СИБИРСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ ПОТРЕБИТЕЛЬСКОЙ КООПЕРАЦИИ

ЗАБАЙКАЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

Кафедра гражданско-правовых наук

Выпускная квалификационная работа

Специальность 030501.65 «Юриспруденция»

ИПОТЕКА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Шелудько М. А.

Научный руководитель:

канд. юрид. наук,

доцент кафедры гражданского права и процесса

Соломин С.К

ЧИТА 2009

Введение

Актуальность темы исследования. Тема выпускной квалификационной работы «Ипотека в гражданском праве» интересна и актуальна как с точки зрения научных изысканий, так и для ее практической реализации, поэтому мы считаем целесообразным ее исследовать.

Процесс формирования в нашей стране рыночной экономики и правового государства неизменно ставит перед законодателем и правоприменительной практикой проблемы, от своевременного и успешного решения которых напрямую зависит эффективность проводимых экономических и правовых реформ, судьба национальных проектов, являющихся на сегодняшний день приоритетными.

Развивающаяся экономика нуждается в инвестициях. Следствием этого является рост объемов кредитования и активный процесс вовлечения в отношения по привлечению заемных средств новых субъектов. Получение кредита становится все более доступным, рынок по предоставлению услуг по кредитованию более насыщенным. Банки и кредитные организации постоянно работают над поиском новых схем кредитования, позволяющих привлечь максимальное количество потенциальных заемщиков. Вместе с тем растет необходимость совершенствования института обеспечения исполнения таких обязательств.

Ипотека представляет собой залог, предметом которого являются объекты недвижимого имущества, имеющие, как правило, большую стоимость и пользующиеся спросом на рынке по сравнению с прочим имуществом. Поэтому ипотека на сегодняшний день является наиболее привлекательным видом залога. Это позволило ипотеке стать важной составляющей экономической и социальной политики государства. Развитие ипотеки положено в основу приоритетного национального проекта «Доступное и комфортное жилье — гражданам России».

В это время велась параллельная работа еще над целым рядом важнейших законопроектов, регулирующих земельные правоотношения, правоотношения по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Эти законодательные акты находятся в тесной связи и взаимозависимы с ипотечным законодательством. Однако, к сожалению, законодателю не удалось избежать дублирования положений, а, иногда, и явных противоречий в нормах различных законодательных актов. Отдельные же аспекты, наоборот, совершенно не нашли своего отражения ни в одном из принятых нормативно-правовых актов.

Все вышеперечисленные причины заставляют законодателя постоянно вносить изменения в уже действующие нормативно-правовые акты. Так, с момента вступления в действие Закона об ипотеке было принято 10 Федеральных законов, изменяющих отдельные его положения.

В современный период наблюдается активное развитие правоприменительной практики, что предполагает дальнейшее совершенствование указанных норм, их адаптация к условиям динамично развивающейся экономики, а вместе с ней — и рынка недвижимости. Однако, в силу вышеизложенных причин, в России отсутствует фундаментальная теоретическая база. Недостаточная успешность функционирования ипотеки в нашей стране, помимо исторических и экономических предпосылок, имеет и правовые.

Вместе с тем, на сегодняшний день уже имеется достаточно большая правоприменительная практика, показавшая, что ипотечное кредитование является перспективным направлением, нашедшим свое применение как в социальной сфере, так и в предпринимательской деятельности.

Поскольку достаточной долгий период российской истории был характерен тем, что в стране отсутствовал полноценный рынок недвижимости, а следовательно, не развивался институт залога недвижимого имущества, проблемы правового регулирования ипотеки стали актуальными сравнительно недавно.

Залог недвижимого имущества, как способ обеспечения исполнения обязательств нуждается в дальнейшем исследовании, целью которого должны стать: выявление правовых причин, препятствующих оптимальному использованию в России ипотеки как инструмента дополнительного стимулирования инвестиций в экономику, ее роль в решении социальных проблем, предложения по внесению изменений в действующее законодательство, направленных на совершенствование правового регулирования данного института.

С учетом вышеизложенного, исследование ипотеки как одного из способов обеспечения исполнения обязательств представляет большой интерес и является весьма важным и актуальным.

Цель настоящей работы состоит в том, чтобы рассмотреть ипотеку как один из способов обеспечения исполнения обязательств одну из важнейших составляющих правоотношений, возникающих в сфере предоставления кредита, а также чтобы на основе системного анализа действующих в Российской Федерации нормативно-правовых актов, регулирующих правоотношения в сфере оборота объектов недвижимого имущества, выявить недостатки и пробелы в правовом регулировании ипотеки, попытаться определить перспективы развития этого способа, обозначить основные направления работы по совершенствованию соответствующей законодательной базы.

Для достижения указанных целей необходимо разрешить следующие основные задачи:

• Проанализировать предусмотренные действующим законодательством и используемые на практике способы обеспечения исполнения кредитных обязательств;

• Доказать преимущественное положение залога перед другими способами обеспечения исполнения обязательств;

• Проанализировать историю развития залога в целом и, в частности, историю становления и развития ипотеки как самостоятельного института в России;

• Определить правовую природу ипотеки, выявив основные признаки, присущие вещным и обязательственным правам;

• Провести анализ действующего законодательства, сопоставив нормы Закона РФ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» с положениями земельного, жилищьного законодательства, законодательства о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним;

• Провести анализ проблем, возникающих при подготовке необходимого пакета документов, проектов договоров ипотеки, его государственной регистрации;

• Выявить сложности, возникающие в процессе реализации заложенного имущества;

• Определить особенности ипотеки, связанные с залогом отдельных видов недвижимого имущества;

• Определить направления, в которых необходимо совершенствовать действующее законодательство для успешного функционирования системы ипотечного кредитования в нашей стране, разработать предложения по внесению изменений и дополнений в действующие нормативно-правовые акты.

Объектом исследования являются правоотношения, возникающие в процессе обеспечения исполнения обязательств залогом недвижимого имущества (юридическая природа, содержание, субъектный состав, права и обязанности сторон); также нормы действующего российского законодательства, осуществляющего правовое регулирование ипотеки в России; правоприменительная деятельность по реализации этих норм.

Предметом исследования являются юридическая природа ипотеки как одного из способов обеспечения исполнения обязательств, специфика договора залога недвижимого имущества, нормы действующего законодательства, лежащие в плоскости гражданского, жилищного, предпринимательского права, применяемые в правовом регулировании ипотечных правоотношений;; тенденции в развитии института ипотеки в России.

Методологическая основа исследования. Методологической основой исследования является общенаучный метод познания — диалектический, а также специальные методы — системно-структурный, исторический, технико-юридический, логический, метод сравнительного правоведения. Применение указанных способов позволило провести комплексный анализ ипотечных правоотношений и возникающих в процессе обеспечения исполнения кредитных обязательств проблем.

Теоретическая основа исследования. Д. И. Мейера, И. Б. Новицкого, Г. Ф. Шершеневича, Л. В. Гантовера, К. Анненкова, В. М. Хвостова, К. П. Победоносцева, Г. А. Тосуняна, В. В. Витрянского, М. И. Брагинского, Б. М. Гонгало, Е. А. Суханова, Ю. К. Толстого, Д. Ю. Шестакова, Б. Д. Завидова, П. В. Крашенинникова, М. Г. Масевич, А. А. Вишневского, О. С. Иоффе, А. Е. Шерстобитова, С. П. Гришаева, А. В. Толкушкина, И. Д. Грачева.

Использованная законодательная база Основную нормативно-правовую базу составляют: Конституция РФ, Гражданский кодекс РФ, Земельный кодекс РФ, Жилищный кодекс РФ, Семейный кодекс РФ; основополагающие Федеральные, «Об ипотеке (залоге недвижимости)», «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Постановления Пленумов Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ.

Проведенное исследование позволяет дать полноценную характеристику правового положения, которое занимают органы принудительного исполнения в процессе принудительного исполнения судебных решений и актов иных органов

Глава 1. Развитие ипотеки как института гражданского права и его правовое регулирование в современном гражданском праве

1.1 Понятие, основания возникновения и сфера применения

Институт залога недвижимости (ипотеки) занимает особое место среди способов обеспечения исполнения обязательств и является одним из древнейших.

Одним из родоначальников института ипотеки (от греко-латинского hipotheke - залог, заклад) в наиболее приближенном к современному виде принято считать афинского реформатора и законодателя Солона в начале VI в. до н.э. При ипотеке к залоговому кредитору не переходило право владения заложенным имуществом, оно сохранялось за должником и было связано с обеспечением ответственности должника кредитору определенными земельными владениями. Для этого для оформления обязательства на пограничной меже принадлежащей заёмщику земельной территории ставился столб с надписью о том, что указанная собственность служит обеспечением претензии кредитора в поименованной сумме[[1]](#footnote-1). Такой столб и назывался ипотекой (подставкой), и это слово в переносном смысле стало употребляться для обозначения любого залога под кредит. В настоящее время термин "ипотека" используется для обозначения формы залога с оставлением предмета залога у залогодателя независимо от того, движимое или недвижимое имущество является предметом залога, а также для обозначения возникающего при этом у залогодержателя вещного права в отношении объекта ипотеки. Однако во многих правовых системах, включая российскую, это понятие используют исключительно для обозначения залога недвижимого имущества.

Залог недвижимости был известен еще в римском праве. Римское право относило залог к разряду прав на чужие вещи[[2]](#footnote-2). Залог изначально служил способом обеспечения обязательств, предоставляя залогодержателю право при неисполнении их должником получить удовлетворение путем перевода в свою собственность заложенного имущества. На ранних стадиях развития римского права формой залога являлась фидуция (fiducia), которая представляла собой не что иное, как продажу закладываемой вещи с правом ее обратного выкупа. Аналогичные виды сделок имелись и в древнегерманском праве (Kauf auf Wiederkauf), во французском (a remere). Другой, более развитой формой залога был пигнус (pignus — в римском праве, altere Satzung — в германском праве). В этом случае должник передавал кредитору закладываемую вещь во владение, имея возможность сохранить право пользования вещью с согласия последнего.

Составляя договор ипотеки стороны предупреждали друг друга о прошлых залогах вещи. Законодательство предусматривало уголовное наказание за не сообщение кредитору о прошлых залогах. В качестве предмета залога могла выступать как одна вещь, так и их совокупность. Если вещь каким-либо образом увеличивалась (качественно или количественно), то такое увеличение не имеет значения для залога вещи у кредитора, и последний вправе предъявлять свои требования на всю вещь. Способом реализации прав кредитора было право продать заложенную вещь или оставить вещь у себя. В течение длительного времени существовало право кредитора на предъявление личного иска к должнику.

Проанализировав древние источники права, мы пришли к выводу о том, что законы, разработанные еще в древности, не утратили своей актуальности и по сей день. В первую очередь это произошло благодаря умению древнеримских юристов выделить главные особенности, точно сформулировать, ясно изложить правовые нормы.

В средние века римское право применялось в развивающихся европейских странах, и именно оно легло в основу кодексов, которые были разработаны в Германии, Франции, России и других странах. Но, несмотря на рецепцию римского права, оно подвергалось изменениям и уточнениям. Здесь мы наблюдаем безусловное правовое развитие, ведь вполне естественным следует считать разделение вещей (как индивидуально- определенных предметов), и самой личности должника (в данном случае собственника вещи). Законодательство европейских стран не восприняло нормы древнеримского права о предъявлении личного иска к должнику. То есть, речь идет о приоритете жизни и здоровья индивида по отношению к собственности.

Римское право не предусматривало какой-либо фиксации сделок с залогом в государственных органах. Законодательство европейских стран поставило таковые под контроль государства. Говоря современным языком: право возникало только после его государственной регистрации. Во Франции, хотя и существовало это требование, реестр государственной регистрации прав не обладал достоверностью.

Древнерусское залоговое право также прошло длительную эволюцию - от древнерусского залога[[3]](#footnote-3), во многом сходного с римской фидуцией, до современного залога, доминирующей формой которого является залог с оставлением заложенного имущества во владении залогодателя.

Серьезное внимание залогу уделялось в XIX века, вплоть до 1917 год. Российское залоговое законодательство этого периода предполагало относить залог к правам на чужую вещь, то же мы наблюдали в римском праве, и характеризовать таковой как «второстепенное» отношение по поводу «главного» - обязательственного правоотношения. Предметом залога могла быть только материальная вещь. В этот период юристами России предлагалось достаточное количество специальных законопроектов, ни один из которых так и не был принят[[4]](#footnote-4).

Советское гражданское право относило залог к способам обеспечения обязательств, но в ГК правила о залоге были помещены в раздел о вещном праве. Договор о залоге должен был заключаться в письменной форме и нотариально заверяться. Предмет залога, по общему правилу, передавался кредитору. Это касалось любых предметов, за исключением строений. По соглашению сторон имущество могло быть оставлено у должника под замком и печатью кредитора. В случае неисполнения обязательства, кредитор имел право только продать вещь, чтобы получить удовлетворение из вырученной суммы. Правом оставить вещь у себя кредитор не обладал.

Существовавший в послереволюционной России запрет частной собственности на землю, недра, воды, леса, промышленные предприятия, исключивший на долгие годы эти объекты из гражданского оборота сыграл крайне негативную роль в развитии многих гражданско-правовых и финансовых институтов в нашей стране. Результатом этого стало и практическое отсутствие в России полноценного рынка недвижимости. Как следствие этого — не развивалась и ипотека, хотя в целом действовавшее в разное время законодательство содержало отдельные нормы о залоге.

Некоторые авторы утверждают, что в советский период ипотека не утратила свое значение в связи с ликвидацией частной собственности на землю и упразднением деления имущества на движимое и недвижимое. Речь идет о применении ее в тех редких случаях, когда смысл ипотеки отвечал требованиям действующего законодательства[[5]](#footnote-5).

Большое значение во всем мире залог приобрел в XX в. в странах с развитой рыночной экономикой[[6]](#footnote-6).

Залог недвижимости всегда был одним из наиболее надежных способов обеспечения надлежащего исполнения обязательств. Сущность ипотеки состоит в том, что кредитор (залогодержатель) вправе в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства обратить взыскание на предмет ипотеки и получить из вырученной от продажи суммы причитающийся ему долг. Недвижимость обладает высокой стоимостью и считается одним из наиболее удачных способов вложения капитала, поскольку цена на нее не подвержена значительным и непредсказуемым колебаниям.

О начале формирования в нашей стране института ипотеки в его современном виде можно говорить с 1992 года, когда был принят Закон РФ «О залоге»[[7]](#footnote-7), в котором впервые появилось понятие «ипотека».

Дальнейшее развитие эти нормы получили с введением в действие части первой Гражданского кодекса РФ[[8]](#footnote-8), содержащей более широкое определение ипотеки, чем Закон «О залоге». При этом особенно важна была следующая коллизионная норма, содержащаяся в п. 2 ст. 334 ГК РФ: общие правила о залоге, содержащиеся в ГК, применяются к ипотеке в случаях, когда кодексом или законом об ипотеке не установлены иные правила. То есть, по-настоящему детальное и конкретное правовое регулирование связанных с ипотекой отношений было отнесено законодателем на отдельный специальный закон об ипотеке.

На протяжении всего существования цивилистики ученые не пришли к единому мнению относительно того, какой юридической природой обладает залог: вещной или обязательственной. Научные споры продолжаются в современной юридической литературе.

Сторонники вещной природы залогового правоотношения полагают, что последнему присущи наиболее характерные свойства вещных прав - право следования. Другой характерной чертой является объект залоговых сделок -имущество[[9]](#footnote-9).

Другие характеризуют залог именно как право обязательственное, а не вещное, обосновывая свое мнение тем, что залогодержатель по договору залога получает не право на саму вещь, а право на взыскание из стоимости заложенного имущества[[10]](#footnote-10). А некоторые авторы, например Наумов В.М., полагают, что залоговые правоотношения имеют сложную, двойственную природу. Особенно это верно в отношении ипотеки[[11]](#footnote-11).

Гражданский кодекс РФ относит залог к институтам обязательственного права, учитывая двойственную природу залога.

Мы склонны сделать вывод о том, что залог преимущественно обладает вещно-правовой природой. Это и право следования, право обращения взыскания на предмет залога, независимо от его нахождения. Однако залог обладает акцессорным характером, который проявляется прежде всего в том, что при недействительности основного обязательства, недействительным будет и обязательство о залоге. Существование залоговых правоотношений без правоотношений обеспеченных этим залогом невозможно. Но недействительность залога не влечет недействительности основного обязательства. В силу акцессорности залога мы можем говорить о его двойственной природе. Кроме того характеризовать залог только как способ обеспечения обязательства вещью не совсем верно, поскольку его предметом может быть не только вещь, но и право требования. Следовательно, залог - способ обеспечения обязательства посредством вещи, либо права.

Легальное определение ипотеки раскрывается лишь через понятие договора об ипотеке, которое содержится в ст. 1 Федерального закона «Об ипотеке (залоге) недвижимости»: по договору о залоге недвижимого имущества (договору об ипотеке) одна сторона - залогодержатель, являющийся кредитором по обязательству, обеспеченному ипотекой, имеет право получить удовлетворение своих денежных требований к должнику по этому обязательству из стоимости заложенного недвижимого имущества другой стороны - залогодателя преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, за изъятиями, установленными федеральным законом[[12]](#footnote-12). Хотелось бы отметить, что ипотека по своей сути представляет собой одну из разновидностей залога и является дополнительным (акцессорным) обязательством, т.е. ипотечное правоотношение может существовать, только пока существует обеспечиваемое (основное) обязательство. При этом прекращение ипотечного правоотношения не влечет прекращения основного.

Ипотека может возникнуть как в силу закона, либо договора. По договору залогодатель (в том числе и не являющийся должником) добровольно отдает в залог любое принадлежащее ему недвижимое имущество, гарантируя тем самым удовлетворение требований кредитора в случае неисполнения обязательства, обеспеченного залогом. Договор - основная форма возникновения ипотеки.

Ипотека может возникнуть и на основании норм закона. Например, если жилой дом или квартира приобретаются за счет кредита банка или иной кредитной организации в собственность заемщика[[13]](#footnote-13), то приобретенная недвижимость считается находящейся в залоге с момента государственной регистрации договора купли-продажи.

Подводя итог хочется сказать, что залог недвижимости (ипотека) представляет собой гражданское правоотношение, в котором одна сторона - залогодержатель, являющийся кредитором по обязательству, обеспеченному ипотекой (основному обязательству), имеет право в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства получить удовлетворение своих денежных требований к должнику по этому обязательству из стоимости заложенного недвижимого имущества другой стороны - залогодателя преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, за изъятиями, установленными федеральным законом. В этом на наш взгляд и заключается правовое значение иптеки.

Сущность залога недвижимости состоит в предварительном выделении из имущественной сферы залогодателя определенного объекта - недвижимой вещи в качестве обеспечения денежных требований залогодержателя к должнику, при неисправности которого залогодержатель вправе получить денежное удовлетворение из стоимости предмета ипотеки путем обращения на него взыскания и его принудительной продажи.

1.2 Предмет ипотеки (объект)

ГК РФ в п. 1 ст. 334 определяет, что предметом залога является имущество. Под термином «имущество» следует понимать вещи, ценные бумаги, права требования, деньги.

Ипотека представляет собой залог, предметом которого являются объекты недвижимого имущества, имеющие, как правило, большую стоимость и пользующиеся спросом на рынке по сравнению с прочим имуществом.

Деление имущества на движимое и недвижимое берёт начало ещё в римском праве и воспринято практически всеми современными правовыми системами. В современном праве за недвижимым имуществом сохраняется особый правовой режим, предполагающий специальный порядок обременения и отчуждения, специальную регистрацию прав на недвижимость, некоторого ограничения этих прав и административного (природоохранительного, градостроительного и т.п.) контроля за их осуществлением.

Законодательное определение понятия “недвижимость” раскрыто в ст. 130 ГК РФ, согласно которой к недвижимости относятся земельные участки, участки недр, водные объекты и всё, что прочно связано с землёй, то есть объекты, перемещение которых невозможно без несоразмерного ущерба их назначению, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, а также подлежащие регистрации воздушные, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты

Понятие, приведённое в ст. 130 ГК РФ, не отражает должным образом такого сложного гражданско-правового объекта как недвижимость. Законодательство не раскрывает точного содержания понятия «имущество», что является существенным применительно к недвижимости.

Критика законодательного определения понятия «недвижимость» связана с непоследовательностью отнесения объектов к недвижимым. Следуя п.1 ст.130 ГК РФ, вещь может быть отнесена к разряду недвижимых при наличии прочной связи её с землёй и невозможности её перемещения в пространстве без определённого ущерба ей. Также в качестве необходимых признаков недвижимости в теории гражданского права указываются прочность и непотребляемость.

Примером, что далеко не всем перечисленные в ст.130 ГК в качестве недвижимости вещи беспрекословно обладают всеми данными признаками, является предприятие, в состав которого входят вещи - продукция, сырьё, инвентарь, но в отношении них также устанавливается законом режим недвижимости.

Одной из самых интересных является проблема оборотоспособности предметов ипотеки. Законодатель не даёт конкретного различия «предмет» и «объект» ипотеки, но Закон «Об ипотеке» называет недвижимое имущество, регулируемое им - «предметами», а слово «объект» уместное упоминать при обозначении того же недвижимого имущества в смысле элемента гражданских прав.

Предметом договора об ипотеке могут быть согласно статье 5 Закона «Об ипотеке»: земельные участки, предприятия, а также здания, сооружения и иное недвижимое имущество, используемое в предпринимательской деятельности (ангары, цеха и т.д.); жилые дома и квартиры или части жилых домов и квартир, состоящие из одной или нескольких изолированных комнат; дачи, садовые дома, гаражи и другие сооружения потребительского назначения. Предметом ипотеки может быть и незаконченное строительство, которое рассматривается как недвижимое имущество, возводимое на отведенном земельном участке. Так, в статье 76 Закона об ипотеке прямо указано, что при предоставлении кредита для сооружения жилого дома договором об ипотеке может быть предусмотрено обеспечение обязательства незавершенным строительством и принадлежащими залогодателю материалами и оборудованием, которые заготовлены для строительства. Воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты также могут быть предметом ипотеки, поскольку хотя и не являются имуществом, которое неразрывно связанно с землей, но, как это специально предусмотрено в Гражданском кодексе РФ, относятся к недвижимому имуществу в силу своей специфики. Помимо имущества предметом ипотеки может быть право аренды, принадлежащее залогодателю[[14]](#footnote-14). К такому залогу будут применяться общие нормы об ипотеке, если иное не предусмотрено Законом об ипотеке и не противоречит существу арендных отношений. Так, право аренды может быть предметом ипотеки только с согласия арендодателя. Также не допускается залог такого, права без согласия собственника или лица, имеющего право хозяйственного ведения, если законом или договором запрещено отчуждение такого права без согласия данных лиц.

Судебная практика показывает, что если в ипотеку предполагается передать не сами земли, а право аренды - запрет на передачу в ипотеку указанных земель объясняется тем, что в случае обращения взыскания на заложенное право собственности на него переходит к другим лицам. Ипотека же права аренды и возможный в связи с этим переход права аренды не влечет изменения права собственности. По мнению истца администрацией нарушена ст. 63 Закона об ипотеке. Суд установил , что спорный объект расположен на земельном участке, находящемся в собственности муниципального образования, поэтому ипотека такого земельного участка была бы не правомерна. По нашему мнению до снятия запрета на ипотеку земель, находящуюся в муниципальной собственности, залог права их аренды невозможен. Также полагаем, что залог права аренды невозможен в случае, если, например, участок не прошел кадастровый учет. Это в свою очередь повлечет признания договора недействительным в связи с неправильным описанием объекта аренды.

Недвижимое имущество, являющееся предметом договора ипотеки, как правило, принадлежит залогодателю на праве частной собственности или на праве хозяйственного ведения.

Существует ряд ограничений, предусмотренных законом, в отношении имущества, которое не может быть предметом ипотеки.

Во-первых, это имущество изъятое из оборота. Согласно Гражданскому кодексу, вещами, изъятыми из оборота признаются такие вещи, которые не могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому. К таким вещам относятся, главным образом, вещи, находящиеся в исключительной собственности государства (например, ресурсы, объекты оборонного производства и др.). Во-вторых, имущество, на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание. Перечень такого имущества граждан содержится в Гражданском процессуальном кодексе. В-третьих, не может быть предметом ипотеки имущество, в отношении которого в установленном федеральным законом порядке предусмотрена обязательная приватизация либо приватизация которого запрещена. Также не может быть самостоятельным предметом договора ипотеки часть имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь). Закон об ипотеке устанавливает следующие ограничения в отношении имущества, являющегося предметом ипотеки. Так, если предметом договора ипотеки является имущество, на отчуждение которого требуется согласие или разрешение другого лица или органа, то такое же согласие необходимо и для ипотеки этого имущества. Например, на имущество, находящееся в общей совместной собственности супругов, ипотека может быть установлена только при наличии письменного согласия другого супруга, не являющегося стороной по договору ипотеки[[15]](#footnote-15). В соответствии с пунктом 2 ст. 62 ФЗ «Об ипотеке» при общей долевой или совместной собственности на земельные участки, которые могут быть предметом залога, ипотека может быть установлена только на принадлежащий гражданину или юридическому лицу земельный участок, выделенный в натуре из земель, находящихся в общей долевой или совместной собственности.

Недвижимое имущество, являющееся предметом ипотеки, считается заложенным вместе с принадлежностями как единое целое, если иное не предусмотрено договором (п. 3 ст. 5 Закона об ипотеке). Принадлежность вещи определяется как, предназначенная для обслуживания другой, главной вещи и связанной с ней общим назначением. Например, при ипотеке предприятия - это станки, оборудование, подсобные помещения для временного складирования продукции и т.д. В тесной связи с этой нормой находится и норма п. 4 ст. 5 Закона об ипотеки: часть имущества, раздел которого в натуре невозможен (неделимая вещь), не может быть самостоятельным предметом ипотеки. Вещь, раздел которой в натуре невозможен без изменения её назначения, признаётся неделимой (ст.133 ГК). Императивность данной нормы оправдана самой сутью ипотеки, как залога недвижимого имущества.

При ипотеки предприятия залог распространяется и на имущество, включая право требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки (п. 2 ст. 340 ГК).

Представляется спорным мнение М.М. Орловой, указывающей, что нормы права регулирующие режим собственности предприятий в отношении движимого имущества создают определенные технические сложности и приводит к деформации правового регулирования движимы вещей и вещей недвижимых, поскольку отдельные вещи, являющиеся движимыми функционируют при определении имущества предприятия в режиме недвижимых. Мы приходим к выводу, что такая ситуация не приводит к деформации правового регулирования вещей, поскольку движимые и недвижимые вещи, входящие в состав предприятия образуют единый комплекс, подчиненный определенной цели и вычленение отдельно движимых вещей или недвижимых вещей не отвечает самой сути предприятия.

Анализ действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что совокупный залог (то есть ипотека сразу на несколько объектов) возможен, однако точных указаний относительно этого вопроса нет. В целях единообразного и точного применения законодательства необходимо дополнить ст. 340 ГК РФ положением о том, что договор ипотеки может быть обеспечен несколькими объектами недвижимости, каждый из которых является самостоятельным предметом обеспечения обязательства. При этом основное обязательство необходимо разделить на доли, соответствующие стоимости залога[[16]](#footnote-16).

Ипотека распространяется на все неотделимые улучшения предмета, если иное также не предусмотрено договором или законом.

В отношении отдельных предметов ипотеки Закон об ипотеке предусматривает определенные требования. Так, земельные участки не подлежат ипотеке в случае, если они находятся в государственной или муниципальной собственности, а также сельскохозяйственные угодья из состава земель сельскохозяйственных организаций, крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств. Кроме того, не допускается ипотека земельного участка, площадь которого меньше минимального размера, установленного нормативными актами субъектов Российской Федерации и нормативными актами органов местного самоуправления для земель различного целевого назначения и разрешенного использования. В случае если предметом ипотеки является предприятие как имущественный комплекс, то на все входящее в его состав имущество распространяется действие договора ипотеки, а именно: материальные и нематериальные активы, в том числе здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, готовая продукция, права требования, исключительные права, если иное не предусмотрено договором. Ипотека зданий и сооружений допускается только с одновременной ипотекой земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части.

Не допускается ипотека индивидуальных и многоквартирных жилых домов и квартир, находящихся в государственной или муниципальной собственности[[17]](#footnote-17). Не допускается заключение договора ипотеки жилого дома или квартиры, находящихся в частной собственности граждан, через представителя, за исключением законных представителей несовершеннолетних граждан, представителей ограниченно дееспособных и недееспособных лиц. Ипотека квартиры в многоквартирном доме предусматривает установление права залога и на соответствующую часть доли в праве общей собственности на жилой дом (общие помещения дома, несущие конструкции дома, механическое, электрическое, санитарно-техническое и иное оборудование за пределами или внутри квартиры, обслуживающее более одной квартиры).

В завершении рассмотрения данного вопроса можно сделать вывод: изъятие объектов гражданских прав из оборота либо ограничение их в обороте направлено на защиту, прежде всего публичных интересов.

Само значение некоторых объектов недвижимости (например, земельных участков, предприятий) для функционирования государства и общества трудно переоценить. Понятно в связи с этим и стремление государства к ограничению оборотоспособности этих объектов.

Норма ст. 129 ГК РФ носит отсылочный характер и определяет, что изъятые из оборота объекты должны быть прямо указаны в законе, а ограниченно оборотоспособных объектов определяются в порядке, установленном законом. Таким образом, Гражданский кодекс допускает различные ограничения оборотоспособности объектов гражданских прав как потенциальную возможность, реализовать которую можно в самых различных законах. Из общего правила есть исключения: вопросы оборотоспособности земли и других природных ресурсов регулируются законами о земле (п.3 ст. 129 ГК). Закон «Об ипотеке» (п. 4 ст. 1) устанавливает, что залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества может возникать лишь постольку, поскольку их оборот допускается федеральными законами. Следовательно, здесь отсылка к ещё целому ряду специальных законов, касающихся, очевидно, правового статуса отдельных объектов недвижимости. п.4 ст.1 Закона “Об ипотеке” можно истолковать по принципу “запрещено всё, что прямо не запрещено”. Создаётся впечатление, что ипотека того или иного объекта будет допускаться только тогда, когда его оборот прямо разрешён каким-то иным федеральным законом, хотя ГК гласит, что залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества (ипотека) регулируется законом об ипотеке (п.2 ст.334).

Также обращает на себя внимание п. 2 ст. 6 Закона об ипотеке: не допускается ипотека имущества, изъятого из оборота, имущества, на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание, а также имущество, в отношении которого в установленном федеральном законе порядке предусмотрена обязательная приватизация либо приватизация которого запрещена. Здесь усматривается иной подход, нежели тот который отражён в п.4 ст.1[[18]](#footnote-18).В п. 2 ст. 6 Закона об ипотеке представлен достаточно понятный перечень ограничений. Из данной нормы следует, что Закон об ипотеке всё-таки берёт на себя задачу регулирования ипотечной оборотоспособности объектов, пусть и в довольно общем виде, что отражается в противоречии с п.4. ст.1.

Пункт 1 ст. 6 Закона об ипотеке определяет залогодателя как собственника передаваемого в залог имущества или как владеющего им на праве хозяйственного ведения. Этот перечень представляется исчерпывающим. Право собственности представляет собой совокупность трёх составляющих - владение, пользование и распоряжение (ст. 209 ГК). Отсутствие у собственника одной из составляющих лишает его в правовом смысле такого статуса.

Залог может распространяться на имущество, которое может стать собственностью залогодателя в будущем (п.6 ст. 340 ГК).

Залог собственником своей доли в общей долевой собственности не требует согласия остальных собственников (п.2 ст.7 Закона об ипотеке), а залог имущества, находящегося в общей совместной собственности (то есть без определения доли каждого из собственников в праве собственности) лишь при наличии согласия всех собственников. Причём, в случае обращения взыскания на такое имущество (находящегося в общей собственности) применяются правила статей 250 и 255 Гражданского Кодекса РФ о преимущественном праве покупки, принадлежащим остальным собственникам, и об обращении взыскания на долю в праве общей собственности, за исключением случаев обращения взыскания на долю в праве собственности на общее имущество жилого дома (ст. 290 ГК).

Мы полагаем, что выделение недвижимости из остального имущества объясняется не только важностью для экономики страны имеющихся природных ресурсов, тесной связью с недвижимости, например, с землёй, но и с тем, что к недвижимости относятся наиболее ценные и значимые объекты. Это требует их специальной регистрации в гражданском обороте, что находит своё отражение в особенностях содержания многих правоотношений, особом порядке и форме заключения договоров, предметом которых является недвижимое имущество. Некоторые правоотношения могут иметь объектом только недвижимое имущество, например, ипотека.

Ещё одна особенность, которую следует уточнить. Положения подпункта 3 п. 1 ст. 351 ГК РФ, предусматривающего, что в случае гибели заложенной вещи или прекращения заложенного права, если залогодатель не воспользовался правом заменить предмет залога. (п. 2 ст. 345 ГК РФ). Некоторой неясностью отличается само правило п. 2 ст. 345 ГК РФ. Гибель предмета залога, по-видимому, всегда означает прекращение права залога. При предоставлении залогодателем нового предмета в залог между сторонами возникнут новые залоговые правоотношения. Согласно Концепции развития законодательства о вещном праве Законодателю необходимо решить вопрос о том, должны ли стороны заключать новый договор залога ввиду замены предмета залога, или прежний договор залога будет распространяться на новый предмет[[19]](#footnote-19).

Аналогичный вопрос возникает в случае изменения предмета залога в силу его естественных свойств или действий третьих лиц, приводящих к появлению нового объекта оборота.

Глава 2. Особенности ипотеки земельных участков

При ипотеке земельного участка вместе с находящимися на нем зданиями и сооружениями государственную регистрацию ипотеки проводит орган, осуществляющий регистрацию ипотеки земельного участка, который обязан передать сведения о регистрации ипотеки органу, проводящему регистрацию зданий и сооружений. Для регистрации ипотеки представляется заявление залогодержателя, закладная, документы, названные в закладной в качестве приложения к ней, доказательства уплаты государственной пошлины за регистрацию. Регистрационная запись включает в себя сведения о залогодателе, информацию о предмете ипотеки, указания о наличии предшествующих ипотек и сроке действия ипотечного обязательства.

2.1 Земельный участок как объект земельных ипотечных правоотношений

Единственным классическим объектом недвижимости признаётся участок земли, поскольку именно земная поверхность является объективно недвижимой по крайней мере относительно самой себя.

По договору об ипотеке могут быть заложены земельные участки, если соответствующие земли не исключены из оборота или не ограничены в обороте[[20]](#footnote-20).

Норма п. 3 ст. 3 ЗК РФ определяет соотношение норм гражданского и земельного законодательства в пользу последнего в сфере регулирования имущественных правоотношений по владению, пользованию и распоряжению земельными участками, а также совершению сделок с ними. Современное земельное законодательство, определяя объекты земельных отношений, совершенно справедливо отдает приоритет земле как природному объекту и природному ресурсу. Начальным этапом земельных залоговых отношений становится формирование земельного участка, которое включает в себя соответствующие процедуры землеустройства и кадастрирования. При этом важным для нас является то, что для того чтобы земельный участок мог выступать в качестве предмета гражданско-правовых сделок, данный участок должен пройти кадастровый учет, заканчивающийся присвоением участку кадастрового номера. Интересный вывод был сделан судом по применению законодательства при рассмотрении вопросов, возникающих из земельных правоотношений - при решении вопроса о правомерности отказа в государственной регистрации прав на земельный участок необходимо учитывать ФЗ «О государственном земельном кадастре», который определил, что государственному кадастровому учёту подлежат все земельные участки, расположенные на территории РФ, независимо от форм собственности на землю, целевого назначения и разрешенного использования[[21]](#footnote-21).

Понятие земельного участка является одним из основных понятий земельного и гражданского права. Особый характер земельных залоговых правоотношений обусловлен спецификой земли, которая понимается в различных значениях: в широком смысле - вся планета, как природный объект и природный ресурс; в узком смысле - земельный участок, как объект земельных отношений, т.е. часть поверхности земли (в том числе почвенный слой), границы которой описаны и удостоверены в установленном законом порядке. Не следует смешивать понятия «земля» и «земельный участок», необходимо различать земельный участок как объект недвижимости и как природный объект, природный ресурс, компонент окружающей среды.

Правовое положение субъектов залога земли.(Наумов)

Проблема правового регулирования юридического статуса субъектов ипотеки земли оказывает непосредственное влияние на развитие данного вида ипотеки. Пробелы в законодательстве негативно влияют на заинтересованность сторон в осуществлении различных сделок с землей, в том числе и сделок по залогу земельных участков.

Положения ст. 34 ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» предоставляют залогодержателю (в том числе, и по договору об ипотеке земельного участка) адекватные средства, позволяющие ему осуществлять действенный контроль за исполнением залогодателем своих обязанностей. Поскольку залогодержатель не всегда может своими силами провести квалифицированную проверку исполнения залогодателем обязанностей по содержанию заложенного земельного участка, он, как представляется, должен иметь право обращаться в соответствующие контролирующие и надзорные органы с просьбой об оказании помощи в проведении такой проверки.

Российский законодатель прямо не предусматривает право залогодержателя обращаться в контролирующие и надзорные органы с ходатайством о проведении проверки заложенного объекта недвижимости на предмет надлежащего пользования им залогодателем и не обязывает эти органы осуществлять такие проверки. Между тем залогодержатель - кредитная организация, не имея в своем штате экспертов в области эксплуатации объектов недвижимости, не всегда обладает достаточной компетенцией, чтобы правильно оценить такие действия залогодателя по использованию заложенной недвижимости, которые способны повлечь причинение ущерба этому имуществу и которые можно квалифицировать как грубое нарушение залогодателем своих обязанностей по соблюдению правил пользования заложенным имуществом (ст. 35 ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»). Тем самым повышается вероятность неправомерного использования залогодателем предмета ипотеки, что ущемляет законные интересы залогодержателя, а если речь идет о земле, то нарушаются интересы общества в целом, поскольку земля в Российской Федерации охраняется как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории (п. 1 ст. 12 ЗК РФ). Поэтому полагаем целесообразным дополнить ст. 34 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» абзацем третьим следующего содержания:

«Залогодержатель по договору об ипотеке (залоге недвижимости) вправе обратиться в контролирующие и надзорные органы местного самоуправления с ходатайством о проведении проверки состояния и условий содержания недвижимого имущества, заложенного по договору. Проверка состояния и условий содержания недвижимого имущества, заложенного по договору об ипотеке, осуществляется уполномоченным органом местного самоуправления в порядке, установленном нормативным правовым актом местного самоуправления».

Недостаточное развитие правового регулирования прав и обязанностей субъектов ипотеки земли ведет к незаинтересованности банков в проведении ипотечных операций. Игнорирование объективных особенностей залоговых операций и разумных требований банковских структур по обеспечению их интересов вызывает неприятие кредитными учреждениями системы залога при всей ее значимости для развития земельной реформы и стабилизации финансовой системы аграрного сектора. Кроме того, в настоящее время недостаточно развиты механизмы защиты интересов залогодержателя по договору об ипотеке земли от инфляции в случае неисполнения залогодателем своих обязательств.

Одним из путей повышения заинтересованности банков в выдаче долгосрочных кредитов под залог земель сельскохозяйственного назначение могло бы стать расширение прав банка-залогодержателя в случае обращения взыскания на предмет ипотеки. На наш взгляд, было бы целесообразно предоставить кредитной организации-залогодержателю, выдавшей долгосрочный кредит под залог земельного участка сельскохозяйственного назначения, преимущественное право приобретения этого участка в собственность в случае решения суда об обращении взыскания на предмет ипотеки.

Особенности

Право земельного собственника заложить принадлежащий ему земельный участок - лишь один из элементов определения его юридической судьбы. Необходимым условием формирования ипотечного механизма является признание за собственником права продажи принадлежащего ему земельного участка, поскольку принципиальное положение залогового права всех правовых систем заключается в том, что заложить недвижимое имущество может только то лицо, которое имеет право его отчуждать.

В п. 4 ст. 1 Закона об ипотеке предусмотрено, что залог земельных участков может возникать лишь постольку, поскольку их оборот допускается федеральными законами, т.е. иным законодательством.

В п. 2 ст. 334 Гражданского Кодекса РФ говорится, что залог земельных участков регулируется законом об ипотеке. Действующий Закон об ипотеке в силу своей неполноты и несовершенства не может полностью регулировать земельные ипотечные отношения, в связи с чем ведутся активные работы законодателей правовому, экономическому обеспечению и разработке основ и механизмов Необходимо отметить, что проблема делимости земельного участка приобрела не только теоретический, но и практический аспект. В судебной практике отсутствует единообразие в оценке возможности части земельного участка быть предметом той или иной сделки.??????? Нужен пример

Земельное законодательство допускает только такое деление земельного участка, в результате которого образуется новый земельный участок[[22]](#footnote-22). Это позволяет нам сделать следующий вывод: если в результате деления невозможно образовать самостоятельный земельный участок как объект прав (со всеми его характеристиками, в том числе кадастровым номером), основной участок должен признаваться неделимым. Кроме того, можно говорить о том, что в результате деления земельного участка он как объект прав перестает существовать. Появляются новые самостоятельные участки. Так в соответствии со ст. 130 ГК РФ и ст. 1 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» часть земельного участка , в случае если его границы не описаны и не удостоверены в установленном порядке, не относится к перечню недвижимого имущества и как следствие не может считаться объектом недвижимости[[23]](#footnote-23). Таким образом, часть земельного участка должна представлять собой самостоятельный земельный участок, т.е. закладываемая часть земельного участка должна быть выделена в натуре, проведены работы по межеванию, выделенной части должен быть присвоен кадастровый номер и зарегистрировано право собственности и только после этого данная часть может быть предметом ипотеки. Аналогичные выводы мы нашли в судебных делах. В соответствии с материалами дела спорный земельный участок не был не обособлен, ни определён в натуре, и представлял собой абстрактную долю земельного участка. По решению суда он не мог быть объектом гражданских правоотношений, т.к. ч. 2 ст. 6 ЗК РФ определено, что земельный участок как объект земельных отношений - это часть поверхности земли и удостоверены в установленном порядке[[24]](#footnote-24).

Ипотека земельных участков, указанных в п. 2 ст. 62 Закона об ипотеке, находящихся в общей совместной или долевой собственности, допускается только после выдела земельного участка в натуре гражданину или юридическому лицу. Что касается общей долевой собственности, то её участник может в соответствии с п. 2 ст. 246 ГК РФ, а также с п. 2 ст. 7 Закона об ипотеке заложить свою долю в праве на общее имущество без согласия других сособственников. В п. 2 ст. 7 Закона об ипотеке не содержится запрета на залог доли в праве собственности на недвижимое имущество. Установленное ст. 62 правило является специальной нормой по отношению к общей норме(ст. 7 Закона об ипотеке) и специальной нормой в данном случае предусмотрено изъятие из общего правила[[25]](#footnote-25). Таким образом , в отношении залога установлен прямой запрет и доля в праве собственности на земельный участок не может быть принята в залог. Но варианты заключения договора ипотеки возможны (например заключение соглашения между собственниками участка о разделе или выделе долей каждого). Комментарий поясняет, что залог доли в праве собственности на земельный участок без раздела участка и выделения из него доли в натуре допускается только в одном случае: при залоге помещения в здании, если собственник здания является одним из собственников земельного участка, на котором это здание расположено[[26]](#footnote-26). В остальных случаях залог доли не допускается.

В отношении ипотеки имущества, находящегося в общей совместной собственности, существует иное правило - она может быть установлена только при наличии согласия на это сособственников. Причем такое согласие должно быть дано в письменной форме, если федеральным законом не установлено иное. В качестве примера подобного федерального закона может быть назван Семейный кодекс РФ, в соответствии с п. 3 ст. 35 которого, для совершения одним из супругов сделки по распоряжению недвижимостью и сделки, требующей нотариального удостоверения и (или) регистрации в установленном законом порядке, необходимо получить нотариально удостоверенное согласие другого супруга.

Земельные участки не подлежат ипотеке в случае, если они находятся в государственной или муниципальной собственности, а также сельскохозяйственные угодья из состава земель сельскохозяйственных организаций, крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств. Кроме того, не допускается ипотека земельного участка, площадь которого меньше минимального размера, установленного нормативными актами субъектов Российской Федерации и нормативными актами органов местного самоуправления для земель различного целевого назначения и разрешенного использования.

Земли, находящиеся в собственности РФ и субъектов РФ, являются государственной собственностью.

Государственные земли делятся в свою очередь на федеральные земли (земли, занимаемые федеральными объектами – здания, сооружения, предприятия другие земли, выделяемые для федеральных нужд) и земли субъектов РФ - они собственники земли на своих территориях. Муниципальная собственность на землю - это собственность муниципальных образований в пределах их границ. Однако, как это понятно, и здесь не все земли находятся в муниципальной собственности. Для примера возьмём любое муниципальное образование. На его территории могут быть 1 – 2 федеральных объектов. Земля, занимаемая ими, является, как правило, федеральной. Далее, на его территории могут располагаться несколько предприятий областного или краевого, республиканского значения (то есть земли субъекта РФ). На территории муниципального образования много частных собственников земли (под жилыми домами, приусадебными, подсобными хозяйствами и т.д.). Эти частные земли также исключаются из муниципальных земель. В остатке остаются муниципальные земли – земли, занятые муниципальными объектами (больницы, школы, муниципальное жильё и т.д.), так называемые земли общего пользования (дороги, парки, пляжи, кладбища и так далее).

Земельные участки, находящиеся в муниципальной собственности и земельные участки, государственная собственность на которые не разграничена, могут быть предметом залога по договору об ипотеке в строго определенном случае: если такие земельные участки предназначены для жилищного строительства или для комплексного освоения в целях жилищного строительства и передаются в обеспечение возврата кредита, предоставленного кредитной организацией на обустройство данных земельных участков посредством строительства объектов инженерной инфраструктуры.

Органы местного самоуправления принимают решения об ипотеке земельных участков, находящихся в муниципальной собственности и указанных в пункте 1 статьи 62. Решения об ипотеке земельных участков, государственная собственность на которые не разграничена и которые указаны в пункте 1 настоящей статьи, принимаются органами государственной власти субъектов Российской Федерации или органами местного самоуправления, наделенными полномочиями на распоряжение указанными земельными участками в соответствии с законодательством Российской Федерации. Таким образом , решения должны применяться именно указанными органами (Главой администрации, мэром и т.д.), а не какими либо иными лицами или органами.

Ограничение ипотеки земельных участков, чьим собственником является государство или субъект Российской Федерации, скорее обусловлено причинами политического порядка. Очевидно, законодатель исходил из необходимости сохранения территориальной целостности России и закрепления резерва государственных земель. Такие земельные участки могут передаваться в хозяйственное ведение государственным и муниципальным унитарным предприятиям и в оперативное управление учреждениям и казенным предприятиям. Следует обратить внимание на противоречие п. 1 статьи 63 положениям п. 1 ст. 6 Закона об ипотеке, допускающего ипотеку имущества, принадлежащего залогодателю на праве хозяйственного ведения. Кроме того, этот пункт противоречит также п. 3 ст. 129 ГК РФ, в соответствии с которым земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться или переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсов. Однако Закон об ипотеке к таковым законам не относится.

Действующим законодательством предусмотрено ещё некоторое ограничение в отношении права собственности на земельный участок : иностранным гражданам и юридическим лицам, а также юридическим лицам в уставном капитале которых присутствует иностранный капитал , не могут на праве собственности принадлежать земли сельскохозяйственного назначения и земли в приграничных зонах.

Особое внимание следует уделить земельным участкам сельскохозяйственного назначения. Определение земель сельскохозяйственного назначения дается в п. 1 ст. 46 Градостроительного кодекса РФ, в котором сказано, что в пределах границ (черты) городских и сельских поселений выделяются зоны сельскохозяйственного использования, занятые пашнями, садами, виноградниками, огородами, сенокосами, пастбищами, а также сельскохозяйственными строениями, зданиями, сооружениями[[27]](#footnote-27). Несколько иное определение дает ЗК РФ. Так, землями сельскохозяйственного назначения признаются земли за чертой поселений, предоставленные для нужд сельского хозяйства, а также предназначенные для этих целей. Главной особенностью этой категории земель является то, что земля здесь выступает в качестве основного средства производства. Поэтому для земель сельскохозяйственного назначения установлен особенный режим, имеющий целью как охрану и повышение плодородия почв, так и недопущения выведения таких земель из сельскохозяйственного оборота. Так сельскохозяйственные угодья из состава земель сельскохозяйственных организаций, крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств не подлежат ипотеке.

Закон об ипотеке допускает также залог права аренды земельных участков. Поэтому правила об ипотеке недвижимого имущества применяются и к залогу прав арендатора по договору об аренде такого имущества, поскольку иное не установлено федеральным законом и не противоречит существу арендных отношений (п. 5 ст. 5 Закона). Судебная практика показывает, что право аренды не может быть заложено, если государство является арендатором земельного участка. Доводы истца по одному из дел отклоняются, поскольку в ипотеку предполагалось передать не сами земли, а право аренды[[28]](#footnote-28). Из сказанного можно сделать вывод, что право аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, не может быть заложено. Законодательством прямо установлен запрет на залог права аренды земельного участка. Так в соответствии со ст. 5 ФЗ «О введении в действие лесного кодекса РФ» арендатор по договору аренды участка лесного фонда до приведения его в соответствие с ЛК РФ, а также арендатор по договору аренды участка лесного фонда или по договору аренды лесного участка, если государственный кадастровый учет таких участков не осуществляется, не вправе отдавать арендные права в залог[[29]](#footnote-29). В соответствии со ст. 18 ФЗ «О государственных муниципальных унитарных предприятиях[[30]](#footnote-30)» государственное или муниципальное предприятие, являющееся арендатором земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, не в праве отдавать арендные права в залог. При аренде земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, на срок более чем пять лет арендатор земельного участка имеет право в пределах срока договора аренды передать свои права и обязанности, в том числе право аренды в залог без согласия собственника земельного участка при условии его уведомления. В отношении необходимости получения в залог права аренды согласия арендодателя участка из земель государственной или муниципальной собственности, если срок аренды менее пяти лет, законодательством противоречиво. Противоречие заключается в следующем: согласно п. 4 ст. 6 Закона об ипотеки право аренды может быть предметом ипотеки с согласия арендодателя, если федеральным законом или договором аренды не предусмотрено иное. В случаях, предусмотренных п. 3 ст. 335 ГК РФ, необходимо также согласие собственника арендованного имущества, или лица, имеющего на него права хозяйственного ведения. Арендатор вправе с согласия арендодателя отдавать арендные права в залог, если иное не установлено ГК РФ, другими законами или иными правовыми актами (ст. 615 ГК РФ). На основе п. 5 ст. 22 ЗК РФ арендатор земельного участка вправе отдать арендные права земельного участка в залог в пределах срока договора аренды земельного участка без согласия собственника земельного участка при условии его уведомления, если договором земельного участка не предусмотрено иное. Как мы видим имеет место быть противоречие – в соответствии с одними нормами согласие требуется, а с другими не требуется. Проанализировав практику законодательства мы пришли к выводу, что согласие на залог права аренды земельного участка , когда договор аренды земельного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности, заключён на срок менее чем пять лет: не нужно, если участок обеспечивает эксплуатацию здания, одновременно с которым закладывается право аренды, и это государственная или муниципальная земля , а в остальных случаях нужно (так гласит ст. 62 Закона об ипотеки). По общему правилу п. 5 ст. 22 ЗК РФ – не нужно, если иное не предусмотрено договором аренды[[31]](#footnote-31).

Особые правила залога земельного участка, на котором расположены здания или сооружения, принадлежащие залогодателю, установлены в ст. 64 Закона об ипотеке. Так, если договором об ипотеке не предусмотрено иное, при ипотеке земельного участка право залога распространяется также на находящиеся или строящиеся на земельном участке здание или сооружение залогодателя. При наличии в договоре условия, предусматривающего, что находящиеся или строящиеся на земельном участке и принадлежащие залогодателю здание или сооружение не заложены тому же залогодержателю, залогодатель при обращении взыскания на земельный участок сохраняет право на такие здание или сооружение и приобретает право ограниченного пользования (сервитут) той частью земельного участка, которая необходима для использования таких здания или сооружения в соответствии с их назначением. Условия пользования указанной частью земельного участка определяются соглашением между залогодателем и залогодержателем, а в случае спора - судом. Закон об ипотеке в интересах защиты имущественных прав залогодателя предусматривает, что залогодатель земельного участка вправе без согласия залогодержателя распоряжаться принадлежащими ему зданиями и сооружениями на этом участке, на которые в соответствии с п. 1 ст. 64 право залога не распространяется. При отчуждении такого здания или сооружения другому лицу и отсутствии соглашения с залогодержателем об ином права, которые это лицо может приобрести на заложенный земельный участок, ограничиваются вышеназванными условиями.

При ипотеке земельного участка право залога распространяется на находящиеся или возводимые на этом участке здания и сооружения залогодателя, в том числе на жилые строения. Если в договоре не предусмотрены условия о том, что находящееся или возводимое на земельном участке здание или сооружение, которое принадлежит залогодателю, заложено тому же залогодержателю, залогодатель при обращении взыскания на земельный участок сохраняет право на это здание или сооружение и приобретает право ограниченного пользования (сервитут) той частью участка, которая необходима для использования здания или сооружения в соответствии с его назначением. Условия пользования этой частью участка определяются соглашением между залогодателем и залогодержателем, а в случае спора - судом[[32]](#footnote-32).

Согласно ст. 65 Закона об ипотеке на земельном участке, заложенном по договору об ипотеки, залогодатель вправе без согласия залогодержателя возводить в установленном порядке здания или сооружения, если иное не предусмотрено договором об ипотеке. Так, если иное не предусмотрено договором об ипотеке , ипотека распространяется на эти здания и сооружения. Из этого мы можем сделать вывод что, в случае, когда строительство на земельном участке осуществляется не залогодателем, ипотека в силу закона на возводимые на данном участке здания не распространяются. При этом права на земельный участок, принадлежащие застройщику, не прекращается в связи с передачей участка в ипотеку.

При наличии в договоре условия, предусматривающего, что находящиеся или строящиеся на земельном участке и принадлежащие залогодателю здание или сооружение не заложены тому же залогодержателю, залогодатель при обращении взыскания на земельный участок сохраняет право на такие здания и сооружения и приобретает право ограниченного пользования (сервитут) той частью земельного участка, которая необходима для использования таких здания и сооружения в соответствии с их назначением. Условия пользования указанной частью земельного участка определяются соглашением между залогодателем и залогодержателем, а в случае спора – судом. В интересах защиты имущественных прав залогодателя предусматривает, что залогодатель земельного участка имеет право без согласия залогодержателя распоряжаться принадлежащими ему зданиями и сооружениями на этом участке, на которые право залога не распространяется. При отчуждении такого здания или сооружения другому лицу и отсутствии соглашения с залогодержателем об ином права, которые это лицо может приобрести на заложенный земельный участок, заключаются в том, что оно может приобрести право сервитута на этот земельный участок, как и в указанном выше случае. Ели на закладываемом земельном участке из состава сельскохозяйственного назначения находятся здания, строения, сооружения, в том числе возводимые на таком земельном участке, или иные прочно связанные с земельным участком объекты недвижимости, принадлежащие на том же праве собственнику такого земельного участка. Ипотека такого участка допускается только с одновременной ипотекой прочно связанных с ним объектов недвижимости. Следует заметить, что статья 64 Закона об ипотеке противоречит ст. 35 ЗК РФ, в соответствии с которой отчуждение земельного участка не допускается без одновременного отчуждения расположенного на этом участке объекта недвижимости, принадлежащего собственнику участка. А поскольку передача имущества в ипотеку может привести к отчуждению этого имущества, то соответственно и ипотека земельного участка без одновременной ипотеки расположенного на этом участке объекта недвижимости будет являться ничтожной сделкой.

Соответственно в таком случае объект недвижимости должен закладываться вместе с земельным участком и должен описываться наравне с земельным участком в соответствии со ст. 9 Закона об ипотеке. А следовательно, ипотека земельного участка с расположенным на нем объектом недвижимости должна быть полностью идентична ипотеке объекта недвижимости с одновременной ипотекой земельного участка. Но залог земельного участка с расположенным на нем объектом недвижимости в качестве самостоятельного вида договора не существует и без одновременного залога объекта недвижимости является ничтожной сделкой.

Подтверждается эта позиция Постановлением Пленума ВАС в п. 11 которого указано, что согласно пункту 4 статьи 35 ЗК РФ отчуждение земельного участка без находящихся на нем здания, строения, сооружения в случае, если они принадлежат одному лицу, не допускается[[33]](#footnote-33). Поэтому нам видится, что сделки, воля сторон по которым направлена на отчуждение здания, строения, сооружения без соответствующего земельного участка или отчуждение земельного участка без находящихся на нем объектов недвижимости, если земельный участок и расположенные на нем объекты принадлежат на праве собственности одному лицу, являются ничтожными. Такой же порядок отчуждения принадлежащих одному лицу земельных участков и находящихся на них объектов недвижимости должен применяться и при прекращении права на землю в случае реквизиции, конфискации здания, строения, сооружения, обращения взыскания на указанное имущество по обязательствам его собственника[[34]](#footnote-34).

Ещё одна особенность заключается в том, что земельный участок, приобретенный с использованием кредитных средств банка или иной кредитной организации либо средств целевого займа, предоставленного другим юридическим лицом на приобретение этого земельного участка, считается находящимся в залоге с момента государственной регистрации права собственности заёмщика на этот земельный участок. Однако если иные правила предусмотрены специальным федеральным законом или оговорены в договоре, то применяются правила соответственно закона или договора. Залогодержателем по данному залогу является банк или иная кредитная организация, либо другое юридическое лицо, предоставившие кредит или целевой заем на приобретение земельного участка[[35]](#footnote-35). Следовательно в случае использования кредитных средств ипотека в силу закона возникает независимо от целевого назначения кредита, единственным условием для возникновения ипотеки в силу закона является доказательство того, что именно за счет средств данного кредита, а не из каких-либо других средств, произведена оплата за участок. В том случае, если покупатель приобретает земельный участок в собственность и берет кредиты или целевые займы у нескольких кредиторов на покупку участка, то такие кредиторы не становятся солидарными залогодержателями, так как они не являются солидарными кредиторами, а обеспечиваемые ипотекой обязательства независимы друг от друга. При этом ипотека возникает у всех залогодержателей в момент регистрации права собственности покупателя на земельный участок.

При приобретении права аренды на средства кредита или займа, можно сказать, что плата вносится целиком или частично за счет средств кредита или целевого займа. В случае, если за счет средств кредита или целевого займа происходит уплата арендной платы, ипотека в силу закона не возникает, поскольку уплата арендной платы производится по уже заключённому договору, то есть когда право аренды уже приобретено.

Земельный участок на котором с использованием кредитных средств банка или иной кредитной организации либо средств целевого займа, предоставленного другим юридическим лицом на строительство здания или сооружения, построено или строится здание или сооружение, либо право аренды такого земельного участка считается находящимся в залоге с момента государственной регистрации права собственности заёмщика, либо с момента получения органом, осуществляющим государственную регистрацию, уведомления залогодателя и залогодержателя о заключении кредитного договора. Следует заметить, что п. 28 Инструкции о порядке государственной регистрации ипотеки объектов недвижимого имущества указывает, что датой регистрации ипотеки в силу закона является либо дата регистрации права, либо дата внесения в книгу учёта входящих документов записи о документах[[36]](#footnote-36). В соответствии со ст. 11 Закона об ипотеке при ипотеке в силу закона ипотека возникает с момента государственной регистрации права собственности на это имущество, если иное не установлено договором. Из всего сказанного следует, что ипотека в силу закона возникает с момента государственной регистрации , если иное не предусмотрено договором.. При этом при регистрации ипотеки в силу закона предоставление отдельного заявления не требуется согласно п. 26 – 27 Инструкции[[37]](#footnote-37). Таким образом, уведомление залогодателя и залогодержателя как основания возникновения ипотеки в силу закона законодательством не предусмотрено.

Залогодатель имеет право без согласия залогодержателя возводить в установленном порядке здания или сооружения на заложенном земельном участке, но для этого нужно получение необходимых разрешений в государственных органах. При этом в договоре ипотеки может быть установлено либо запрещение их возведения, либо получение предварительного согласия залогодержателя на их возведение. Если возведенное на заложенном участке здание или сооружение влечет или может повлечь ухудшение обеспечения, предоставленного залогодержателю ипотекой этого имущества, залогодержатель вправе потребовать изменения договора об ипотеке, в том числе, если это необходимо, путем распространения ипотеки на возведенное здание или сооружение.

В соответствии со ст. 66 Закона об ипотеке в том случае, когда ипотека установлена на земельный участок, на котором находится здание или сооружение, принадлежащее не залогодателю, а другому лицу, при обращении залогодержателем взыскания на этот участок и его реализации к приобретателю участка переходят права и обязанности, которые в отношении этого лица имел залогодатель как владелец участка. Общим правилом является норма о том, что к приобретателю земельного участка от залогодателя-собственника переходят права и обязанности по отношению к другому лицу, являющемуся собственником здания (сооружения), расположенного на участке, на который залогодержателем было обращено взыскание.

В заключение хотелось бы добавить, что нормы об ипотеке, являющейся институтом гражданского права, должны занять чётко определённое место в системе норм гражданского права, содержащихся, прежде всего в ГК. В то же время ипотека не может не затрагивать и иные отрасли права – в первую очередь, конечно, земельное право.

Государственный земельный кадастр имеет фрагментарный характер, который не дает общей совокупности сведений о земельном фонде страны и не является в таком виде базой для организации разумного управления ресурсами, в том числе и для развития таких институтов, как земельная ипотека. Планово-картографическая основа преимущественно устарела, в связи с чем, крупные собственники земельных участков иногда вынуждены за свой счет оплачивать все работы, сумма которых посильна буквально единицам.

Значительная часть земли, как известно, находится в аренде и по смыслу земельная ипотека должна и может предусматривать возможность как залога земельного участка, находящегося на праве собственности, так и право аренды земельного участка. Но чтобы это происходило, нужен рынок прав аренды, иначе это право аренды не может быть оценено надлежащим образом. Рынка права аренды нет, поэтому и возможности залога права аренды тоже, к сожалению, пока на сегодня нет. По классическим правилам при залоге земельного участка его стоимость должна быть определена на основе оценки рыночной стоимости.

Не решен также окончательно вопрос, по какому пути развивать земельную ипотеку в России: американскому (двухуровневая система) или западноевропейскому (одноуровневая система). Двухуровневая система подразумевает, что кредитные организации имеют право и осуществляют кредитование под залог земельных участков, а закладные консолидируются в различного рода земельно-ипотечных агентствах, которые на их основе осуществляют эмиссию и обращение ценных бумаг. Западноевропейская система заключается в том, что существуют специализированные земельные банки, которые сами проводят эмиссию ценных бумаг.

Россия, на наш взгляд, должна взять самое лучшее от двух систем и идти по собственному пути. Таким образом, более предпочтительна система, когда любые банки могут участвовать в процессе земельного кредитования, но обращение ценных бумаг, мониторинг и так далее, должны осуществляться на втором уровне. Необходимо создание одного или нескольких земельно-ипотечных агентств, причем форма этих организаций и статус могут быть разными. Это может быть сто процентов государственная компания, или государственное коммерческое партнерство, или межбанковское партнерство. Степень научной разработанности темы.

Наиболее успешное правовое регулирование ипотеки земли как важного инструмента развития может быть достигнуто на федеральном законодательном уровне при последующей его детализации в нормативных правовых актах органов исполнительной власти. В современных условиях развития экономики России целесообразно использовать стиль правового регулирования, принятый в развитых зарубежных странах с учетом национальных реалий.

Целями правового регулирования ипотеки земли в России на современном этапе являются:

активизация развития ипотеки земли, в том числе путем увеличения вариантов размещения средств, предусмотренных федеральным законодательством;

расширение прав участников земельных имущественных отношений;

совершенствование механизма нормативного правового регулирования ипотеки земли через устранение внутренних пробелов и логических противоречий.

Для дальнейшего интенсивного развития ипотеки земли и в целом финансовой системы страны необходимо продолжение адаптации к российской правовой системе таких институтов, успешно работающих в развитых странах, как ипотечные агентства, ипотечные ценные бумаги, всемерная поддержка крестьянских (фермерских) хозяйств, развитие правового статуса участников земельных залоговых отношений.

Реализация заложенного земельного участка на основании взаимного, нотариально удостоверенного соглашения сторон представляется наиболее эффективной формой разрешения проблемных и спорных ситуаций, поскольку позволяет в наиболее короткие сроки удовлетворить интересы участников земельных имущественных отношений.

Глава 3 Особенности ипотеки предприятий, зданий и сооружений

Понятие предприятия как объекта гражданских прав впервые закреплено в ст. 132 ГК РФ. До этого оно лишь упоминалось среди объектов гражданских правоотношений. Согласно ст. 132 ГК РФ предприятием признается имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности. В этом смысле предприятие как единое целое признаётся недвижимостью и может выступать в качестве предмета ипотеки и других имущественных сделок (например, купли-продажи, аренды и т.п.). Предприятие относится к недвижимому имуществу и рассматривается как неделимая вещь. Предприятие включает в себя вещи, имущественные и исключительные права, выступающие, в свою очередь, как самостоятельные объекты гражданских правоотношений. Этим оно, в частности, отличается от сложной вещи, которая состоит из нескольких различных вещей одного вида, объединенных общим целевым назначением (ст. 134 ГК РФ). Объекты, образующие предприятие как имущественный комплекс, можно разделить на три группы:

1) движимые и недвижимые вещи, предназначенные для деятельности предприятия. Это - здания, сооружения, сырье, приготовленное к переработке, предназначенные к сбыту товары и др. ;

2) имущественные права и обязанности предприятия (ст. 132 ГК РФ), включая права на безналичные денежные средства;

3) исключительные права (право на фирму, товарный знак).

Особенности предприятия как объекта гражданских правоотношений обусловливают специфику сделок с ним. Специальные нормы регулируют куплю-продажу, аренду, залог предприятия[[38]](#footnote-38).

Залог предприятия регулируется ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)"[[39]](#footnote-39). При ипотеке предприятия заложенным считается все имущество, входящее в его состав.

В состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для полноценного осуществления его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырьё, продукцию, права требования долга, а так же права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания) и другие исключительные права. То есть предприятие, как имущественный комплекс, имеет в своём составе помимо недвижимости также исключительные права, права требования и иные объекты не относимые к недвижимому имуществу.

При ипотеке предприятия как имущественного комплекса право залога распространяется на всё входящие в его состав имущество[[40]](#footnote-40). Пункт 2 ст.70 включает в состав заложенного имущества, также относящиеся к данному предприятию материальные и нематериальные активы, которые и составляют имущество предприятия. Состав его определяется и оценивается на основе полной инвентаризации данного имущества. Акт инвентаризации, бухгалтерский баланс и заключение независимого аудитора о составе и стоимости имущества, относящегося к предприятию, являются обязательными к договору об ипотеке.

В качестве залогодателя выступает собственник предприятия либо иное управомоченное им лицо - субъект права хозяйственного ведения, доверительный управляющий. Залогодателем может быть как должник по основному обязательству, так и третье лицо, не участвующее в основном обязательстве.

Залогодержателем может быть любой субъект гражданского оборота. Статус предпринимателя залогодержателю не требуется, поскольку при возникновении права обратить взыскание на предмет залога ему передается не предприятие как таковое, а сумма, вырученная от его продажи. Проблема может возникнуть лишь в том случае, если залогодержатель, не зарегистрированный в качестве предпринимателя или не имеющий права заниматься предпринимательской деятельностью, решит приобрести предприятие при признании торгов несостоявшимися (ст. 58 Закона об ипотеке).

Движимое имущество, входящее в состав предприятия, в значительной доле представлено объектами, находящимися в обороте, - сырьем, материалами, готовой продукцией, денежными средствами. Поскольку согласно ст. 29 Закона об ипотеке за залогодателем сохраняется право пользоваться заложенным имуществом, лишить залогодателя права распоряжаться движимым имуществом предприятия означало бы практически исключить возможность самостоятельно использовать предприятие по назначению. Защита прав кредитора-залогодержателя при отчуждении движимого имущества обеспечивается возможностью оспорить сделку, если в результате стоимость предприятия уменьшилась. В этом случае залогодержатель может воспользоваться правами, предоставленными ст. 39 Закона об ипотеке, т.е. по своему выбору потребовать:

признания сделки об отчуждении заложенного имущества недействительной и применения последствий, предусмотренных ст. 167 ГК РФ;

досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства и обратить взыскание на заложенное имущество независимо от того, кому оно принадлежит.

Отчуждение недвижимых вещей, входящих в предприятие, допускается только с согласия залогодержателя. Данное требование вполне обоснованно - ведь недвижимое имущество всегда имеет значительную стоимость. Передача недвижимого имущества другим лицам влечет за собой снижение стоимости предприятия и, соответственно, ухудшает положение залогодержателя.

Ипотека предприятия предполагает одновременную ипотеку земельного участка, на котором оно находится, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект.

Закон об ипотеке возлагает на залогодателя обязанности по обеспечению сохранности заложенного имущества. Согласно ст. 29 данного Закона, если иное не предусмотрено договором, при пользовании заложенным имуществом залогодатель не должен допускать ухудшения имущества и уменьшения его стоимости сверх нормального износа. Нормы об ипотечном контроле, содержащиеся в Законе об ипотеке, свидетельствуют о преемственности ряда положений Закона РФ от 29 мая 1992 г. «О залоге», а также о сохранении подхода к предприятию не только как к имущественному комплексу, но и как к субъекту гражданского оборота. Правда, этот подход в Законе об ипотеке несколько сглажен, поскольку указывается на права залогодержателя применить определенные меры не к предприятию, а к его собственнику[[41]](#footnote-41).

Ипотечный контроль заключается в возможности залогодержателя постоянно следить за деятельностью залогодателя, блокировать его нежелательные действия. Правомочия, предоставляемые залогодержателю Законом об ипотеке, можно разделить на две группы: непосредственно контрольные полномочия и полномочия, связанные с воздействием на принятие решений по управлению предприятием.

В Законе об ипотеке указывается лишь на право залогодержателя требовать расторжения договора с руководителем предприятия. Однако управляющим имущественным комплексом предприятия не всегда является его руководитель. Эти функции могут возлагаться и на иное лицо, к примеру, на доверительного управляющего.

Представляется, что залогодержателю должно быть предоставлено право требовать отстранения не только руководителя организации, но и доверительного управляющего, и руководителей филиалов, других обособленных подразделений, действующих в ущерб интересам предприятия, а также главного бухгалтера.

В случаях, когда ставится вопрос об отстранении руководителей, работающих по трудовому договору, при принятии решения о расторжении договора следует соблюдать нормы трудового законодательства в отношении определения оснований и порядка увольнения. Закон предусматривает возможность требовать отстранения руководителя, привлеченного по контракту, и не предоставляет залогодержателю права заявлять требования о замене выборных исполнительных органов, в частности руководителя, избранного из числа участников организации. Поскольку во многих организациях действует система избрания единоличного руководителя из числа ее участников (например, в акционерных обществах, обществах с ограниченной ответственностью, кооперативах и др.), сфера применения рассматриваемой возможности оказывается сильно ограниченной.

Для обеспечения защиты интересов залогодержателя необходимо распространить положение о праве требования отстранения руководителей и на выборных руководителей, тем более что законодательство об отдельных видах юридических лиц допускает досрочное прекращение полномочий избираемого руководителя. Если образование исполнительных органов отнесено уставом общества к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества, он вправе в любое время принять решение о досрочном прекращении полномочий единоличного исполнительного органа общества (директора, генерального директора), членов коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) и об образовании новых исполнительных органов. Поскольку образование исполнительных органов чаще всего относится к компетенции общего собрания, законодательство позволяет устанавливать в уставе право совета директоров (наблюдательного совета) общества принять решение о приостановлении полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации (управляющего). При этом совет директоров (наблюдательный совет) общества обязан принять решение об образовании временного единоличного исполнительного органа общества (директора, генерального директора) и о проведении внеочередного общего собрания. Таким образом, если устав позволяет совершать указанные действия, то за залогодержателем следует признать право обратиться к совету директоров с требованием о приостановлении полномочий единоличного руководителя до созыва общего собрания, если это необходимо для защиты интересов залогодержателя.

Не указаны в Законе об ипотеке последствия отказа залогодателя от замены руководителя. Представляется, что данный вопрос также нуждается в более четком регулировании.

Законодательство о хозяйственных обществах предоставляет совету директоров достаточно широкие полномочия по распоряжению имуществом организации. В связи с этим возникает вопрос о том, вправе ли залогодержатель требовать переизбрания совета директоров, если принимаемые им решения влекут за собой снижение стоимости заложенного имущества. Исходя из целей ипотечного контроля, следовало бы дать положительный ответ. Однако толкование ст. 72 Закона об ипотеке приводит к противоположному выводу, так как в ней указывается на возможность требовать "расторжения контракта с руководителем", но не сменять состав любых исполнительных органов.

Ипотекой предприятия может быть обеспечено не каждое требование, в частности, ограничения установлены в отношении минимального размера обеспечиваемого обязательства и срока его действия. Сумма обеспечиваемого обязательства в соответствии со ст. 71 Закона об ипотеке должна составлять не менее половины стоимости имущества, относящегося к предприятию.

Согласно п. 2 ст. 71 Закона об ипотеке залогом предприятия обеспечивается денежное обязательство, подлежащее исполнению не ранее, чем через год после заключения договора об ипотеке. Указание в данном случае на денежный характер обязательства может создать впечатление, что срок иных обеспечиваемых ипотекой предприятия обязательств значения не имеет.

Однако ипотека любого недвижимого имущества согласно ст. 3 Закона об ипотеке обеспечивает "уплату", т.е. денежные, а не какие-либо другие обязательства. Поэтому упоминание о денежном характере обязательства, присутствующее в п. 2 ст. 71 Закона об ипотеке, вряд ли имеет какой-либо особый смысл. Если договором предусмотрено, что ипотекой предприятия обеспечивается обязательство со сроком исполнения менее чем через год, право на обращение взыскания на предмет ипотеки по неисполненному или ненадлежащим образом исполненному обязательству возникает у залогодержателя только по истечении года с момента заключения договора об ипотеке.

Ограничение минимальной суммы долга соотносится с правилом п. 2 ст. 348 ГК РФ, согласно которому в обращении взыскания на заложенное имущество может быть отказано, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя вследствие этого явно несоразмерен стоимости заложенного имущества

Статья 72 Закона об ипотеке допускает возможность предъявления залогодержателем в суд исков о признании сделок, заключенных залогодателем, недействительными. Данная норма нуждается в уточнении. Право требовать признания сделок должника недействительными должно предоставляться залогодержателю в случаях, когда они не были согласованы с ним, а также если при их совершении залогодатель вышел за пределы предоставленных ему полномочий. При иных обстоятельствах обращение залогодержателя в суд может иметь место, если есть основания полагать, что эти сделки могут повлечь уменьшение стоимости предприятия.

Поскольку суд наделяется правом, но не обязан вводить ипотечный контроль, залогодержатель в случае отказа может использовать право требовать досрочного прекращения залога и обращения взыскания на заложенное имущество. Введение ипотечного контроля не означает, что все перечисленные в Законе об ипотеке правомочия возникают у залогодержателя автоматически. Из формулировки ст. 72 следует, что в каждом конкретном случае круг прав, необходимых для защиты интересов залогодержателя, должен определяться судом.

В ст. 72 Закона об ипотеке нет исчерпывающего перечня правомочий залогодержателя. Поэтому суд, с учетом конкретной ситуации и интересов сторон, вправе предоставить залогодержателю и иные контрольные полномочия. Ипотечный контроль распространяется только на имущество, входящее в состав заложенного предприятия.

Обращение взыскания на заложенное предприятие также имеет определенные особенности. Согласно п. 1 ст. 73 Закона об ипотеке взыскание на заложенное предприятие может быть обращено только на основании судебного решения. Следовательно, предусмотренное ст. 51 Закона об ипотеке и ст. 349 ГК РФ право сторон заключить соглашение об обращении взыскания на заложенное имущество к залогу предприятия неприменимо.

Поскольку право собственности на предприятие может возникнуть только после государственной регистрации (ст. 223 ГК РФ), покупатель предприятия приобретает права и обязанности собственника с момента регистрации в установленном порядке. Договор продажи предприятия также подлежит государственной регистрации и считается заключенным с момента такой регистрации (п. 3 ст. 433 ГК РФ).

Согласно ФЗ от 21 июля 1997 г. "О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним" государственная регистрация прав на объекты недвижимого имущества, входящие в состав предприятия как имущественного комплекса, и сделок с ними осуществляется в учреждении юстиции по регистрации прав в месте нахождения данных объектов (ст. 22).

В итоге хотелось бы отметить, что институт ипотеки еще недостаточно сформировался и из-за этого возникает много вопросов в применении законодательства об ипотеке.

А теперь чуть отвлечёмся, чтобы решить, любое ли предприятие как имущественный комплекс может быть заложено. Несомненно, что предметом ипотеки может быть в первую очередь частное предприятие. Законодательству стран СНГ кроме частных структур известны государственные и муниципальные предприятия, имущество которых закреплено за ними на праве хозяйственного ведения, и бюджетные учреждения, в оперативном управлении которых находится государственное и муниципальное имущество (ст. ст. 144 –115 ГК).

Бюджетные организации не могут быть предметом ипотеки, что связано с ответственностью собственника по их обязательствам. С введением в Российской Федерации казённых предприятий (о них уже говорилось чуть выше) законодатель ограничил возможность существования их в ипотечных отношениях – казённые предприятия как имущественный комплекс также нельзя закладывать в качестве обеспечения исполнения взятых обязательств, так как в соответствии с п.5 ст.115 ГК РФ, Российская Федерация несёт субсидиарную ответственность по обязательствам казённого предприятия при недостаточности имущества1.

Предприятия, за которыми имущество закреплено на праве хозяйственного ведения, их отдельные структурные единицы и подразделения как имущественные комплексы могут быть предметом ипотеки. Законодатель устанавливает условие существования подобных предприятий в ипотечных правоотношениях - обязательное согласие собственника имущества относящегося к предприятию или уполномоченного им (собственником) органа. Без подобного согласия договор об ипотеке считается ничтожным (п.1 ст. 70 Закона об ипотеке).

Права залогодателя и залогодержателя при залоге предприятия отвечают основным правам залогодателя и залогодержателя. Залогодатель вправе продавать, обменивать, сдавать в аренду, предоставлять в (залог) заём имущество, относящееся к предприятию, переданному в ипотеку и иным образом распоряжаться данным имуществом, а также вносить в его состав изменения. Единственным условием установленное залогодателем для совершения подобных действий является невозможность уменьшения указанной в договоре об ипотеке стоимости имущества, относящегося к предприятию, а также недопущение нарушения иных условий договора. Сделки, направленные на отчуждение недвижимого имущества, относящегося к заложенному предприятию залогодатель вправе совершать только с разрешения залогодержателя (п.1 ст.72 Закона об ипотеке).

Права залогодержателя отражены в п.2 той же статьи – он вправе обратиться в суд с требованием о досрочном выполнении обеспеченного ипотекой обязательства в случае непринятия залогодателем предприятия мер по обеспечению сохранности заложенного имущества, неэффективного использования этого имущества, если всё это может привести в последствии к уменьшению стоимости предприятия. И именно возможное уменьшение стоимости может помешать удовлетворить залогодержателю его требований в полном объёме. Ст. 71 устанавливает возможность обеспечения обязательства ипотекой предприятия лишь в случае, когда сумма обязательства составляет не менее половины стоимости имущества, относящегося к предприятию (п.1 ст.71). Следующий пункт устанавливает временные ограничения обеспечения денежного обязательства ипотекой предприятия – им обеспечивается обязательство, подлежащее исполнению не ранее чем через год после заключения договора об ипотеке, если же срок исполнения меньше, законодатель откладывает право залогодержателя на удовлетворение собственных требований в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения основного обязательства на тот же срок – год с момента заключения договора ипотеки, вернее не ранее года. С чем это связано? Прежде всего с тем, что предприятие – сложнейший организм современной экономики, цикл обращения которого весьма длителен. Не логично было бы торопить налаженное столетиями движение юридическими актами и требовать от залогодателя быстрых оправданий долга.

После обращений в суд в обстоятельствах, описанных в п.2 ст.72 залогодержатель может быть уполномочен судом в порядке ипотечного контроля осуществлять следующие действия:

- требовать от залогодателя регулярного предоставления бухгалтерских и иных отчётных документов, предварительного согласования вопросов, связанных с заключением сделок с относящимся к заложенному предприятию имуществом;

- обращаться к собственнику имущества, относящегося к предприятию или уполномоченному им органу с требованием о расторжении контракта с ныне действующим руководителем предприятия:

- предъявлять в суд иски о признании сделок, заключённых залогодателем, недействительными;

- осуществлять иные права, предусмотренные ипотечным контролем за деятельностью залогодателя.

В частности, залогодержатель вправе принимать меры по оздоровлению финансового положения заложенного предприятия, требовать от залогодателя предоставления годового баланса предприятия. В ипотеке могут быть предусмотрены различные меры по оздоровлению финансового положения предприятия-должника, в том числе назначения своих представителей в руководящие органы предприятия, ограничение права распоряжаться произведённой продукцией и иным имуществом. Интересно, как стыкуется столь широкий и в общем-то обоснованный с точки зрения защиты прав кредитора комплекс прав залогодержателя с правом залогодателя пользоваться и владеть собственным, хотя и заложенным имуществом (например, проблема коммерческой тайны).

В случае отсутствия положительных результатов деятельности залогодержателя, а ровно неисполнения залогодателем обязательства, обеспеченного ипотекой предприятие на заложенное имущество обращается взыскание, причём, согласно п.1 ст. 73, носящую императивный характер, только по решению суда. Такой порядок обращения взыскания определён по всей видимости опять же стоимостью и особым положением, которое занимает предприятие, как имущественный комплекс и субъект экономических отношений.

Что же касается исключительно ипотеки зданий и сооружений, то особого интереса, каких-либо особенностей здесь вряд ли можно увидеть. Пожалуй, лишь вопрос об одновременной ипотеке земельного участка, на которой находится здание(сооружение) стоит рассмотреть подробнее.

Абзацы второй и третий ст. 69 Закона об ипотеке дают весьма туманные и довольно противоречивые пояснения по данному вопросу. В соответствии с разъяснениями Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ правило о совместном залоге здания(сооружения) и соответствующего земельного участка, на котором расположено здание(сооружение), являющееся предметом ипотеки. Абзац 1 ст.69 умалчивает об этом условии, говоря лишь об аренде, перечисляя возможное право аренды на соответствующий земельный участок в ряду частей участка, необходимых для функционального обеспечения заложенного здания. В том же разъяснении Пленума1 указывается, что в случаях, когда залогодатель не является собственником или арендатором земельного участка, он вправе заключить договор ипотеки только на здание(сооружение). И вот абзац 2 ст.69 указывает такое ограничение ипотеки для залогодателя, которому земельный участок принадлежит на праве постоянного пользования с уговоркой, что в случае реализации заложенного здания(сооружения) новый собственник будет пользоваться земельным участком в том же объёме и на тех же условиях, что и прежний собственник.

В связи с этими положениями встают ещё два вопроса. Во-первых, предполагается, по всей видимости, что те участки, которые не принадлежат залогодателю на праве собственности, находятся в собственности государства или муниципальных образований, иначе, исходя из смысла ст.5 Закона об ипотеке данное ограничение одновременного залога земельного участка и находящегося на нём здания(сооружения) неправомерно. А на практике это имеет огромное значение – совместный залог земельного участка и здания(сооружения) находящегося на нём существенно сказывается на продажной цене в случае реализации предмета ипотеки. И во-вторых, вызывает сомнение норма абзаца 2 ст. 69 о смене собственника (а точнее - пользователя) земельным участком в случае реализации предмета ипотеки, так как постоянное(бессрочное) пользование не предполагает по своему правовому смыслу права распоряжением земельным участком. И в данном случае представляется, что смена пользователя не влечёт существенных изменений в режиме пользования данным земельным участком и закону не противоречит.

Таковы особенности ипотеки предприятия, зданий и сооружений в современном российском праве, отражённые в главе ХII Закона об ипотеке.

Глава 4. Особенности ипотеки жилых домов и квартир

(Автор вносит следующие предложения по совершенствованию действующего законодательства Предлагается осуществить правовое регулирование ипотечных отношений в сфере экономического оборота нежилых помещений на уровне закона об ипотеке, поскольку распространение сферы применения ипотеки, возникающей в силу закона, и на коммерческие объекты недвижимости (нежилые здания и помещения, производственные сооружения и земельные участки, не предназначенные для жилищного строительства), способствует успешной реализации кредитования как вида банковской деятельности)

Особое внимание в работе уделяется реализации принципа единства судьбы земельного участка и расположенных на нем объектов при возникновении ипотечных правоотношений, поскольку земельное законодательство можно назвать одной из наиболее динамично развивающихся сегодня отраслей права и большинство изменений, внесенных в закон об ипотеке, касалось именно этого вопроса. Автором выявлено ряд проблем, возникающих на практике при реализации данного принципа. Так, законодателем не достаточно четко урегулирован правовой режим нежилых помещений, являющихся самостоятельными объектами недвижимого имущества, но представляющими собой составную часть здания в целом, что порождает вопрос о судьбе прав на земельный участок при залоге нежилого помещения.)

В данной работе уже рассматривались особенности ипотеки зданий и сооружений – не жилых строений, которым ст. 74 также причисляем гостиницы, дома отдыха, дачи, садовые домики и другие строения и помещения, не предназначенные для постоянного проживания. В принципе, последние используются для проживания , но их конкретное отличие от жилых домов и квартир предоставляет возможность использовать их в качестве предмета ипотеки не по правилам главе ХIII Закона об ипотеке (“Особенности ипотеки жилых домов и квартир”), а на общих основаниях. Правила установленные для ипотеки жилых домов и квартир, на них не распространяются (п.3 ст. 74) .

Следует отметить, что вопреки бытующему иногда мнению жилые и не жилые помещения относятся к недвижимости независимо от своего расположения в доме, то есть независимо от того, соприкасаются они непосредственно с земельным участком или находятся на верхних этажах зданий.

Что же есть жилое помещение? Закон РФ “Об основах федеральной жилищной политики”1 относит к недвижимости в жилищной сфере недвижимое имущество с установленными правами владения, пользования и распоряжения в границах имущества, включающего: земельные участки и прочно связанные с ними жилые дома с жилыми и нежилыми помещениями, приусадебные хозяйственные постройки, зелёные насаждения с многолетним циклом развития; жилые дома, квартиры, иные жилые помещения в жилых домах и других строениях, пригодные для постоянного и временного проживания (ст. 1 ФЗ “ Об основах федеральной жилищной политики ”). Жилищный кодекс определяет жилые дома и помещения, как предназначенные для постоянного проживания граждан (ст.7).

Предметом рассмотрения главы XIII Закона об ипотеке является предназначенные для постоянного проживания индивидуальные и много квартирные жилые дома и квартиры, предназначенные на праве собственности гражданам или юридическим лицам, а также части жилых домов или квартир, состоящих из одной или нескольких изолированных комнат (п.1, 4 ст.74 Закона об ипотеке).

Описание предмета ипотеки в соответствии с п.5 Указа Президента РФ №293, должно быть достаточным для его идентификации (а также п.2 ст.9 Закона об ипотеке). Для описания предмета залога при ипотеке жилых помещений необходимо указание адреса недвижимости, общей, жилой и приведённой площади квартиры, количества комнат в квартире, доли закладываемого имущества (если закладывается доля в праве), а так же описание комнаты (при залоге одной из комнат).

Подобно ипотеке предприятий и земельных участков, глава XIII, ст.74 в п.2 не допускает ипотеку индивидуальных и многоквартирных жилых домов находящихся в муниципальной или государственной собственности. Частная собственность граждан на жилые помещения (квартиры) предполагает их приобретение путём покупки, наследования и т.д., а так же вследствие приватизации данной жилой площади.

При рассмотрении вопроса о предмете залога при ипотеке жилья следует учитывать особенности, связанные с тем, что право на жилище относится к основным конституционным правам граждан, в связи с тем государство особую защиту прав некоторых категорий населения. Закон об ипотеке отмечает, что ипотека жилого дома или квартиры, находящихся в особенности несовершеннолетних граждан, ограниченно дееспособных или недееспособных лиц, над которыми установлены опека или попечительство, осуществляется в порядке, установленном законодательством Российской Федерации для совершения сделок с имуществом подопечных. Опека и попечительство, кем правовые понятия, вводятся ст. ст. 145-146 Семейного кодекса РФ, а гражданские права опекуна (попечителя) определяются ст. ст. 36-38 ГК РФ. В частности, п. 2 ст. 37 запрещает опекуну (попечителю) совершать действия или давать согласие на совершение действий по отчуждению и иным операциям с принадлежащей опекаемому недвижимостью (в том числе и залог) без предварительного разрешения органа опеки и попечительства. Также п. в ст. 74 исключает возможность заключения договора об ипотеке, предметом которого является жилой дом или квартира, через представителя, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 5 данной статьи. Данное правило вводится прежде всего для защиты собственника от возможных посягательств, так как на сегодняшний день развилась целая индустрия в криминальном мире, основу преступной деятельности которой составляют сделки с квартирами и домами. Также, в частности, ст.292 ГК РФ предусматривает, что для отчуждения жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника, необходимо согласие органа опеки и попечительства. Но необходимо уточнить, что залог не является отчуждением имущества, поэтому для оформления собственного залога, согласия органа опеки и попечительства не требуется, если, конечно, несовершеннолетний не входит в число собственников. Строго говоря, банки, практикующие выдачу кредитов под залог жилья, обычно требуют, чтобы закладываемая квартира была “чистой”, то есть, чтобы там не было прописанных лиц, и чтобы собственник имел другое жилое помещение, пригодное для проживания его и членов его семьи. Однако Гражданский кодекс (п. 1 ст. 338) предоставляет право залогодателю пользоваться заложенной квартирой. Это исходит из самого смысла ипотеки. Залогодатель в принципе может прописать в заложенной квартире своих несовершеннолетних детей после регистрации залога. В связи с этим в случае обращения взыскания на заложенную квартиру при её регистрации могут возникнуть проблемы, связанные с проживанием в ней несовершеннолетних членов семьи собственника. Решить данную проблему можно следующим образом. Гражданский кодекс действительно предоставляет залогодателю право пользования заложенной квартирой, но только залогодателю, а не членам его семьи. Следовательно, прописка членов семьи залогодателя ( предоставление им жилья в постоянное пользование), в том числе несовершеннолетних, в заложенную квартиру без согласия кредитора может рассматриваться как передача предмета залога в безвозмездное пользование другим лицам без согласия залогодержателя с последствиями, предусмотренными ст. 351 ГК РФ о досрочном требовании исполнения обязательства и обращении взыскания. Закон об ипотеке также предусматривает подобную норму. Хорошие результаты могли бы дать извещение о залоге жилого помещения и всех его последствиях органов, осуществляющих учёт граждан по месту жительства и пребывания, и контроль этих органов за поддержанием режима заложенного имущества, однако соответствующие правовые механизмы в настоящее время отсутствуют.

Ипотеку квартир в многоквартирном доме уточняет ст. 75, в соответствии с которой, при ипотеке квартиры в многоквартирном жилом доме, части которого в соответствии с п.1 ст.290 ГК РФ находятся в общей долевой собственности залогодателя и иных лиц, заложенной считается на ряду с жилым помещением соответствующая доля в праве общей собственности на жилой дом. Статья 289 ГК закрепляет это право за залогодателем, а, п. 1 ст. 290 относит к общей собственности в многоквартирном доме, в частности, общие помещения дома (подъезды, лестничные клетки), несущие конструкции дома, механическое, электрическое оборудование и т.д.

Весьма интересный вопрос затрагивается ст. 76 Закона об ипотеке, где в качестве возможного предмета ипотеки представлено незавершенное строительство. Данный предмет ипотеки уместно будет связать с предметом залога, описанном в п. 3 ст. 6 закона “О залоге”, а именно, вещи, которые могут быть приобретены залогодателем в будущем. Но могут ли быть в этом случае быть соблюдены императивные требования закона об обязательности точного определения предмета залога (его состава, стоимости, местонахождения и т. д.)? Применительно к вещи, приобретаемой залогодателем в будущем, такое возможно тогда, когда приобретаемая залогодателем вещь, во-первых, уже существует в натуре (то есть имеет определённую материальную законченность и в соответствии со ст. 128 ГК РФ является объектом гражданского оборота) и, во-вторых, залогодатель заранее знает, какую именно индивидуально-определённую вещь он намерен приобрести. В качестве примера такого договора может служить договор залога конкретной квартиры или готового дома, которые залогодатель намерен приобрести в будущем и для чего собственно он, и берёт ссуду или кредит у залогодателя. В подобной ситуации для сторон не составляет особого труда точно индивидуализировать предмет залога, даже “, будущего”, указов его основные характеристики, место расположения, стоимость и т. п. Иное дело, когда речь идёт об обеспечении возврата кредита или ссуды, полученных залогодателем в целях осуществления нового строительства. Ипотека незавершённого строительства имеет много противников среди правоведов. По их мнению (они опираются на норму ст. 219 ГК, согласно которой право собственности на будущий предмет залога возникает с момента его регистрации, а залогодателем может быть только собственник вещи или лицо, обладающее правом хозяйственного ведения), поскольку регистрации подлежат только те объекты, которые приобрели функциональные признаки регистрируемого объекта недвижимости, а незавершённый дом не обладает признаками такового (то есть, например, не является пригодным для проживания) то данный объект и не может быть признан объектом недвижимости, даже если он является прочным, непотребляемым и связанным с землёй, а значит и ипотека подобных объектов невозможна. Данный подход подтверждается практикой арбитражных судов. Тем не менее этот вид практически разрушен Законом об ипотеке и п. 2 Указа Президента РФ №293, но по выше указанной причине практически реализован быть не может. А вот адвокат Т. Пухова утверждает, что мнение о том, что предметом ипотеки при этом может служить тот объект, который предстоит построить, является ошибочным1. По её мнению, правильнее в подобных случаях говорить не о залоге вещей, а о залоге имущественных прав залогодателя, поскольку сам объект, как таковой, не существует и, соответственно, не представляется возможным определить ни состав, ни стоимость вещей, образующих предмет ипотеки. Некоторые кредитные учреждения уже идут по этому пути: оформляют в аналогичной ситуации в качестве предмета ипотеки не квартиру в строящемся доме или сам строящийся дом, а именно имущественные права залогодателя на создаваемые в ходе такого строительства в ходе такого строительства объекты. Подобное представляется наиболее действенным на практике. Но перейдём к другим вопросам, связанным с ипотекой жилья.

Несмотря на обилие государственных программ по развитию жилищного комплекса, экономические реалии современной России таковы, что без принятия дополнительных мер решение указанной проблемы не представляется возможным. Достаточно сопоставить размеры платёжеспособности спроса основной массы населения и действительные цены на жильё. Средне заробатная плата надёжно защищает от возможности приобрести жильё, а цены на квартиры растут постоянно и в условиях российской современности остаётся основой благосостояния-недостижимой роскошью. Таким образом, ясно, что даже жестокий режим экономии не даст возможности приобрести жильё в обозримом будущем. Только обьединением усилий банков, государства и населения, возможно, превратить желаемое в действительное. Во-первых, взятое на себя обязательство проиндексировать дореформенные вклады граждан государство может реализовать, разрешив зачесть определённую долю вкладов как часть взноса в стоимость приобретаемого жилья. Во-вторых, необходимо кардинально изменить условия предоставления ипотечного кредита1.

Среди форм инвестирования и долгосрочного кредитования особое место занимают ссуды, выдаваемые под залог недвижимости. И коле способ приобретения жилья-ипотека жилых домов и квартир, купленных за счёт кредита банка или иной кредитной организации. Залогодержателем по данному залогу является банк или иная кредитная организация, предоставившая кредит на покупку жилого дома или квартиры (ст. 77 Закона об ипотеке). В той же статье устанавливается момент наступления залога с момента государственной регистрации договора купли-продажи жилого дома или квартиры.

Вообще, системы ипотечного инвестирования предусматривают механизм накопления и долгосрочное кредитование под невысокий процент. Ипотечные ссуды используются для финансирования, приобретения, постройки и перепланировки жилых помещений. В подавляющем большинстве случаев заложенное имущество является надёжным обеспечением выданной суммы. Существует несколько довольно действенных на первый взгляд систем (инвестирования) ипотечного кредита-это и договоры с коммерческими застройщиками, и операции с приватизационными сертификатами, дотациями муниципалитетов и многие другие. Но их описание и анализ не является темой данной работы. Тем не менее, стоит отметить, что практика свидетельствует о том, что широкие возможности ипотечного кредитования для решения инвестиционных и социальных проблем жилья, по существу, не используются.

Обращение взыскания на заложенный жилой дом или квартиру зажато в рамки конституционных прав граждан на жильё и большинство оговорок в ст. 78 Закона об ипотеке посвящено именно этой теме.

Так п. 1 данной статьи закрепляет за залогодателем и членами его семьи право остаться проживать на данной жилой площади, если оно является для них единственным пригодным для постоянного проживания помещением. В этом случае, между лицом, которое приобрело бывший предметом ипотеки жилой дом или квартиру в результате его реализации, и бывшим собственником жилого дома или квартиры либо кем-то из проживающих с ним членов его семьи заключается договор найма занимаемого ими жилого помещения в соответствии с ГК РФ и жилищным законодательством Российской Федерации. Причём, в случае, если подобное соглашение не будет достигнуто, любая из сторон вправе потребовать его заключения и определение его условий в судебном порядке, перекладывая это на комплекс судебных обязанностей. Пункт второй ст.78 предусматривает исключения из правила пункта 1 при наличии которых после обращения взыскания на заложенный дом или квартиру и реализации этого имущества залогодатель и проживающие с ним члены его семьи обязаны по требованию собственника жилого дома или квартиры в течение месяца освободить занимаемое помещение. Пункт 2 ст. 78 Закона об и ч. 2 ст. 13 Указа Президента РФ N 293 перечисляют следующие условия;

- если жилой дом или квартира были заложены по договору об ипотеке в обеспечение возврата кредита, предоставленного на приобретение или строительство этого жилого дома или квартиры (причем Указ Президента РФ N 293 уточняет, что предоставление кредита было в обеспечение строительства нового жилого помещения и это более оправдано);

- если проживающие с залогодателем члены его семьи дали до заключения договора об ипотеке, а если они были вселены в уже заложенный дом или квартиру - до их вселения нотариудостоверенное обязательство освободить жилой дом или квартиру в случае обращения на него взыскания (на практике, при действии данного условия необходимо учитывать возможное противоправное воздействие на граждан для обеспечения подписания ими подобного обязательства). Лица, проживающие в заложенных жилых домах или квартирах на условиях договора найма или договора аренды жилого помещения, не подлежат выселению при реализации заложенного жилого дома или квартиры. В соответствии со ст.675 ГК РФ переход права собственности на занимаемое по договору найма жилого помещения не влечет расторжения или изменения договора найма жилого помещения. При этом новый собственник становится наймодателем на условиях ранее заключенного договора найма.

Отсутствие качественного правового регулирования ипотечных отношений приводит, как уже отмечалось, к негативным последствиям на рынке жилья. В частности, поскольку регулирование залога сложно и зачастую неоднозначно, а необходимость реального обеспечения исполнения обязательств остается острой кредиторы часто используют схему" кредитования путем купли - продажи", при которой гражданин продает жилье банку (или иному возможному кредитору) и заключает с ним соглашение о том, что в случае возврата покупателю покупной цены до определенного срока жилье будет возвращено прежнему собственнику. В принципе такие отношения существуют еще со времен Древнего Рима, но уже в классическом римском праве данные отношения использовались редко ввиду существенного ущемления прав должника. Действительно, если при ипотеке жилье остается в собственности и пользовании залогодержателя, причем реализация производится с публичных торгов и зачастую под контролем судебных органов, что призвано обеспечивать защиту прав залогодержателя, то при купле-продаже продавец передает все права по распоряжению проданным жильем. Следует также отметить, что правовое регулирование отношения по предварительному договору также оставляет желать лучшего и содержит массу юридических оснований для признания такого договора просто не заключенным. Мало того, недобросовестный кредитор может просто повторно продать купленную квартиру даже не дожидаясь срока погашения кредита. Истребовать повторно проданную квартиру от добросовестного приобретателя, в силу ст.302 ГК РФ, довольно затруднительно. Единственный правовой способ возврата жилья в этой ситуации - доказать в суде, что стороны при заключении договора купли - продажи имели ввиду залог, то есть сделка купли - продажи являлась притворной и, соответственно, к данной сделке должны применяться правила об ипотеке1.

Ипотека жилых домов и квартир при современной ситуации с земельным вопросом остается наиболее продуктивной и реальной формой ипотеки, так ее предмет- квартира, жилой дом -является, пожалуй, единственной дорогостоящей, а потому действительно оборотоспособной собственностью российских граждан. Опять же данная форма ипотеки предоставляет шанс получить жилье в будущем, что так же не маловажно для сегодняшних российских реалий. Но проблемы и недостатки все те же. Многочисленные проблемы в праве, недоработанные и потому вяло функционирующие нормы и, как следствие, произвел чиновников и криминальных структур. И тем не менее, такой предмет ипотеки, как жилье (жилые дома, квартиры, части квартир) занимает достойное место в ипотечных правоотношениях и его практическое будущее представляется более радушным.

Пример ипотеки жмлья

Одним из наиболее остро обсуждаемых вопросов в обществе и государстве является жилищная проблема. Ипотека является инструментом для разрешения данной задачи. Были разработаны и приняты ипотечные программы "Жилище на 2002-2010 годы", "Социальная ипотека", разработан национальный проект "Доступное и комфортное жилье - гражданам России". К сожалению, ипотека в нашей стране с неустойчивой экономикой, высокой инфляцией, резким ростом цен на недвижимость, пробелами и коллизиями законодательной базы в этой сфере становится неконкурентной, а со временем и вовсе может стать нежизнеспособной.. Участниками ипотечных отношений являются банки и кредитные организации, риелторские фирмы и агентства недвижимости, оценочные агентства, страховые компании, ипотечные брокеры, строительные инвестиционные компании, ипотечные кооперативы и т.д. Данная система ипотечного кредитования слишком громоздка, и заставить такой механизм работать четко и отлаженно крайне сложно. Например гражданин, желающий получить ипотеку сталкивается с целым рядом проблем, таких как, завышены расходы при совершении сделок и наличии громоздкой, не отлаженной системы получения ипотеки. Кроме того в действительности банк скрывает от заемщика реальную цену своих услуг, и заявленная в ипотечной программе ставка (как правило, 12-14% в год) не соответствует действительности. При суммировании всех необходимых выплат (основная ставка плюс дополнительные расходы) получается гораздо больший процент ставки по ипотеке. В итоге - сниженный спрос на ипотечное кредитование как следствие ограниченной платежеспособности населения. Непрозрачность источников доходов граждан, так называемые серые и черные заработные платы. Данное обстоятельство является существенным фактором, сдерживающим ипотеку, так как размер ипотечного кредита напрямую связан с официальным ежемесячным доходом гражданНа сегодняшний день средняя ставка по кредиту составляет 12-14%. Если обратиться к зарубежному опыту, можно увидеть следующую картину. Развитие рынка недвижимости США имело огромное значение для экономики всей страны. Основные особенности ипотечного кредитования в США: ипотечный заем, (15-20 лет), как правило, долгосрочный, а процентная ставка, как правило, ниже рыночной (в среднем 3-4%); сумма кредита обычно не превышает 80-90% стоимости заложенной недвижимости, а 10-20% составляет первый взнос, который покупатель должен внести из собственных средств; для малоимущих, ветеранов государство гарантирует выдачу льготных ссуд на полную стоимость дома без уплаты первого взноса; фактический срок погашения закладных составляет в среднем 8 лет, т.е. кредит погашается ранее обусловленного срока; закладные, при этом поступают на рынок ценных бумаг, таким образом обеспечивая постоянное получение дохода. Самым важным в регулировании жилищного рынка США является правительственная поддержка системы ипотечного кредитования. Главная цель федерального правительства достигается регулированием частного рынка жилья. Германия - страна с развитой системой ипотечных банков. Здесь институт ипотечного кредитования предполагает жилищные накопительные счета до 50% стоимости жилья, на вторую половину стоимости выдается кредит сроком на 15-20 лет под 8% годовых. Обобщая опыт развития ипотечного кредитования в зарубежных странах, следует отметить, что средняя ставка по кредиту составляет 7-8%, тогда как в России 12-13%. Кроме того, процентная ставка в зарубежных странах является прозрачной и окончательной, и никаких дополнительных затрат на открытие и обслуживание счета, оказание сопровождающих ипотеку услуг банком не предусматривается. Также следует отметить, что именно ипотечное кредитование явилось одним из основных факторов экономического развития в США ("Новый курс" Рузвельта), в Германии (послевоенные реформы Эрхарда), в Аргентине ("План Ковальо") и в Чили (реформы Пиночета). Между тем, по нашему мнению, в данный правовой институт необходимо внести ряд существенных изменений. Сегодня видится целесообразным принятие закона об ипотечных кредитных организациях, что, безусловно, сделает сферу жилищной ипотеки более разнообразной и профессиональной. Необходимо установить специальные нормативы деятельности и финансовой устойчивости для подобных юридических лиц. Так, например, в данном законе необходимо закрепить положение о ликвидации взимания с заемщика (залогодателя) всех скрытых финансовых обложений ипотечными кредитными организациями. Законодателю необходимо выступить гарантом заемщика в ипотечном правоотношении и защитить его от взимания скрытых процентов. И если та или иная кредитная организация предлагает свою услугу под 12% годовых, необходимо законодательно закрепить, что более, чем заявлено в ее программе, заемщик платить не будет, и все дополнительные услуги, сопровождающие заключения договора ипотеки, будут включены в стоимость, заявленную в ипотечной программе. Такая система поможет сделать услуги кредитных организаций более прозрачными и упростит всю схему по уплате процентов по кредиту. Кроме того, государство, защищая интересы граждан в данной сфере, реализует одну из основных функций - установление справедливости в правоотношениях.

Также необходимо законодательно закрепить в законе Об ипотечных кредитных организациях четко структурированную последовательность в деятельности этих организаций. Так, например, полагаем, что необходимо упорядочить все возможные ипотечные программы с детальным изложением всех ступеней: четко указать, какой пакет документов вправе требовать кредитные организации от заемщика для предоставления кредита, в какие сроки будет проходить проверка платежеспособности (андеррайтинг), и перечень с указанием оснований, по которым может быть отказано в предоставлении кредита. А также обязать кредитные организации письменно уведомлять граждан об отказе в предоставлении кредита с указанием причин, по которым кредит не предоставляется, ссылаясь на статью закона.

Данная схема поможет сделать деятельность кредитных организаций более прозрачной, упорядочит ее и исключит возможность влияния некого субъективного фактора при принятии решений данными организациями.

В настоящее время улучшение жилищных условий недоступно для большей части населения страны, хотя нуждаются в нем более 60% населения России. При этом ипотечным кредитованием могут воспользоваться лишь 10-12% граждан. К сожалению, политика государства на жилищном рынке, в том числе по реализации Национального проекта "Доступное и комфортное жилье - гражданам России", до настоящего времени не привела к повышению доступности жилья для российских граждан (рис. 1).

Рис. 1. "Коэффициент доступности жилья в России, 1998-2007 гг." При этом (на основании данных официальной статистики) на сегодняшний день почти половина населения России (48%) не видит никакой возможности улучшить свои жилищные условия.

По данным Федеральной службы статистики в 2007 году численность населения России составила 142,2 миллиона человек. Средняя обеспеченность жильем в 2007 году в России составила 21,5 кв. м на человека (Данные Федеральной службы статистики). По уровню обеспеченности населения жильем (без учета качества и комфортности) Россия отстает от многих стран мира, в которых данный показатель составляет в среднем 40-50 кв. м на человека (в Великобритании - 72 кв. м, в США - 64 кв. м, в Германии - 52 кв. м). По социальным стандартам ООН на одного жителя должно приходиться не менее 30 кв. м жилой площади.

Для достижения уровня Великобритании по обеспечению граждан жильем необходимо, чтобы жилищный фонд России составлял 10 238 млн кв. м против 3057 млн кв. м в настоящее время. Для чего необходимо построить еще 7238 млн кв. м. Даже если мы сможем обеспечить запланированные в национальном проекте "Доступное и комфортное жилье - гражданам России" темпы строительства в 80 млн кв. м в год, то для достижения уровня Соединенного Королевства нам понадобятся 90 лет (для достижения уровня США - 76 лет).

Доля изношенного жилья в России составляет более 60%, почти 10% нуждается в немедленной реконструкции. По международным стандартам для пополнения жилого фонда, выбывающего в результате износа, и для улучшения жилищных условий на перспективу необходимо строить около 1 кв. м на человека в год. Доля оплаты живого труда в ВВП, по оценкам академика Д.С. Львова, составляет в России около 30% против 70% в развитых странах. Если исходить из расчетных данных рыночной стоимости жилья и размеров средней заработной платы, то становится очевидным, что работающий человек при реальной норме накоплений не более 25% может приобрести в течение 25 лет трудовой деятельности не более 15 кв. м жилой площадиsub\_6 Аналитический доклад "Строительство доступного жилья в России: проблемы и решения", подготовленный авторским коллективом под руководством директора ИМЭПИ РАН, профессора Р. Гринберга.)

Индекс доступности, при сохранении тенденции роста реальных располагаемых доходов населения и темпов роста рыночной стоимости жилья, а также существующих принципов реформирования российской жилищно-коммунальной сферы и строительства жилья, будет только непрерывно сокращаться (рис. 2).

К вопросу о защите прав залогодателей в случае обращения взыскания на заложенное жилое помещение

В Российской Федерации 800 тыс. семей проживают в ипотечных квартирах. В 2008 году доля просрочки по ипотечным кредитам составила 2%. (974,5 млрд. рублей должны банкам заемщики по ипотечным кредитам).

Ранее действовавшие нормы Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" N 102-ФЗ от 16 июля 1998 г. содержали ограничительные условия, не допускающие обращение взыскания на заложенные жилой дом или квартиру, если оно являлось единственно пригодным для постоянного проживания помещением.

В настоящее время обращение залогодержателем взыскания на заложенные жилой дом или квартиру, являющиеся предметом ипотечного обязательства, и реализация этого имущества - являются основанием для прекращения права пользования ими залогодателя и членов его семьи.

Согласно действующему законодательству Российской Федерации при выселении из жилых помещений не учитываются такие социальные факторы, как наличие единственного жилого помещения, пригодного для проживания, являющегося предметом ипотеки, трудная жизненная ситуация, низкая заработная плата, содержание несовершеннолетних детей.

В условиях финансового кризиса многие семьи не в состоянии выплачивать ипотечный кредит своевременно. Поэтому в действующее законодательство были внесены изменения.

Государственной Думой 26 декабря 2008 года был принят Федеральный закон "О внесении изменений в некоторые законодательные акты РФ в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество", который 11 января 2009 года вступил в действие.

В связи с этим были внесены изменения в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации. Пункт 2 статьи 348 предусматривает следующее: "Обращение взыскания не допускается, если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества. Если не доказано иное, предполагается, что нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества при условии, что одновременно соблюдены следующие условия:

1) сумма неисполненного обязательства составляет менее чем пять процентов от размера оценки предмета залога по договору о залоге;

2) период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного залогом, составляет менее чем три месяца".

Статья 348 Гражданского кодекса Российской Федерации дополнена пунктом 3 следующего содержания: "Если договором о залоге не предусмотрено иное, обращение взыскания на имущество, заложенное для обеспечения обязательства, исполняемого периодическими платежами, допускается при систематическом нарушении сроков их внесения, то есть при нарушении сроков внесения платежей более чем три раза в течение двенадцати месяцев, даже при условии, что каждая просрочка незначительна".

Также внесены изменения в Федеральный закон "Об ипотеке (залоге недвижимости)" N 102-ФЗ от 16 июля 1998 года. Этот ФЗ дополнен статьей 54.1, которая предусматривает основания для отказа в обращении взыскания на заложенное имущество. Эти основания аналогичны тем, которые закреплены в Гражданском кодексе Российской Федерации.

Глава 9 этого Федерального закона дополнена статьей 55.1, которая разрешает заключать мировое соглашение по обязательству, обеспеченному ипотекой, при обращении взыскания на предмет ипотеки. Заключение мирового соглашения в порядке, установленном процессуальным законодательством, по обязательству, обеспеченному ипотекой, не влечет прекращения ипотеки, если иное не предусмотрено мировым соглашением. С момента утверждения судом мирового соглашения ипотека обеспечивает обязательство должника, измененное утвержденным мировым соглашением.

Согласно внесенным изменениям в Федеральный закон "Об ипотеке (залоге недвижимости)" обращение взыскания на жилые помещения, принадлежащие на праве собственности физическим лицам, во внесудебном порядке не допускается.

Судебная практика идет по пути удовлетворения исков банка или иных кредитных организаций о выселении из заложенных жилого дома или квартиры, даже если оно является для них единственно пригодным для постоянного проживания помещением, при условии, что данный жилой дом или квартира были заложены по договору об ипотеке в обеспечение возврата кредитных средств, представленных на приобретение или строительство этого жилого дома или квартиры.

Можно привести пример из судебной практики Набережночелнинского городского суда.

Истец ЗАО "Автоградбанк" обратился в городской суд с иском к ответчику о взыскании кредитной задолженности в сумме - 2 294 892 руб. 08 коп. и обращении взыскания на заложенное имущество - квартиру, ссылаясь на следующее. Истец предоставил ответчику по кредитному договору от 06 апреля 2007 года кредит в сумме 2 100 000 руб. сроком на 180 месяцев с уплатой процентов за пользование кредитом в размере 14% годовых.

Кредит был предоставлен для целевого использования - приобретения вышеуказанной квартиры. В обеспечение обязательств по кредитному договору ответчиком был заключен договор купли-продажи квартиры с продавцом, влекущий в силу закона ипотеку.

Судом было установлено, что ответчица имеет задолженность по кредитному договору в течение 7 месяцев. Ею плата осуществлена только частично, фактически однократно. Несмотря на письменное уведомление, направленное истцом ответчице, последняя никаких мер для исполнения своих обязательств по кредитному договору не предприняла. При таких обстоятельствах суд решил взыскать с ответчицы в пользу ЗАО "Автоградбанк" задолженность по кредитному договору в сумме - 2 294 892 руб. 08 коп., в возврат государственной пошлины - 15 574 руб. 46 коп., всего - 2 310 466 руб. 54 коп. и обратить взыскание на заложенное имущество: квартиру, принадлежащую ответчице, определив начальную продажную цену указанной квартиры в сумме 2 345 000 руб.\*(8)

Это одно из многих решений, которые закончились выселением из заложенного по договору ипотеки жилого помещения.

13 января 2009 года принято Постановление N 20 "О внесении изменений в Правила направления средств (части средств) материнского (семейного) капитала на улучшение жилищных условий", которое вступило в силу 24 января 2009 года, согласно которому супруг может погасить часть ипотечного кредита за счет материнского капитала только с письменного согласия жены. Однако необходимо соблюдение условия, которое заключается в следующем: лицо, получившее сертификат, должно представить засвидетельствованное в установленном законодательством порядке письменное обязательство лица (лиц), в чью собственность оформлено жилое помещение, приобретаемое с использованием средств (части средств) материнского (семейного) капитала, оформить указанное жилое помещение в общую собственность родителей, детей (в том числе первого, второго, третьего ребенка и последующих детей) и иных совместно проживающих с ними членов семьи с определением размера долей по соглашению в течение 6 месяцев. Но многие родители оформляют жилое помещение в единоличную собственность.

Наблюдательный совет ОАО "Агентство по ипотечному жилищному кредитованию" 18 декабря 2008 года одобрил "Правила реструктуризации в 2009 году ипотечных жилищных кредитов (займов) для отдельных категорий заемщиков", на основании которых Агентство разработало "Стандарт реструктуризации ипотечных кредитов (займов) для отдельных категорий заемщиков".

Этот Стандарт определяет порядок предоставления в 2009 году поддержки гражданам Российской Федерации, являющимся заемщиками по ипотечным кредитам (займам), предоставленным до 1 декабря 2008 года, на приобретение жилого помещения на территории Российской Федерации в целях проживания в нем и применяется кредиторами и ОАО "Агентство по ипотечному жилищному кредитованию" (АИЖК) в отношении заемщиков, у которых значительно изменилась платежеспособность вследствие потери работы или существенного сокращения доходов (более чем на 50%).

Реструктуризация ипотечных кредитов (займов) осуществляется на платной, возвратной и срочной основе путем изменения параметров платежей по ипотечным кредитам (займам), учитывающих обстоятельства, в которых оказался заемщик, и позволяющих заемщику продолжать исполнять свои обязательства по ипотечному кредиту (займу).

Для реструктуризации ипотечных кредитов необходимо соблюдение следующих условий: остаток основного долга на дату обращения заемщика за реструктуризацией должен составлять не менее 300 000 рублей. Необходимо согласие заемщика на изменение графика платежей по уплате остатка основного долга и начисленных процентов, в том числе перераспределение размеров ежемесячных платежей и/или увеличение общего срока исполнения обязательств; изменение размера годовой процентной ставки за пользование ипотечным кредитом (займом). Установлены и ограничения по площади приобретенной в кредит недвижимости, приходящейся на каждого члена семьи. Площадь приобретенной в кредит квартиры не должна превышать 45 кв. м, если заемщик проживает в ней один, для двух человек - 30 кв. м на каждого, для трех и более - 25 кв. м на человека. Таким образом, из списка исключены квартиры в новостройках, ведь их площадь, как правило, больше обозначенной Агентством по ипотечному жилищному кредитованию.

В случае выселения собственника заложенных жилого дома или квартиры и членов его семьи государство гарантирует лицам, на единственное жилье которых обращено взыскание по долговым обязательствам собственника, предоставление жилых помещений из состава маневренного жилищного фонда, если на момент обращения взыскания такие жилые помещения являлись для них единственными, до завершения расчетов с должником. Указанные лица будут проживать там только на основании договора найма. Эти помещения предоставляются из расчета не менее чем 6 квадратных метров жилой площади на одного человека.

Законодательство США содержит положение о том, что неудачливым заемщикам предоставляется муниципальное дешевое, но вполне достойное жилье. В России такое требование - предоставить альтернативное жилье - зафиксировано законодательно, но на практике не во всех субъектах РФ созданы жилые помещения маневренного жилищного фонда.

Это положение подтверждается утверждениями депутата Госдумы РФ П.В. Крашенинникова: "... а с чего это вдруг субъект федерации будет создавать такой специализированный фонд на свои деньги и, по существу, расплачиваться за те отношения, которые были между банком и, соответственно, гражданином. У него нет столько лишних денег. Я сомневаюсь, что какой-то субъект федерации этот фонд будет создавать, следовательно, норма не до конца проработана. ... Соответственно, норма, которая при первом рассмотрении выглядит такой либеральной и красивой, при реализации оказывается достаточно туманной и расплывчатой, и в итоге - негативной".

Для правовой регламентации возникшей в российском законодательстве проблемы необходимо обратиться к зарубежному опыту.

В США ипотечный кредит оформляется закладной или актом передачи в опеку - документами, по которым в случае неуплаты долга по ссуде право собственности на недвижимость переходит к кредитору. Заемщик в течение 6 - 24 месяцев сохраняет право выкупа имущества при условии полной оплаты долга.

В Германии после получения жилищного кредита государство использует прямые (денежные дотации при погашении процентов), например погашение части кредита при рождении в семье заемщика ребенка, и непрямые (налоговые льготы) формы помощи заемщику, в зависимости от имущественного состояния, состава его семьи и т.п.

Интересен опыт Венгрии, где процентная ставка снижена до 6-7%, благодаря программе значительного ее субсидирования.

Согласно статье 348 Гражданского кодекса Российской Федерации и статье 54.1 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" банкам или иным кредитным организациям, выдавшим кредит на приобретение или строительство жилого дома или квартиры, предоставлены полномочия на обращение взыскания в судебном порядке на заложенное жилое помещение в случае, когда залогодатель нарушил сроки внесения платежей более чем три раза в течение 12 месяцев, даже если каждая просрочка незначительна. И так же раскрываются критерии определения понятия "просрочка незначительна". Предполагается, что нарушение обеспеченного залогом обязательства крайне незначительно и размер требований залогодержателя явно несоразмерен стоимости заложенного имущества при условии, что одновременно соблюдены следующие условия:

1) сумма неисполненного обязательства составляет менее чем пять процентов от размера оценки предмета залога по договору о залоге;

2) период просрочки исполнения обязательства, обеспеченного залогом, составляет менее чем три месяца.

Пункт 2 статьи 348 Гражданского кодекса Российской Федерации явно противоречит пункту 3 этой статьи. Какой нормой права будут пользоваться банки и иные кредитные организации, неизвестно.

Мы предлагаем предоставить залогодателю право на рассрочку платежа сроком на 1 год в случае тяжелой финансовой ситуации. Под тяжелой финансовой ситуацией мы предлагаем понимать следующие обстоятельства: увольнение по основаниям, не зависящим от воли работника, такими как ликвидация организации либо прекращение деятельности индивидуальным предпринимателем; сокращение численности или штата работников организации, индивидуального предпринимателя; ухудшение здоровья; сокращение доходов; изменение состава семьи.

Необходимо закрепить в законодательстве право залогодателя при исключительных обстоятельствах, то есть при наличии у него тяжелой финансовой ситуации, обращаться в суд с заявлением о предоставлении рассрочки платежа.

После погашения взятого кредита обязать залогодателя оплатить банку небольшие проценты, которые должны быть законодательно установлены.

В связи с возникшей проблемой в нашем законодательстве мы предлагаем часть 3 статьи 348 Гражданского кодекса РФ и статью 54.1 Федерального закона "Об ипотеке (залоге недвижимости)" изложить в следующей редакции: "Если договором о залоге не предусмотрено иное, обращение взыскания на имущество, заложенное для обеспечения обязательства, исполняемого периодическими платежами, допускается по истечении шести месяцев. Залогодатель имеет право на рассрочку платежа сроком на один год в случае тяжелой финансовой ситуации, что решается в судебном порядке".

Заключение

Ипотека, являясь универсальным средством обеспечения обязательств, открывает собственнику земли возможность, установив на эту недвижимость одну или несколько ипотек, получить кредит в размере, соответствующем всей или части стоимости недвижимости, не лишая себя пользования последней. Кредитор же получает право, в случае неисполнения должником обязательства, получить удовлетворение за счет заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами. Привлекательность залога недвижимого имущества (в том числе и земли) объясняется тем, что с его помощью проще произвести принудительное взыскание. В отличие от применения неустойки, поручительства или гарантии ипотека предполагает наличие заранее подготовленного для взыскания имущества, в данном случае - земельного участка.

Особую актуальность ипотека приобретает в условиях нестабильной экономики, когда не преодолено недоверие участников рынка друг к другу. В этих условиях ипотека может гарантировать надежность капиталовложений.

Зарубежный опыт показывает, что ипотека одновременно служит решению как социальных, так и экономических проблем, поэтому введение в России соответствующего нормально функционирующего механизма будет способствовать её социально-экономической стабилизации.

1. Граждансоке право. Часть первая: Учебник / под ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. – М.: Юристъ, 2007. - 630 [↑](#footnote-ref-1)
2. Римское частное право: Учебник/Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М.: Юристъ, 2004 [↑](#footnote-ref-2)
3. Мейер Древнее русское право залога. Казань, 1855. [↑](#footnote-ref-3)
4. Л. Кассо Понятие о залоге в современном праве. Исследование. - Юрьев: Типография К. Маттисена, 1898. [↑](#footnote-ref-4)
5. Косенко, Е. В // Залог недвижимости по гражданскому праву Российской . диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук . -Саратов,2004. [↑](#footnote-ref-5)
6. Пантюхина Е.В. Правовое регулирование жилищной ипотеки в законодательстве Российской Федерации. М.: Изд-во РГТЭУ, 2003 [↑](#footnote-ref-6)
7. См.: Закон РФ «О залоге» от 29.05.1992 г. № 2872-1 [↑](#footnote-ref-7)
8. Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть1. Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст.3301 [↑](#footnote-ref-8)
9. [↑](#footnote-ref-9)
10. [↑](#footnote-ref-10)
11. Наумов, В. М. // Правовое положение субъектов ипотечных отношений в Российской Федерации. -М.,2007, - 168 с [↑](#footnote-ref-11)
12. Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-12)
13. См.: Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-13)
14. Комментарий к ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»/ Л.Н. Наумова. М.: Волтерс Кувер, 2008, - с. 868 [↑](#footnote-ref-14)
15. См.: Семейный кодекс РФ [↑](#footnote-ref-15)
16. Косенко, Е. В // Залог недвижимости по гражданскому праву Российской . диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук . -Саратов,2004. [↑](#footnote-ref-16)
17. См.: Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-17)
18. См.: Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-18)
19. Концепция развития законодательства о вещном праве // Совет при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства /Проект рекомендован Президиумом Совета к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 3 от 18 марта 2009 г.) [↑](#footnote-ref-19)
20. См.: Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-20)
21. Обзор практики рассмотрения Арбитражными судами споров, связанных с договором об ипотеки // "Вестник ВАС РФ", № 4, 2006 Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28.01.2006 N 90 [↑](#footnote-ref-21)
22. Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 года № 136-ФЗ (ред. 30.06.2003). Собрание законодательства Российской Федерации. 29.10.2001. N 44. Ст. 4147 [↑](#footnote-ref-22)
23. Обзор судебной регистрационной практики по применению законодательства при рассмотрении вопросов , возникающих из земельных правоотношений // Судебная практика по земельным спорам. –М.: ТК Велби, 2007. ч. 1 [↑](#footnote-ref-23)
24. Постановление ФАС СЗО от 21 сентября 2006 г. № А26-7918/2005-14 [↑](#footnote-ref-24)
25. Комментарий к ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»/ Л.Н. Наумова. М.: Волтерс Кувер, 2008, - с. 866 [↑](#footnote-ref-25)
26. См.: там же [↑](#footnote-ref-26)
27. См.: Градостроительного кодекса РФ [↑](#footnote-ref-27)
28. Постановления ФАС от 27 августа 2005 г. № А44-496/04 С15 [↑](#footnote-ref-28)
29. См.: ФЗ «О введении в действие Лесного кодекса Российской Федерации» СЗ РФ. 2006. № 50 . ст. 5279 [↑](#footnote-ref-29)
30. См.: ФЗ «О государственных муниципальных унитарных предприятиях» [↑](#footnote-ref-30)
31. См. : Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 28 января 205 года № 90 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров связанных с договором об ипотеке» // [↑](#footnote-ref-31)
32. См.: Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-32)
33. См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах применения земельного законодательства» [↑](#footnote-ref-33)
34. См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть1. Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 32. Ст.3301 [↑](#footnote-ref-34)
35. Грудцына Л.Ю., Спектор А.А. Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону "Об ипотеке (залоге недвижимости)". - Издательство "Деловой двор", 2007. – с. 906 [↑](#footnote-ref-35)
36. Инструкция о порядке государственной регистрации ипотеки объектов недвижимого имущества, утвержденная приказом Минюста РФ от 15 июня 2006 года № 213 [↑](#footnote-ref-36)
37. См.: там же [↑](#footnote-ref-37)
38. Свит Ю.П. Залог предприятия // Закон. 2002. N 10. С. 43. [↑](#footnote-ref-38)
39. СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-39)
40. См.: Федеральный закон от 16 июля 1998 г. N 102-ФЗ "Об ипотеке (залоге недвижимости)" // СЗ РФ. 1998. N 29. Ст. 3400 [↑](#footnote-ref-40)
41. Гражданское право: Учебник: в 3 т. Т. 1. – 6-е изд./ Н.Д. Егоров, И.В. Елисеев и др.; Отв. Ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – М.: ТК Велби, Изд. – во Проспект, 2004. – с. 715 [↑](#footnote-ref-41)