которому передается ипотечный кредит на получение жилья. Но при этом делается оговорка, что жилье, под залог которого выдается ипотечный кредит, не является основным жильем клиента. Подобную практику осуществляет Мосбизнесбанк. В третьем варианте кредитного риска применяется использование договоров аренды с правом выкупа жилья. В Москве чаще используют этот вариант. В этом случае клиент, который берет кредит на приобретение квартиры, не должен быть в ней прописан. А субъектами сделки является не только банк и клиент, но также риэлторская фирма. В этом случае банк работает с риэлторской компанией. Последняя приобретает объект недвижимости, который покупает клиент с помощью кредита, взятого в банке. Если это - квартира, то она остается на балансе риэлторской фирмы, с которой клиент заключает договор аренды с правом выкупа и выплачивается долгосрочный ипотечный кредит. По его выплате клиент приобретает право собственности на жилье. До этого он ежемесячно вносит средства в счет погашения долга, проценты по кредиту и арендную плату.

Помимо этой проблемы при залоге квартир и последующей их реализации банки сталкиваются с проблемой прописки, поэтому при заключении договора о кредитовании банк должен тщательно проверить все, что связано с пропиской. Многие банки и фирмы настаивают, чтоб клиент не имел прописки в той квартире на приобретение которой он берет кредит. При регистрации договора купли-продажи этот договор риэлторские фирмы держат у себя, чтобы клиент не мог там прописаться. Схема использования договора об аренде с правом выкупа наилучшим способом защищает интересы банка и в этом отношении.

Говоря о процедуре оформления кредитов под залог недвижимости, необходимо отметить, что для этих целей разрабатываются соответствующие рекомендации органами, осуществляющими регистрацию этих договоров. Так, например, БТИ разработаны следующие рекомендации для банков:

1. Клиент предварительно договаривается с банком о кредите под залог недвижимости.

2. Клиент обращается в БТИ за документами по своей недвижимости (справка о праве собственности, а также о наличии или отсутствии залогов, запрещений, арестов или иных отягощений на данный объект недвижимости).

3 . Клиент и банк оформляют кредитный договор и договор о залоге в четырех экземплярах с удостоверением их у нотариуса.

4 . Договор о залоге регистрируется в БТИ.

5. Клиент оформляет договор страхования предмета залога и передает свой экземпляр банку.

6. Банк перечисляет кредит клиенту и страховой платеж страховой компании.

7. Страховая компания выдает клиенту страховой полис, который тот тоже передает банку.

Исходя из перечисленной выше информации можно сделать вывод о том, что ипотечное кредитование в России хотя и медленно, но продолжает развиваться. Тормозит его развитие отсутствие вторичного рынка ценных бумаг, тем более закладных. А система накопительных счетов населения не получила законодательного определения на уровне Российской Федерации. Все это делает получение кредита под залог недвижимости крайне невыгодным для населения, так как кредиты выдаются на непродолжительный срок и под высокие проценты. Поэтому на практике кредит под залог зачастую подменяется иными сделками.

Например, некоторые московские банки, финансовые компании предлагают ссуды под залог недвижимости. При этом в "залог" принимаются, как правило, только квартиры, находящиеся в городе Москве. Квартира оценивается представителем фирмы. Сумма кредита составляет 70-80% от оценочной стоимости квартиры. Кредит выдается на срок от 1 месяца до 6 месяцев. Возможна пролонгация договора. Плата за кредит составляет от 3,5 до 15% в месяц. Но в обеспечение исполнения обязательства составляется не договор залога, а договор купли-продажи квартиры. Часто фирмы ставят условие обязательной выписки всех лиц из "закладываемой" квартиры. В дополнение к договору купли-продажи квартиры составляется договор взаимных обязательств, в котором оговариваются условия возврата квартиры заемщику, после выплаты им ссуды и процентов.

Иногда оформляется два договора: договор купли-продажи квартиры заемщика на имя представителя банка и "обратный" договор купли-продажи этой же квартиры в рассрочку, в котором сроки и взносы "платежа" за квартиру равны срокам и взносам за выданный кредит.

Мое мнение - это притворная сделка. В соответствии с ч. 2 статьи 170 ГК РФ эта сделка должна быть признана ничтожной.

Многие ипотечные банки применяют такую форму обеспечения возвратности кредита, как продажа по минимальной цене кредитодателю дома с земельным участком, офиса, квартиры или иной недвижимости. При своевременном возврате ссуды по условиям договора кредитор обязуется продать обратно указанное имущество. Заемщик в этом случае практически лишен права на судебную защиту, так как обязательства кредитора не имеют правового характера. Снизить степень риска можно путем заключения договора купли-продажи под отлагательным условием(факт неуплаты) или отменительным(факт уплаты продавцом выданной ему денежной ссуды в установленный срок) условиями, а лучше всего грамотно оформленного договора залога недвижимости.

Помимо ипотечного кредитования в жилищной сфере потребность в ипотеке возникает и в сфере сельскохозяйственного производства, где наиболее приемлемой формой обеспечения полученных кредитов часто из-за отсутствия других предметов, которые могут быть представлены в этих целях, выступают земельные участки. В России созданы первые земельные ипотечные банки, которые осуществляют кредитование под залог земельных участков. Особый интерес в этом отношении представляет Русский земельный банк, в уставном капитале которого в качестве вкладов имеются земельные участки и который строит свою деятельность на основе опыта работы земельных банков дореволюционной России.

Представляется возможным закрепить право выдачи кредита под залог земли не только банкам, но и иным кредитным учреждениям, которые будут осуществлять свою деятельность под строгим государственным контролем и на основании специальной лицензии.

Кредитование под залог земли вызывает еще больше проблем, это связано с ограниченной оборотоспособностью земельных участков, с не обеспечением в законодательном порядке права собственности на землю. Встает проблема и выделения средств для кредитования под залог земли на длительный срок и под доступные проценты. Выход может быть найден в следующем. Государство принимает на себя обязательство покрыть разницу в процентной ставке между коммерческим и установленным государством фиксированным льготным кредитом. Например, коммерческим банкам, предоставляющим кредит фермерским хозяйствам, устанавливается льготный процент отчисления в резервные фонды, создаваемые ЦБ РФ, снижается налог с доходов, которые они получают от кредитования предприятий сельского хозяйства. Кроме того, необходимо разрешить земельным банкам осуществлять эмиссию ипотечных облигаций как ценных бумаг, обеспеченных недвижимостью и закрепить это право в законодательном порядке на уровне РФ.

Говоря о залоге других объектов недвижимости, необходимо отметить, что они являются менее ликвидными и почти не закладываются. Практически не пользуются спросом промышленные здания и сооружения. Это объясняется нежеланием предпринимателей рисковать своим капиталом и общей неудовлетворительной ситуацией с инвестициями в производстве. Для многих банков возникает острая проблема невозврата кредита, когда в качестве залога они приняли промышленное предприятие. Если кредит не возвращен в срок, то банк сталкивается с целым рядом трудностей при отчуждении предмета залога.

Таким образом, ипотечные банки осуществляют в основном операции с жильем и реже с земельными участками, а другие объекты недвижимости не находят еще практического применения.

**Заключение**

Исследование залогового права на недвижимость и проблем его оформления в РФ позволяет очертить круг проблем в области ипотеки, требующих скорейшего разрешения.

Коренным условием создания возможностей для использования ипотечной формы кредита является законодательное обеспечение частной собственности на землю с введением регистрационного порядка ее оборота. Однако одной лишь декларации о допущении частной собственности на землю и возможности ее залога недостаточно. Необходимо создание правового института, регламентирующего права собственности на землю, недвижимого имуществ и процедуру залога недвижимости, института, включающего в себя целую систему норм как материальных, так и процессуальных. За основу нормативной базы российской ипотечной системы было бы целесообразно взять выше изложенные положения зарубежного законодательства, как законодательства в течение десятилетий доказывающей свою эффективность. При формировании ипотечной системы в России должны быть учтены современные тенденции развития ипотечной системы, определяемые законодательством, судебной и договорной практикой. Наибольшее внимание при этом должно быть уделено тенденции, прослеживаемой в немецком праве, в соответствии с которой ипотека - строго акцессорное залоговое право - все больше вытесняется земельным долгом, то есть таким залоговым правом, которое более гибко связывается с обеспечиваемым обязательством посредством специального соглашения.

Принципиальное значение при создании ипотечной системы в России будут иметь следующие положения законодательства:

1) единообразная трактовка во всех нормативных актах термина недвижимое имущество;

2) устранение различия между правовыми режимами недвижимого имущества, принадлежащего различным субъектам права - физическим и юридическим лицам;

3) определение механизма предоставления банками ипотечных кредитов.

Необходимо создание нового аппарата регистрации оборота недвижимости. Очевидно, что такая регистрационная система должна быть единой для всей России и обязательно закреплена законодательно. Целесообразно закрепить функцию регистрации объектов недвижимости за органами юстиции.

Для выдачи ипотечных кредитов необходимо законодательство о поземельных книгах. Большое значение имеет также надежная и достоверная документация по земельным участкам: их точный обмер, создание кадастровых и поземельных книг следует считать первоочередными задачами, без решения которых невозможна ипотечная деятельность долгосрочной ориентации.

При создании системы поземельных книг важно учитывать основные принципы регистрации земельных участков. Каждое из заинтересованных лиц должно иметь возможность быстро и недорого получить достоверную информацию по данному земельному участку. Важно, чтобы информация кадастра точно соответствовала правам собственника в поземельной книге и чтобы в любое время могла быть проведена идентификация земельных участков и установление их правового статуса.

Только такая практика сможет обеспечить развитие рынка недвижимости и надежную информацию для потенциального инвестора о том, как может быть использован тот или иной земельный участок и что на нем может быть построено.

Важным для формирования ипотечных отношений является установление реальных гарантий соблюдения договорных условий. Необходимо четко определить круг субъектов договорных отношений. Со стороны залогодателя должен выступать лишь реальный собственник недвижимости. Следует законодательно закрепить регламентацию категорий недвижимости с различным статусом собственности и установлением законодательно-разрешительного порядка изменения категорий.

При определении залогодержателя встает вопрос о системе ипотечных учреждений. С моей точки зрения, в этой ситуации нужно опираться на опыт осуществления ипотеки в западных странах, законодательно предоставляющих право кредитования под залог недвижимости и государственным(федеральным), и коммерческим банкам, и иным кредитным организациям. Требуется также государственный контроль за осуществлением ипотеки коммерческими кредитными учреждениями.

Одна из актуальных проблем современного российского ипотечного кредитования - обеспечение разумной сбалансированности интересов участников ипотеки. Значительную роль здесь может сыграть государственное страхование ипотечного кредитования земли под залог(при непосредственном участии Центрального банка РФ), финансируемое из фондов, создаваемых за счет части поступлений от земельного налога.

Необходимо избегать противоречивости, способствовать обеспечению системности законодательства о залоговом кредитовании недвижимости. Законодательные акты о недвижимости, страховании, жилье, земле, налогах, об ипотечных банках должны быть согласованы между собой и иметь единую цель: предоставить возможность заемщику финансировать покупку недвижимости, инвестиции в развитие производства, а кредитору получать прибыль. Особую актуальность данный принцип имеет для России, так как развитие российского законодательства идет таким образом, что нормативные акты, относящиеся к различным отраслям права, приводятся в соответствие друг с другом формально, но не по содержанию. В результате законы могут прямо противоречить друг другу, выражать противоположные идеологии.

Ипотечное кредитование должно быть доступно не только крупным потенциальным инвесторам - юридическим лицам, но и широким массам населения - рядовым потребителям. Каждый гражданин России должен знать, что он имеет реальную возможность ипотечного кредитования: с целью покупки жилья, инвестирования своей предпринимательской деятельности. Доступность ипотечного кредитования может быть достигнута многовариантностью выбора займа, например, под фиксированные проценты. Для отдельных категорий населения целесообразно создать льготные условия получения ипотечного кредита.

При создании ипотечной системы в России необходимо иметь также в виду, что высокие ставки государственной пошлины за удостоверение договора о залоге в нотариальной конторе и за регистрацию залога существенно увеличивают расходы должника при получении кредита. Государственная пошлина взимаемая в настоящее время должна быть уменьшена и быть меньше 1%. Кроме того, в законе "О государственной пошлине должна быть предусмотрена специальная ставка за удостоверение этого договора.

**Список литературы**

[1] Словарь античности. М. 1989г. С .230.

[2] Шершеневич Г.К. Учебник русского гражданского права. М.,1809. с. 245.

[3] Предусмотрено также постановлением ВЦИК и СНК СССР от 14.05.26 "Об основных принципах организации государственного нотариата." С. 363.

[4] Медведев Д.А. Российский закон о залоге. // Известия вузов. Правоведение. 1992 г. №5, с. 15.

[5] Будилов В.М. Залоговое право России и ФРГ. М., 1994 г.

[6] Гражданское право. В 2 т. М., 1993 г., с. 28.

[7] Агарков М,М,, Основы банковского права. Учение о ценных бумагах. М., 1994г. С.103.

[8] Медведев Д.А. Российский закон о залоге/Правовеление, 1992г., №5, с.14

[9] Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. Юрьев, 1898г.

[10] Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996г., №6/8, "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ"

[11] Бушев А. Залог квартиры: правовые проблемы // Хозяйство и право, 1995, N2 с 125.

[12] Собрание законодательства РФ, 1994г., №7.

[13] Вестник Мэрии Москвы, №8, 1996г.

[14] Вестник ВАС РФ, №2, 199бг.

[15] п.З Указа Президента РФ от 28 февраля 1996 года "О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования". Собрание законодательства РФ, №10, 1996г.

Часть первая Гражданского Кодекса РФ от 21 октября 1994 года.

2 . Семейный кодекс РФ от 8 декабря 1995 года.

3. Закон РФ "О залоге" от 29 мая 1992г. Ведомости Верховного Совета РФ 1992г. №23. Ст. 1239.

4 . Основы законодательства о нотариате от 1 1 февраля 1993 года.

5. Закон РФ "О государственной пошлину" от 9 декабря 1991г. №2005-1.

6. Указ Президента РФ "О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования" от 28 февраля 1996 года. Собрание законодательства РФ №10 1996г. Ст. 880.

7. Указ Президента РФ "О жилищных кредитах" от 10 июня 1994г. Собрания законодательства РФ №7 1994г.

8. Указ Президента РФ "Об утверждении Порядка предоставления информации о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" от 27 августа 1996г.

9. Постановление правительства РФ от 15 апреля 1996г. №475 "Об утверждении положения о структуре и порядка заполнения форм государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним"

10. Указ Президента РФ от II декабря 1993г. №2130 "О регистрации прав на недвижимое имущества".

11. Постановление Правительства РФ от 25 августа 1992г. №622 "О совершенствовании ведения государственного земельного кадастра"

12. Основные положения о залоге недвижимого имущества - ипотеке. Распоряжение заместителя Председателя Совета Министров - Правительства РФ от 22 декабря 1993года №96-рз. Российская газета от 6 января 1994г.

13. Письмо Госкомимущества от 2 сентября 1992г. №ДВ-17/5851 " согласовании залога(заклада) государственного имущества".

14. Распоряжение Госкомимущества от 21 апреля 1994г. №890-р "Об утверждении временного положения о согласовании залоговых сделок".

15. Письмо Роскомзема РФ от 31 августа 1994г. №2-14/1316.

16. Письмо Роскомзема №2-21/199 от 1 февраля 1996года "О залоге земельных участков".

17. Инструкция о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами. Приказ Министерства Юстиции РСФСР от 6 января 1987года №01/16-01.

18. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от1 июля 1996г. №6/8 "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ".

19. Постановление Правительства Москвы "О целевых накопительных жилищных вкладах и кредитовании жилищного строительства" от5 марта 1996г. № 201. Вестник мэрии Москвы №8 1996г.

20. Постановление Правительства Москвы ^0 государственной регистрации залога жилых помещений, принадлежащих гражданам или юридическим лицам на праве собственности" №415 от 27 апреля 1993г.

21 . Постановление Правительства Москвы "О введении на территории Москвы единой системы государственной регистрации залога и единого реестра договоров залога" от 20 сентября 1994г. №788.

22. Россия. Законы и постановления, узаконения и распоряжения о Крестьянском Поземельном Банке. Санкт-Петербург, 1886г.

23. Аргунов В.Н. Правовые основы нотариальной деятельности. Москва. 1994г.

24. Антонов М.В. Залог и кредитный риск.// Банковское дело. 1995г. №5.

25. Базанов В. П. Происхождение современной ипотеки. Москва. 1900г.

2 б. Балабанов И.Т. Операции с недвижимостью в России. Москва. 1996г.

27. Батуринский Д.А. Аграрная политика царского правительства и Крестьянский Поземельный Банк. Москва, 1925г.

28. Беленький В. Ипотека проблемы и решения// Финансовый бизнес. 1994г. №8.

29. Богданов Н.В. На приеме у нотариуса. Москва, 1994г.

30. Богданова Н.Д. Совершение нотариальных действий с квартирами, принадлежащих гражданам на праве собственности//Правоведение 1994г. №4.

31. Бусов В.И. Ипотека как бизнес.//Банкир России. №5-6. 1994г.

32. Бусов В.И. Проблемы организации ипотечного бизнеса в России//Деньги и кредит 1996г. №2.

33. Будилов В.М. Залоговое право России и ФРГ. Москва, 1994г.

34. Бушев А. Залог квартиры: правовые проблемы.//Хозяйство и право. 1995г. №2.

35. Вершинин А.П. Юридические документы в нотариальной и судебной практике. Москва, 1993г.

36. Вишневский А.А. Залоговое право. Москва 1995г.

37. Вишневский А.А. Новый ГК РФ и залоговое право//Бизнес и банки, 1995г. №7.

38. Витрянский В. Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996г №6/8//Хозяйство и право 1996г. №9.

39. Витрянский В. Комментарий ГК РФ. Обеспечение исполнения обязательств. Залог //Хозяйство и право 1995г. № 10.

40. Воробьев Ю. Залоговое кредитование //Вопросы экономики. 1995г. №11.

41 . Воробьев Ю. Залоговое кредитование: зарубежный опыт и российская действительность//Вопросы экономики 1995г. №11.

42. Галиновская Е.А. и Клюкин Б.Д. Банки и ипотека//3аконодательство и экономика №5/6 1994г.

43. Гололобов Д. Регистрация залоговых сделок: проблемы совершенствования // Хозяйство и право 1995г. № 10.

44. Головин Ю. Ипотека: из Древней Греции в Россию.

45. Горохов Д.Б. Гражданско-правовое и земельно-правовое содержание сделок с землей//3аконодательство и экономика 1995г. №15/16.

46. Дистресс М. Ипотека и ипотечный кредит//Деньги и кредит 1995г. №8.

47 . Звоницкий А. С. "О залоге по русскому праву" 1912г.

48. Иемма А. Больше прав российским нотариусам//Российская юстиция 1996г. №5.

49. Исрафилов И. Особенности залога жилых домов и квартир//Хозяйство и право 1996г. №11.

50. Караваева И. В. Сравнительный анализ российского и зарубежного опыта ипотечного кредитования // Право и экономика 1995г. №11,12.

51. Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. Юрьев, 1898г.

52. Красе А.В. ГК РСФСР. Научный комментарий. Залог. Москва. 1930г.

53.Кук Дж. Ипотечное кредитование в России//Банки+страхование+ценные бумаги 1995г. №2.

54. Кук Дж. Развитие ипотечного кредитования на нынешней правовой базе//Бизнес и банки 1995г. №18.

55. Люсов А.Н. Залог в российском праве//Деньги и кредит 1995г. №1.

56. Медведев Д.А. Российский закон о залоге//Правоведение 1992г. №5.

57. Орлов В.Е. Ипотека в России возродится//Деньги и кредит 1995г. №8.

58. Павлов П. США: система ипотечного кредитования в жилищной сфере//3акон 1995г. №1.

59. Павлов П. Основные принципы регистрации прав на недвижимое имущество//Российская юстиция 1995г. №5.

60. Пляйер К. Современное земельно-залоговое право//Банковское дело 1994г. №6.

61. Репин В.С. Настольная книга нотариуса(теория и практика). Москва. 1994г.

62. Репин В.С. Общие условия удостоверения сделки//Советская юстиция 1993г. №11.

63 . Сиротина И.А. Получение кредита под залог. Москва, 1996г.

64. Стюньков В.П. Ипотечное кредитование: организационные аспекты.

65. Фемилиди А.М. Русский нотариат. История русского нотариата и действующее нотариальное положение. Москва, 1902г.

66. Черных А.В. Залог недвижимости в российском праве. Москва. 1995г.

67. Шершеневич Г.Ф. учебник русского гражданского права, 1909г.