**Оглавление**

|  |  |
| --- | --- |
| **Введение** |  |
| **Глава I. Понятие института залога** |  |
| **1. История развития залога** |  |
| 1.1. Возникновение залога как правового института |  |
| 1. 2. Развитие института залога в России |  |
| **2. Залог в современном Российском гражданском праве** |  |
| 2.1. Источники правового регулирования залога  в Российской Федерации |  |
| 2.2. Понятие залога |  |
| 2. 3. Договор залога |  |
| 2. 4. Реализация залога |  |
| **Глава II Залог с оставлением имущества у залогодателя** |  |
| **1. Ипотека** |  |
| 1.1. Понятие ипотечной системы |  |
| 1.2 Государственная регистрация ипотеки |  |
| 1.3. Особенности ипотеки земельных участков |  |
| 1. 4. Особенности ипотеки предприятий, зданий, сооружений |  |
| 1.5. Особенности ипотеки жилых домов и квартир |  |
| **2. Залог товаров в обороте и переработке** |  |
| 2.1. Понятие залога товаров в обороте и переработке |  |
| 2.2. Особенности залога товаров с предоставлением залогодателю права переработки |  |
| 2.3. Реализация залога товаров в обороте и переработке |  |
| **Глава III. Залог с передачей имущества залогодержателю** |  |
| **1. Понятие заклада** |  |
| **2 Залог вещей в ломбарде** |  |
| **3 Залог ценных бумаг** |  |
| **Глава IV Залог прав** |  |
| **1. Понятие залога прав** |  |
| 1.1. Право как предмет залога |  |
| 1. 2. Возникновение залогового права на право |  |
| **§ 2. Особенности реализации залогового права на право** |  |
| **§ 3. Залог прав и обеспечительная уступка прав**. |  |
| **Заключение** |  |

**Введение**

Российское гражданское право  является отраслью права, которая всегда занимала, и, несомненно, будет занимать ведущее место в регулировании правоотношений, складывающихся в экономике. В современных условиях наличие четкого правового регулирования экономических отношений жизненно необходимо для функционирования и развития практически всех отраслей экономики и производства – начиная от сельского хозяйства и строительства и заканчивая промышленным производством и банковской деятельностью, что, в конечном итоге, говорит о необходимости такого регулирования и для государства в целом.

Одним из основополагающих институтов гражданского права России является обязательство. При посредстве обязательственного права осуществляется перемещение  имущества  и  других материальных благ из сферы производства в сферу обращения,  а  из последней - в  сферу  производственного  и  личного потребления, что в рыночных условиях, немаловажно.

В процессе деятельности субъекты обязательств, сталкиваются с совокупностью различных видов риска, отличающихся между собой местом и временем возникновения, внешними и внутренними факторами, но в целом негативно сказывающихся на общем уровне исполнения обязательств, а также понижении уровня обязательственных правоотношений. Сейчас, в условиях низкого уровня договорной дисциплины, ненадежности и часто просто недобросовестности контрагентов все больше необходимо развивать, рассматривать и применять на практике различные способы обеспечения исполнения обязательств. Гражданским кодексом Российской Федерации предусмотрен ряд специальных мер, которые выступают в качестве гарантии исполнения должником основного обязательства, и стимулируют должника к надлежащему поведению. Эти меры именуются способами обеспечения исполнения обязательства и возлагают на должника дополнительные обременения на случай неисполнения или ненадлежащего исполнения им обязательства.

В соответствии с Гражданским Кодексом предусматриваются следующие способы обеспечения исполнения обязательств: неустойка, залог, удержание имущества должника, поручительство, банковская гарантия, задаток[[1]](#footnote-1). Данный перечень не является исчерпывающим. Стороны вправе в договорном порядке предусмотреть и иные способы обеспечения исполнения обязательств. В предлагаемой работе рассмотрен один из способов обеспечения исполнения обязательств, а именно залог, описано возникновение его, как правового института, его развитие, нормативно-правововое регулирование залога в Российском гражданском праве, в качестве элементов работы будут рассмотрены виды залога, присутствующие в Российском гражданско-правовом обороте.

Залог в настоящий период занимает особое место среди способов обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств. Это обусловлено тем, что современному периоду нашей экономики присущ ряд негативных явлений - инфляция, повсеместные неплатежи за поставленные товары, выполненные работы или оказанные услуги. Поэтому именно залог становится основой прочности отношений между кредитором и должником, так как в наибольшей степени гарантирует удовлетворение имущественных требований кредитора в случае неисполнения должником обязательства. Другие гражданско-правовые способы обеспечения обязательств, например, такие как неустойка (штраф, пеня), теряют практический смысл, поскольку контрагент по договору, не имеющий достаточных средств для уплаты долга, естественно не в состоянии оплатить еще и неустойку. В ходе всего исследования активно использовался метод системного подхода к изучаемым явлениям. Институт залога исследовался комплексно в его тесной взаимосвязи с другими правовыми институтами, прежде всего, с институтом права собственности. Залог рассматривается как развивающийся по определенным тенденциям институт, который в разные исторические периоды имеет свои особенности.

**Глава I. Понятие института залога**

**§ 1. История развития залога**

* 1. Возникновение залога как правового института

История залога исчисляется многими столетиями. Первые случаи залога имущества, гипотетически, произошли одновременно с возникновением частной собственности, однако достоверных подтверждений этого мы не имеем. Из сохранившихся исторических документов известно, что уже в Вавилоне, в VI веке до нашей эры существовали банкиры, выдававшие ссуды под залог разных ценностей. Существовал залог и в древней Греции в V веке до нашей эры. Наиболее высокой степени развития, достиг этот институт в Древнем Риме. По мере расширения круга участников имущественных отношений в Древнем Риме, все чаще обязательственные отношения стали возникать между лицами, которые все меньше и меньше знали друг о друге. Все реже кредитор мог основывать свою уверенность в том, что должник способен и намерен уплатить долг, только на общих сведениях его имущественном положении, о его деятельности, о его добросовестности и общественном положении. Иными словами должнику все труднее становилось добиться доверия - получить кредит, который бы носил личный характер. Для получения кредита должник стал вынужден предназначать для кредитора определенное имущество, реализовав которое, кредитор смог бы погасить задолженность. Определяющим условием для предоставления кредита стала ценность имущества предназначенного кредитору для указанных целей - кредит в этом смысле все чаще стал носить вещный характер.

Предоставление кредита ставилось в зависимость от предоставления будущим должником будущему кредитору таких прав в отношении определенного имущества, реализация которых могла бы служить обеспечением кредитора от неисполнения обязательства со стороны будущего должника. Такие способы обеспечений, которые представляли из себя права в отношении определенного имущества, независящие от последующих переходов права собственности на это имущество и пользующиеся преимуществом перед обязательственными правами на это имущество, получили название вещных обеспечений. В римском праве было выработано несколько форм вещных обеспечений, которые стали фундаментом для последующего развития института залога.

Первоначальной формой залога в Древнем Риме была фидуция (Fiducia). Сущность этой формы обеспечения исполнения обязательств заключалась в том что, должник в обеспечение своего долга передавал во владение и собственность кредитору определенное имущество, а кредитор обязывался возвратить это имущество должнику после того, последний погасит свой долг. Иными словами, для того чтобы получить кредит в денежной форме, будущему должнику приходилось самому предоставлять кредит в товарной форме своему будущему кредитору, так как получение кредитором права собственности на имущество означало для последнего получение больших прав, чем того требует сущность обеспечения исполнения обязательства.

В целях защиты интересов должника в Древнем Риме признавалась обязанность кредитора использовать полученное им при фидуции право собственности только с целью погашения непогашенного в срок долга. Кредитор, нарушивший эту обязанность, подвергался бесчестию. Должник же, удовлетворивший требование кредитора, имел право предъявить к нему требование о возврате имущества, а если ко времени возврата имущества не оказывалось, то должник имел право требовать от кредитора возмещения убытков.

Другая форма залога по римскому праву известна под названием пигнус (Pignus). Эта форма залога была более благоприятна для должника, так как он в обеспечение своего долга передавал имущество кредитору лишь во владение. Право собственности на заложенное имущество, по крайней мере до правомерной продажи этого имущества залогодержателем, принадлежало залогодателю. После надлежащего исполнения обязательства должником залогодержатель был обязан вернуть заложенное имущество залогодателю.

Несмотря на определенные преимущества пигнуса по сравнению с фидуцией, пигнус, как форма обеспечения исполнения обязательств, не соответствовал в полной мере потребностям развивающегося оборота Древнего Рима. Хотя за должником и сохранялось право собственности, но он лишался правомочия извлекать полезные свойства из заложенного имущества. Особенно болезненным это ограничение было тогда, когда в залог приходилось отдавать земельный участок, который был единственным источником дохода должника. Позднее, движимое потребностями оборота, римское право восприняло форму залога, которая была выработана в Греции. Эта форма залога носила название ипотека (Hypotheca). Для возникновения этого вида залога не требовалось передавать заложенное имущество во владение залогодержателю. При установлении ипотеки залогодатель не только имел право владеть и пользоваться, но также и отчуждать заложенное имущество. Отчуждение не прекращало ипотеки. Залогодержатель мог защищать свое право с помощью вещного иска, он мог истребовать отчужденное имущество у любого лица, каким бы способом оно его не приобрело.

В римском праве были выработаны несколько видов залога. Оно знало залог, возникающий на основании договора, и залог, возникающий по закону. Так, например, при кредитовании строительства дополнительного соглашения о залоге не требовалось. Дом переходил в залог кредитору, который дал взаймы деньги на возведение строящегося здания.

Римскому праву был известен залог таких объектов как права требования. Были распространены, в частности, соглашения, по которым лицу, оказавшему кредит домовладельцу для ремонта дома, давалось залоговое право на квартплату подлежащую взносу от жильцов. Уже в Древнем Риме в принципе было возможно заложить товары в обороте.

Значение римского залога для обеспечения исполнения обязательств было значительно снижено, из-за установления нескольких привилегированных, так называемых генеральных ипотек, обременяющих в силу закона все имущество должника.

С проблемой недобросовестности тех залогодателей, которые закладывали уже заложенное имущество, римское право боролось с помощью уголовного наказания. «Кто заложит другому вещь, состоящую у меня в залоге, не предупредив меня об этом, тот подвергается наказанию за мошенничество».

Наиболее завершенный вид римское право приобрело в VI веке Н. Э, с принятием кодификации Юстиниана. А уже с XII века в большинстве государств Западной Европы происходит рецепция римского права. В процессе рецепции римское право подверглось значительной переработке, в результате которой создалось, преимущественно в Германии XVI—XVII вв., то «искаженное» римское право, которое получило название пандектного права или «Современного римского права»[[2]](#footnote-2).Несмотря на эту переработку, «тексты римского права явились той основой, на которой развилась, в особенности в XVIII и XIX вв., общая теория буржуазного гражданского права».

1. 2. Развитие института залога в России

Существуют свидетельства существования залога уже в древней Руси. Согласно исследованиям в области истории Российского государства и права, отличительной чертой древнерус­ского залога является окончательное и бесповоротное приобретение пра­ва на вещь залогодержателем в случае неуплаты со стороны залогодате­ля. Развитие залогового правового института в России, как такового, произошло позднее чем в европейских государствах. Основные понятия римского залогового права оказали большое влияние и на формирование российского залогового права. Влияние это было в значительной мере опосредовано западно-европейскими законодательствами. В томе X Свода законов Российской империи залог регулировался нормами, помещенными во 2-м разделе 4-й книги, вместе с иными способами обеспечения обязательств. Во второй половине XIX века, существовала даже точка зрения, представители которой отрицали вещный характер залога. Однако господствующее мнение считало залог вещным правом.

В российском праве тех лет регулировался и активно применялся для обеспечения обязательств (в подавляющем большинстве случаев обязательств из договоров займа с банками) залог движимого имущества — заклад, залог недвижимого имущества, залог прав требований и залог ценных бумаг.

По общему правилу залог имел значение побочного (акцессорного) правоотношения. Однако он мог существовать и в качестве самостоятельного правоотношения, независимо от обязательства.

В связи с тем, что передача имущества в залог может привести к отчуждению этого имущества, российское законодательство установило, что закладывать может только тот, кто способен отчуждать, то есть исключительно собственник имущества, и при этом ни коим образом не ограниченный в праве распоряжения этим имуществом. Право Российской империи право не предусматривало законного и судебного залога. Для действительности залога недвижимости необходимо было придать договору о залоге особую форму - форму крепостного акта закладной крепости, который должен быть подписан двумя свидетелями. Договор о залоге движимых вещей должен был иметь нотариальную форму. Залог как движимого, так и недвижимого имущества влек за собой запрет его отчуждения. Наряду с общими нормами о залоге существовали специальные правила о залоге для казны, кредитных институтов - Устав кредитный, ссудных касс и товарных складов - Устав торговый.

Относительно залога недвижимого имущества уже с 1849 г. высказывались предложения о проведении в России ипотечной реформы, которая предполагала принципиальным образом изменить систему залогового права на недвижимость. Эта реформа должна была способствовать развитию поземельного кредита, т. е. такого кредита, который предоставляется под обеспечение его недвижимостью.

К 1890 г. была закончена работа над проектом вотчинного устава, который, как предполагалось, должен был включать в себя большую часть правил, относящихся к праву собственности и залогу на недвижимость. В ходе работы над этим законопроектом активно использовалось законодательство всех европейских стран уже имевших к тому времени ипотечные системы залога недвижимости, а также соответствующие разделы проекта общегерманского уложения. Основным звеном ипотечной реформы должна была стать новая система оборота и в том числе залога недвижимости, связанная с введением вотчинной (ипотечной, поземельной) книги. Значение вотчинной книги должно было заключаться в том, что сила права собственности, залогового и иных прав на недвижимость обусловливалась внесением соответствующей записи в эту книгу. Другим элементом этой реформы должен был стать отказ от правил запрета отчуждения заложенной недвижимости. К сожалению, проекту вотчинного устава не суждено было приобрести законную силу.

Таким образом, к началу XX века в Российской империи существовал достаточно уре­гулированный рынок ипотечных кредитов. При его орга­низации была реализована идея, имеющая, на первый взгляд, сугубо тео­ретическое значение. Суть ее состоит в том, что при организации ипо­течных кредитов могут возникать и существовать правовые формы, про­изводные от залога недвижимости, но теряющие акцессорный характер по отношению к обеспечиваемому кредиту. При таком способе кредитования должник передавал в залог банку, в обеспечение исполнения своих обяза­тельств по кредитному договору недвижимость, а банк в счет кредитного договора выдавал заемщику не деньги, а закладные листы с купонным доходом. Получив кредит в форме закладных листов, заемщик мог рас­считаться ими со своими кредиторами, продать их на бирже за деньги, т. е. реально имела место ситуация, в которой закладные листы выступали средством расчета

Построение новой правовой системы в 1917 году было отмечено разрушением старой системы вещного права. Первые декреты Всероссийского съезда Советов запрещали собственность частных лиц на землю, ее недра, воды, леса, промышленные предприятия. Эти объекты на долгие десятилетия перестали быть объектом гражданского оборота и, следовательно, не могли быть предметом залога.

Некоторое обратное движение по сравнению с ситуацией 1917-1921 гг. и в то же время принципиально новое положение по сравнению с дореволюционным правом представлял из себя ГK РСФСР 1922 г.Кодекс предусматривал три вида прав на вещи: право собственности, право застройки и право залога. В отличие от традиционного деления вещных прав Кодекс не выделял особо право владения - элемента, необходимого для возникновения заклада, и прав на чужие вещи, к которым относится, в частности, и залог. Как полагает Т. Е. Новицкая: «Историческое происхождение права частной собственности из владения; настораживало юристов в 20-е годы, кроме того, хотелось создать нечто принципиально отличное от понятий буржуазного права».[[3]](#footnote-3) ГК РСФСР 1922 г. окончательно упразднил деление имущества на движимое и недвижимое. Основанием для этого была национализация земли.

В соответствии с одним из классических положений вещного права постройка следует судьбе земли. ГК РСФСР 1922 г. отказался от этого, правила: теперь возможна была ситуация, когда собственник строения не являлся собственником земельного участка, на котором стоит это строение. Вместо традиционного предположения о праве собственности владельца он закреплял так называемую «презумпцию государственной собственности», когда в любом случае при наличии спора предполагалось, что имущество принадлежит государству и противная сторона должна была доказать обратное. Залог тогда рассматривался как вещное право.

В те годы законодательством были предусмотрены залог с передачей имущества залогодержателю - близкий современному закладу, залог прав требования, залог права застройки и строений, а также залог товара в обороте и в переработке.

Помимо ГК РСФСР 1922 г. значительная часть правил, регулировавших залог, содержалась в уставах банков. В ряде случаев эти правила расходились с нормами ГК. В уставах многих банков предусматривалось, например, право банков продавать заложенное имущество без решения суда, а также правило, в соответствии с которым залоговое право банка устанавливалось на всякое имущество, попавшее в, распоряжение банка.

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

Одним из ключевых моментов кредитной реформы 1930—31 годов, было введение прямого планового банковского краткосрочного кредитования. Абстрактное для плановой экономики частно-правовое обеспечение исполнения обязательств, и, прежде всего залог, потеряло свое былое значение по сравнению с экономической обеспеченностью кредита. Иными словами, главное для банка стало не погашение кредитополучателем кредита вообще, а приобретение им именно того имущества, на приобретение которого был выдан кредит. В то же время в последующие годы согласно банковским правилам вообще не предполагалось залогового обеспечения исполнения таких кредитов, как: расчетные, выдававшиеся колхозам на производственные затраты и капитальные вложения; на выдачу авансов по договорам контрактации; под расчетные документы в пути; на затраты по внедрению новой техники; увеличению производства товаров широкого потребления; по долгосрочному кредитованию межколхозных строительных организаций и др. Независимо от того имел ли банк залоговое право или нет, он не только имел право, но и был обязан систематически производить проверку сохранности товарно-материальных ценностей, приобретенных на полученную ссуду. Как заложенные, так и незаложенные товарно-материальные ценности могли быть проданы Госбанком для покрытия задолженности по ссуде. Однако, банк практически не использовал это право, так как он имел большой выбор более эффективных способов погасить задолженность.«Твердый» залог в банковской практике не использовался. Его применение ограничивалось в основном обеспечением пополнения займов, полученных гражданами в ломбардах.

ГК РСФСР 1964 г. закрепил возможность передачи в залог имущества, принадлежащего не только на праве собственности, но и на праве оперативного управления. Правовое регулирование залога товаров в обороте и переработке полностью перешло в область специального законодательства, этот вид залога даже не упоминается в ГК. До начала девяностых годов практически отсутствовала ипотека.

Несмотря на многочисленные изменения, основные положения нормативных актов регулировавших залог, сохраняли свое действие вплоть до недавнего времени.

В начале 90 г. прошлого века, в связи с изменением экономико-политической концепции развития нашего государства, возникла необходимость коренного изменения практически всей существовавшей нормативно правовой базы.

**§ 2. Залог в современном Российском гражданском праве**

2.1. Источники правового регулирования залога в Российской Федерации

Институт залога в настоящее время приобретает в России все большее распространение, и нормативная база, регулирующая данный институт находится сейчас в процессе постоянного изменения и расширения.

Общие нормы о залоге, применяются по соответствующим статьям Гражданского кодекса РФ. Действуют в отношении залога, и нормы закона «О залоге», не противоречащие нормам Гражданского Кодекса. К правовым актам регулирующим ипотеку в первую очередь относится Федеральный закон 1998 г. «Об ипотеке (залоге недвижимости)». Отношения, возникающие при выпуске, эмиссии, выдаче и обращении ипотечных ценных бумаг, а также при исполнении обязательств по указанным ипотечным ценным бумагам регулируются законом РФ «Об ипотечных ценных бумагах» от 11 ноября 2003 г., регистрация недвижимости, важнейшая функция государства, без надлежащего исполнения которой устойчивый оборот недвижимости вообще невозможен, регулируется Федеральным законом 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». В настоящее время, на основании этих нормативных актов принято значительное число подзаконных актов, регулирующих различные стороны залоговых правоотношений. Немалое значение в правовом регулировании залога сейчас имеют и нормативные акты Верховного и Высшего арбитражного судов, касающиеся практики разрешения споров, возникающих в процессе залога движимого и недвижимого имущества.

Отдельные специальные нормы, которые тем не менее следует учитывать при заключении залоговых договоров, рассеяны и по соответствующим законам, таким, например, как закон «О банковской деятельности». Обязательства, обеспечиваемые ипотекой, подлежат бухгалтерскому учету кредитором и должником, если они являются юридическими лицами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о бухгалтерском учете[[4]](#footnote-4).

Фактическая реализация прав банка по залогу возможна в рамках закона «Об исполнительном производстве». При ипотеке жилья необходимо следовать нормам отраслевого жилищного законодательства, в том числе Жилищного кодекса РФ. Члены семьи заемщика также имеют установленные законодательством права, нормированные в Семейном и Гражданском кодексах РФ. При ипотеке земельного участка, следует учитывать нормы Земельного Кодекса РФ. Специальные акты защищают интересы несовершеннолетних, стариков и инвалидов.

В случаях, когда в залоге имущества одной из сторон являются иностранные граждане или юридические лица, возникает необходимость использования актов международного права, или законов государства, подданными которого являются контрагенты.

2.2. Понятие залога

Согласно нормам ГК РФ, в силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником этого обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом[[5]](#footnote-5).

Залогодержатель имеет право получить на тех же началах удовлетворение из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано, если только утрата или повреждение не произошли по причинам, за которые залогодержатель отвечает.

В цивилистической литературе долгое время велся спор о том, относится ли залог к числу институтов вещного или обязательственного права.

Под вещным правом принято понимать право, обеспечивающее удовлетворение интересов управомоченного лица путем непосредственного воздействия на вещь, которая находится в сфере его хозяйственного господства. В юридической науке существует самый различный набор признаков, присущих вещным правам, да и содержание этих признаков раскрывают по-разному. Сергеев А.П. указывает: «Если суммировать высказанные на сей счет суждения, то в числе признаков вещного права чаще всего фигурируют указания на то, что вещное право носит бессрочный характер; объектом этого права является вещь; требования, вытекающие из вещных прав, подлежат преимущественному удовлетворению по сравнению с требованиями, вытекающими из обязательственных прав; вещному праву присуще право следования и что, наконец, вещные права пользуются абсолютной защитой».[[6]](#footnote-6)

Под залогом российский законодатель понимает прежде всего способ обеспечения обязательства особого рода. Придание этому элементу залога первостепенного значения несколько затеняет его вещный характер, который с очевидностью следует из содержания как норм Гражданского Кодекса РФ, регулирующих залог, так и из содержания Закона «О залоге». Основным подтверждением того, что законодатель все-таки признает залог вещным правом, является правило, в соответствии с которым залог сохраняет силу при переходе предмета залога к третьему лицу. Под переходом предмета залога к третьему лицу в данном случае, следует понимать переход к третьему лицу как владения, так и собственности (или приравниваемого к собственности права). Это свойство залога позволяет отнести его к вещным правам, носящим название права на чужие вещи, которые характеризуются господством стороннего лица над вещью независимо от личности собственника. Залогодателем может быть как сам должник, так и третье лицо, согласившееся заложить свое имущество в обеспечение чужого обязательства. В последнем случае отношения залогодателя и должника, по обязательству, обеспеченному залогом, находятся вне договора о залоге[[7]](#footnote-7).

В научной литературе выделяют следующие, общие для всех видов залога, принципы:

- Публичности;

- Приоритета - то есть приоритет ранее установленного залога перед последующим;

- Специальности - (от слова специальный, не общий) - то есть пригодность для установления залога только конкретных предметов, а не совокупности вещей или прав.[[8]](#footnote-8)

Принцип специальности российского залога наиболее ярко следует из того, что состав заложенного имущества является обязательным условием договора о залоге. В Гражданском Кодексе РФ однозначно закрепляется принцип приоритета (ст. 342). Очевидно, что российский законодатель, по крайней мере, в виде общего правила, стремился оставить залог также их в рамках принципов публичности и специальности. В то же время принцип специальности, также как и другие принципы залога, в разной степени последовательно действуют относительно разных видов залога, что более подробно будет рассмотрено нами ниже.

По предмету залога различают следующие виды залога:

- залог движимого имущества,

- залог недвижимого имущества,

- залог имущественных прав.

С экономической и правовой точки зрения между обеспечением исполнения обязательства и предметом залога существует определенная связь: залог базируется на наличии реального обеспечения материальных ценностей. Обычно в качестве предмета залога выступают такие ценности, которые обладают способностью к быстрой реализации (недвижимость, транспортные средства, акции). Также, предметом залога могут быть имущественные права, которые в соответствии с законодательством могут быть отчуждены. Например, предметом залога может быть право аренды, право залога.

Если иное не предусмотрено договором или законодательством, вещь в качестве предмета залога включает принадлежности к ней и неотделимые плоды. По общему правилу, предмет залога не может включать отделимые плоды, приплод животных, доходы, приносимые вещью, и только в случаях, пределах и порядке, предусмотренных договором или законодательством они могут быть включены в предмет залога. Договором может быть предусмотрен залог имущества, которое может поступить в собственность или в полное хозяйственное ведение залогодателя в будущем (дом, который будет построен), а также залог прав, носителем которых залогодатель может стать.

Предметом залога может быть имущество, составляющее общую собственность, но при условии, что все собственники будут согласны. В качестве самостоятельного предмета залога может выступать право на идеальную долю в общем имуществе. Так, закон «Об обществах с ограниченной ответственностью» гласит: «участник общества вправе заложить принадлежащую ему долю (часть доли) в уставном капитале общества другому участнику общества или, если это не запрещено уставом общества, третьему лицу с согласия общества по решению общего собрания участников общества, принятому большинством голосов всех участников общества, если необходимость большего числа голосов для принятия такого решения не предусмотрена уставом общества. Голоса участника общества, который намерен заложить свою долю (часть доли), при определении результатов голосования не учитываются»[[9]](#footnote-9). Собственник квартиры, в том числе и в многоквартирном доме, вопрос о сдаче квартиры в залог решает самостоятельно.

Предметом залога не может имущество, изъятое из оборота, требования, неразрывно связанные с личностью кредитора, в частности требования об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом. Изъятыми из оборота являются объекты, которые не могут свободно отчуждаться или переходить в собственность от одного лица к другому. Объекты изъятые из оборота указываются в законе[[10]](#footnote-10). Перечень изъятых из оборота объектов довольно широк, и регламентируется различными нормативными актами. Так согласно ст. 12 Лесного Кодекса, не допускается купля-продажа, залог и совершение других сделок, которые влекут или могут повлечь отчуждение участков лесного фонда, а также участков лесов, не входящих в лесной фонд.

Не могут быть предметом залога, драгоценные и редкоземельные металлы и изделия из них, не являющиеся ювелирными, стратегические материалы, вооружение, боеприпасы к нему, военная техника, запасные части, комплектующие изделия и приборы к ним, взрывчатые вещества, средства взрывания, пороха, все виды ракетного топлива, а также специальные материалы и специальное оборудование для их производства, приборы и оборудование с использованием радиоактивных веществ и изотопов, результаты научно-исследовательских и проектных работ, а также фундаментальных поисковых исследований по созданию вооружения и военной техники, шифровальная техника и нормативно-техническая документация на ее производство и использование, яды и наркотические вещества, отходы радиоактивных материалов.

Залог может обеспечивать любое гражданско-правовое обязательство (купля-продажа, заем, аренда), однако основной сферой применения залога всегда было обеспечение выдачи кредитов. Это обусловлено тем, что возможность быстрого удовлетворения требований из заложенного имущества в случае невыполнения должником своих обязательств особенно важна для банков, поскольку для них потеря времени на обращение взыскания на заложенное имущество оборачивается потерей средств, что чревато серьезными последствиями.

За счет заложенного имущества залогодержатель вправе удовлетворить свои требования в полном объеме, определяемом к моменту фактического удовлетворения, включая проценты, убытки, причиненные просрочкой исполнения, а в случаях, предусмотренных законом или договором, неустойку; возмещению подлежат также необходимые издержки по содержанию заложенного имущества и расходы по осуществлению обеспеченного залогом требования.

Залогодателем вещи может быть ее собственник либо лицо, имеющее на нее право хозяйственного ведения. Предприятие, за которым имущество закреплено на праве полного хозяйственного ведения, осуществляет залог предприятия в целом, его структурных единиц и подразделений как имущественных комплексов, а также отдельных зданий и сооружений с согласия собственника этого имущества или уполномоченного им органа. Учреждение может передавать в залог имущество, в отношении которого оно в соответствии с законом приобрело право на самостоятельное распоряжение. Залогодателем прав может быть лицо, которому принадлежит передаваемое в залог право.

Закон допускает возможность перезалога уже заложенного предмета. Если залогодержателей несколько, то для них устанавливается соответствующая очередность в удовлетворении их требований. Так, в первую очередь удовлетворяются интересы первого залогодержателя, из оставшегося имущества удовлетворяются требования второго залогодержателя и т. д. При этом залогодатель сохраняет право распоряжения заложенным имуществом, если иное не предусмотрено законом или договором о залоге.

Поскольку перезалог уже заложенного имущества может противоречить интересам залогодержателя, то стороны могут установить недопустимость последующего залога имущества. Для того чтобы защитить интересы последующих залогодержателей, залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю о всех предыдущих залогах данного имущества, а также о характере и размерах обеспечения этими залогами обязательств. Если же залогодатель не исполнил этой обязанности, то при обращении взыскания на заложенное имущество последующих залогодержателей и недостаточности этого имущества он обязан возместить убытки залогодержателей.

С согласия залогодержателя, допускается замена предмета залога. Если предмет залога утрачен или поврежден либо право собственности на него или право хозяйственного ведения прекращено по основаниям, установленным законодательством, залогодатель вправе в разумный срок восстановить предмет залога или заменить его другим равноценным имуществом.

Залогодержатель вправе передать свои права по договору о залоге другому лицу с соблюдением правил о передаче прав кредитора путем уступки требования. Уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом. С переводом на другое лицо долга по обязательству, обеспеченному залогом, залог прекращается, если залогодатель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника.

Гражданский Кодекс и Закон РФ «О залоге» провозглашают акцессорность всех видов залога, т е. зависимость залога от обеспечиваемого обязательства. Зафиксирована эта зависимость в п. 4 ст. 4 Закона: Залог произведен от обеспечиваемого им обязательства. Существование прав залогодержателя находится в зависимости от судьбы обеспечиваемого залогом обязательства»; в п. 1 ст. 34 Закона РФ «О залоге», предусматривает прекращение права залога при прекращении обеспеченного залогом обязательства, а также в ст. 32, в которой говорится о том, что случаях, когда в установленном законом порядке происходит уступка залогодержателем долга, возникшего из обеспеченного залогом обязательства, на другое лицо, залог сохраняет силу.

Право залога возникает с момента заключения договора о залоге, а в отношении залога имущества, которое надлежит передаче залогодержателю, с момента передачи этого имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге.

Согласно статье 352 Гражданского Кодекса РФ, залог прекращается в следующих случаях:

- с прекращением обеспеченного залогом обязательства;

- по требованию залогодателя, в случае если заложенное имущество находится у залогодержателя, при грубом нарушении залогодержателем обязанностей, по обеспечению сохранности имущества, создающем угрозу утраты или повреждения заложенного имущества, залогодатель вправе потребовать досрочного прекращения залога;

- в случае гибели заложенной вещи или прекращения заложенного права;

- в случае продажи с публичных торгов заложенного имущества, а также в случае, когда его реализация оказалась невозможной

- в случае перехода прав на предмет залога к залогодержателю.

При прекращении залога вследствие исполнения обеспеченного залогом обязательства либо по требованию залогодателя залогодержатель, у которого находилось заложенное имущество, обязан немедленно возвратить его залогодателю. В случае частичного исполнения должником обеспеченного залогом обязательства залог сохраняется в первоначальном объеме до полного исполнения обеспеченного им обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором.

В случае принятия Российской Федерацией или республикой в составе Российской Федерации законодательных актов, прекращающих залоговое право либо право залогодателя на заложенное имущество, убытки, причиненные залогодержателю в результате принятия этих актов, возмещаются ему в полном объеме Российской Федерацией или соответствующей республикой в составе Российской Федерации. Споры о возмещении убытков разрешаются судом.

В случаях прекращения права собственности на заложенное имущество или прекращения заложенных прав в связи с решением государственного органа власти и управления, не направленным непосредственно на изъятие заложенного имущества или заложенных прав, в том числе решением об изъятии земельного участка, на котором находятся заложенные дом, иные строения, сооружения или насаждения, убытки, причиненные залогодержателю в результате этого решения, возмещаются залогодержателю в полном объеме этим государственным органом за счет средств, находящихся в его распоряжении. Споры о возмещении убытков разрешаются судом или арбитражным судом.

2. 3. Договор залога

В качестве оснований возникновения залога законодательство устанавливает договор и закон. Законный залог возникает независимо от воли сторон при возникновении соответствующих обязательственных правоотношений. Для возникновения договорного залога между залогодержателем и залогодателем должно быть достигнуто соглашение об установлении залога. Согласно требованиям Гражданского Кодекса РФ, договор о залоге заключается в письменной форме.[[11]](#footnote-11)

Известны две разновидности письменной формы договора - простая письменная и нотариальная, а в ряде случаев кроме нотариального удостоверения договора, требуется государственная регистрация. Если основное обязательство, обеспеченное залогом, оформлено договором, который подлежит нотариальному удостоверению, то и договор о залоге должен быть нотариально удостоверен.

Существенные условия договора о залоге определенны в части первой Гражданского Кодекса. Существенными являются те условия, без достижения согласия по которым договор считается незаключенным. К ним относятся: содержание, размер и срок исполнения обеспеченного залогом основного требования, которые определяются основным договором, и указания о которых должны соответствовать этому договору; состав и стоимость заложенного имущества; наименование сторон основного договора, его номер, дату и место его заключения; у кого остается предмет залога (по общему правилу предмет залога остается у залогодателя)[[12]](#footnote-12).

Состав заложенного имущества может указываться как в самом тексте договора, так и в приложении к договору залога. Необходимо уделить внимание точному описанию предмета залога, перечислив индивидуальные признаки предмета, позволяющие однозначно выделить его из массы других предметов, указать его родовые признаки. При определении стоимости предмета залога необходимо принимать его залоговую стоимость, которая, как правило, не соответствует реальной стоимости предмета залога, а составляет процент от ее стоимости. Конкретный размер стоимости заложенного имущества определяется по соглашению сторон, причем впоследствии он может быть пересмотрен, путем составления соответствующего приложения. Стоимость заложенного имущества должна быть достаточной для обеспечения основного требования кредитора, а также процентов за пользование кредитом, неустойки, суммы убытков, возмещение расходов Залогодержателя на содержание и хранение заложенной вещи, возмещение расходов, связанных с принудительным взысканием долга. Несоблюдение данных требований, влечет недействительность договора о залоге.

Условия о предмете залога будут считаться согласованными, если залогодатель и залогодержатель внесут в него данные, позволяющие однозначно идентифицировать предмет залога, выделить его из массы других предметов, либо указать все нюансы родовых признаков предмета залога, что приобретает особое значение, например, при залоге товаров в обороте. Если предметом залога является индивидуально-определенная вещь, например здание, то при его передаче в залог необходимо представить документы, содержащие сведения, позволяющие определить месторасположение здания, размер полезных площадей. Если предметом залога является право требования, то необходимо четкое описание обязательства, иного правоотношения, из которого оно возникло и в связи с которым сохраняет свою действительность. Отмеченные требования о необходимости индивидуализации предмета залога являются следствием принципа специальности залога: объектом залога может быть только известное определенное имущество. Исключение из данного принципа составляет определение предмета при залоге товаров в обороте, в силу чего залог товаров в обороте приобретает черты особой разновидности залога.

Согласно договору залога, залогодержатель имеет право:

1) проверять по документам и фактически наличие, количество, состояние и условия хранения предмета залога;

2) требовать от залогодателя принятия мер, необходимых для сохранения предмета залога;

3) требовать предмет залога из чужого незаконного владения;

4) требовать от третьих лиц прекращения посягательств на предмет залога, угрожающих его утратой и/или повреждением;

5) обратить взыскание на другое имущество Залогодателя в установленном гражданским законодательством Российской Федерации порядке, если суммы, вырученной от реализации предмета залога, окажется недостаточно для полного удовлетворения требований Залогодержателя. В этом случае Залогодержатель не пользуется преимуществом, основанным на залоге.

Залогодатель имеет право:

1) владеть и пользоваться предметом залога или его частями в соответствии с его назначением только с согласия залогодержателя;

2) досрочно исполнить обязательство, обеспеченное залогом;

3) в любое время до продажи предмета залога прекратить обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив обеспеченное залогом обязательство или ту его часть, исполнение которой просрочено;

4) заменить предмет залога только с письменного согласия залогодержателя другим равным по стоимости имуществом.

Залогодатель обязан:

1) не отчуждать, не передавать в аренду или безвозмездное пользование другому лицу предмет залога либо иным образом распоряжаться им без согласия Залогодержателя;

2) не совершать действий, противоречащих условиям договора, которые влекут прекращение предмета залога или уменьшение его стоимости;

3) сообщать залогодателю сведения об изменениях, происходящих в предмете залога, незамедлительно представлять залогодержателю по его требованию информацию о предмете залога;

4) не допускать последующего залога заложенного имущества;

5) нести все расходы по оценке рыночной стоимости предмета залога.

Договором также предусматривается сторона, несущая ответственность за сохранность заложенного имущества, обязанная также и страховать за свой счет заложенное имущество на его полную стоимость от рисков утраты принимать все меры, необходимые для сохранения предмета залога. Это, как правило, та сторона, во владении которой будет находиться заложенное имущество по договору.

Все дополнения и изменения к договору оформляются в виде дополнительных соглашений за подписью обеих сторон и являются неотъемлемой частью договора.

В соответствии с пунктом 3 статьи 339 Гражданского кодекса Российской Федерации государственной регистрации подлежит только договор о залоге недвижимости (ипотеке).

Так, при рассмотрении спора между коммерческим банком и акционерным обществом об обращении взыскания на заложенные в обеспечение кредитного договора автотранспортные средства ответчиком был поставлен вопрос о недействительности заключенного сторонами договора о залоге в связи с несоблюдением процедуры его государственной регистрации в установленном порядке[[13]](#footnote-13).

Согласившись с этими доводами, арбитражный суд отказал в удовлетворении требований об обращении взыскания на предмет залога.

Как было указано в судебном решении, в соответствии со статьей 339 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьей 11 Закона Российской Федерации «О залоге» и Постановлением Правительства Российской Федерации от 12.08.94 N 938 «О государственной регистрации автомототранспортных средств и других видов самоходной техники на территории Российской Федерации» залог автотранспортных средств подлежит обязательной регистрации в органах Государственной автомобильной инспекции МВД России.

В соответствии с Правилами регистрации автомототранспортных средств и прицепов к ним в Государственной автомобильной инспекции, изданными МВД России во исполнение вышеназванного Постановления Правительства Российской Федерации, регистрация залога транспортных средств производится по месту регистрации автомототранспортных средств с участием сторон договора или их законных представителей. Залогодателю и залогодержателю выдаются свидетельства о регистрации залога транспортных средств и делается запись в реестре регистрации залога транспортных средств.

На спорном договоре о залоге имелась запись о том, что договор о залоге зарегистрирован РЭП ГАИ, заверенная печатью данного органа. Однако должность и фамилия лица, учинившего запись, не указаны. По сообщению начальника РЭП ГАИ, данные о регистрации спорного договора у инспекции отсутствовали.

Таким образом, договор о залоге не был зарегистрирован в установленном Правилами порядке, что, по мнению суда, в соответствии со статьей 165 Гражданского кодекса Российской Федерации влекло его ничтожность.

Между тем при принятии решения по делу арбитражным судом не принято во внимание, что согласно пункту 3 статьи 339 Гражданского кодекса Российской Федерации обязательной регистрации подлежат только сделки, связанные с залогом недвижимости (ипотека), к которой в соответствии с пунктом 1 статьи 130 Гражданского кодекса Российской Федерации относятся, в частности, воздушные, морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Иных случаев регистрации залога § 3 главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации не предусматривает.

Что касается ссылки суда на статью 11 и пункт 2 статьи 40 Закона Российской Федерации «О залоге», то следовало иметь в виду, что согласно статье 4 Федерального закона «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» в числе других законов и иных правовых актов, принятых до введения в действие части первой Кодекса, Закон Российской Федерации «О залоге» действует на территории Российской Федерации в части, не противоречащей общим положениям о залоге, установленным § 3 главы 23 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При изложенных обстоятельствах решение арбитражного суда о недействительности договора о залоге автотранспортных средств в связи с несоблюдением порядка государственной регистрации являлось необоснованным и было отменено в кассационном порядке.

Форма договора о залоге определяется по законодательству места его заключения. Договор о залоге, заключенный за пределами Российской Федерации, не может быть признан недействительным вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования, установленные законодательством Российской Федерации.

Форма договора о залоге зданий, сооружений, предприятий, земельных участков и других объектов, находящихся на территории Российской Федерации, а также подвижного состава железных дорог, гражданских воздушных, морских и речных судов, космических объектов, зарегистрированных в Российской Федерации, независимо от места заключения такого договора определяется законодательством Российской Федерации.

Права и обязанности сторон договора о залоге определяются по законодательству страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся залогодателем, если иное не установлено соглашением сторон.

Договор, вступает в силу с момента его подписания и действует до полного исполнения залогодателем обязательства, обеспеченного залогом. Если надлежащее исполнение договора невозможно вследствие обстоятельств непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (стихийные явления, военные действия т.п.), а также вследствие вступления в законную силу актов органов государственной власти и управления, прекращающих право залогодателя на заложенное имущество, стороны вправе изменить либо расторгнуть договор, произведя соответствующие взаиморасчеты.

Договор об ипотеке заключается с соблюдением общих правил Гражданского кодекса Российской Федерации о заключении договоров, правил относящихся к договорам залога, также положений закона «Об ипотеке». В текст договора об ипотеке включаются разделы о предмете ипоте­ки, его оценке, существе, размере и сроках исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой. При этом предмет ипотеки определяется в договоре указанием его наименования, места нахождения. Здесь же приводится описание имущества, ставшего предметом ипотеки, доста­точное для идентификации этого имущества. В договоре об ипотеке должны быть указаны право, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодате­лю, и наименование органа государственной регистрации прав на не­движимое имущество, зарегистрировавшего это право залогодателя. Если предметом ипотеки служит принадлежащее залогодателю право аренды, арендованное имущество должно быть определено в договоре об ипотеке так же как если бы оно само являлось предметом ипотеки, одновременно следует указать срок аренды.

Оценка предмета ипотеки производится по соглашению залогодателя с зало­годержателем и указывается в договоре в денежном выражении. Стороны договора об ипотеке вправе поручить оценку предмета ипотекинезависимой про­фессиональной организации. Обязательство, обеспечиваемое ипотекой, должно быть названо в договоре об ипотеке с указанием его суммы, основания возникновения и срока исполнения. В тех случаях, когда это обязательство основано на каком-либо договоре, должны быть указаны стороны этого договора, дата и место его заключения. Если сумма обеспечиваемого ипотекой обязательства подлежит определению в будущем, в договоре об ипотеке должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее опре­деления. Когда обеспечиваемое ипотекой обязательство подлежит ис­полнению по частям, в договоре об ипотеке должны быть указаны, сро­ки (периодичность) соответствующих платежей и их размеры либо ус­ловия, позволяющие определить эти размеры.

2. 4. Реализация залога

Удовлетворение интересов залогодержателя за счет стоимости заложенного имущества происходит в результате последовательного совершения следующих действий:

- обращение взыскания на заложенное имущество;

- реализация предмета залога;

- удовлетворение требований залогодержателя за счет суммы, вырученной в результате реализации (в некоторых случаях залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой).

Российским законодательством реализован дифференцированный подход к решению вопроса о порядке обращения взыскания на заложенное имущество в зависимости от вида имущества, переданного в залог, а также от характера залоговых отношений.

По общему правилу основаниями для обращения взыскания на заложенное имущество являются неисполнение или ненадлежащее исполнение должником обеспеченного залогом обязательства по обстоятельствам, за которые он отвечает (п. 1 ст. 348 ГК РФ). Поэтому, например, если неисполнение обеспечиваемого обязательства явилось следствием действия непреодолимой силы, то взыскание на предмет залога не может быть обращено.

Залогодержатель приобретает право обратить взыскание на предмет залога, если в момент наступления срока исполнения обязательства, обеспеченного залогом, оно не будет исполнено, за исключением случаев, когда по закону или договору такое право возникает позже либо в силу закона взыскание может быть осуществлено ранее.

Согласно п. 2. ст. 349 Гражданского Кодекса, требования залогодержателя удовлетворяются за счет заложенного движимого имущества по решению суда, если иное не предусмотрено соглашением залогодателя с залогодержателем. Однако на предмет залога, переданный залогодержателю, взыскание может быть обращено в порядке, установленном договором о залоге (например, реализация имущества заложенного в ломбарде, осуществляется самим ломбардом, через розничную сеть).

Обращение взыскания на заложенное имущество производится по решению суда, арбитражного суда или третейского суда. Обращение взыскания на заложенное имущество осуществляется в бесспорном порядке на основании исполнительной надписи нотариуса.

Взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда в случаях, когда:

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

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

- залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно.

Отличительной чертой, взыскания на имущество, заложенное по требованиям залогодержателя по договору об ипотеке, является то, что оно обращается только по решению суда, за исключением случаев, когда в соответствии со статьей 55 Федерального закона «Об ипотеке», допускается удовлетворение таких требований без обращения в суд на основании нотариально удостоверенного соглашения между залогодержателем и залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет ипотеки;

Требования Залогодержателя удовлетворяются из стоимости заложенного имущества по решению суда в том объеме, в каком они существуют к моменту их фактического удовлетворения. В случае частичного исполнения Залогодателем обеспеченного залогом обязательства залог сохраняется в первоначальном объеме до полного исполнения обеспеченного им обязательства.

Если предметом залога является несколько вещей или прав, залогодержатель по своему выбору может получить удовлетворение за счет всего этого имущества либо за счет какой-либо из вещей (прав), сохраняя возможность впоследствии получить удовлетворение за счет других вещей (прав), составляющих предмет залога.

Реализация заложенного имущества, на которое обращается взыскание, осуществляется в соответствии с гражданским процессуальным законодательством Российской Федерации, если иное не предусмотрено Законом или договором. Так, реализация заложенного недвижимого имущества, регламентируется также и Законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)». Все расходы по реализации предмета залога несет залогодатель.

В качестве организатора аукциона по продаже заложенного имущества выступает избранная для этого залогодержателем с согласия залогодателя специализированная организация, которая действует на основании договора с залогодержателем и выступает от его или от своего имени. Начальная продажная цена заложенного имущества, с которой начинаются торги, определяется решением суда в случаях обращения взыскания на имущество в судебном порядке либо соглашением залогодержателя с залогодателем в остальных случаях.

При объявлении торгов несостоявшимися залогодержатель вправе по соглашению с залогодателем приобрести заложенное имущество и зачесть в счет покупной цены свои требования, обеспеченные залогом. К такому соглашению применяются правила о договоре купли - продажи.

При объявлении несостоявшимися повторных торгов залогодержатель вправе оставить предмет залога за собой с оценкой его в сумме не более чем на десять процентов ниже начальной продажной цены на повторных торгах. Если залогодержатель не воспользуется правом оставить за собой предмет залога в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается. Если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, недостаточна для покрытия требования залогодержателя, он имеет право, при отсутствии иного указания в законе или договоре, получить недостающую сумму из прочего имущества должника, не пользуясь преимуществом, основанным на залоге. Если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя, разница возвращается залогодателю.

Должник и залогодатель, являющийся третьим лицом, вправе в любое время до продажи предмета залога прекратить обращение на него взыскания и его реализацию, исполнив обеспеченное залогом обязательство или ту его часть, исполнение которой просрочено. Соглашение, ограничивающее это право, ничтожно.

В случаях, когда право собственности залогодателя на имущество, являющееся предметом залога, прекращается по основаниям и в порядке, которые установлены законом, вследствие изъятия (выкупа) для государственных или муниципальных нужд, реквизиции или национализации залогодателю предоставляется другое имущество или соответствующее возмещение, право залога распространяется на предоставленное взамен имущество либо, соответственно, залогодержатель приобретает право преимущественного удовлетворения своего требования из суммы, причитающегося залогодателю возмещения. Залогодержатель вправе также потребовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства. В случаях, когда имущество, являющееся предметом залога, изымается у залогодателя в установленном законом порядке на том основании, что в действительности собственником этого имущества является другое лицо, либо в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения, залог в отношении этого имущества прекращается. В этих случаях залогодержатель вправе требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства.

Если залогодержатель оставил за собой заложенное имущество, которое по своему характеру и назначению не может ему принадлежать, в том числе имущество, имеющее значительную историческую, художественную или иную культурную ценность для общества, земельный участок, он обязан в течение года произвести отчуждение данного имущества в соответствии со статьей 238 Гражданского кодекса Российской Федерации.

**Глава II Залог с оставлением имущества у залогодателя**

**1. Ипотека**

Всякий раз, когда речь заходит о предоставлении кредита, у будущего кредитора возникает вопрос: сможет ли будущий должник своевременно погасить задолжность. Погасить задолжность может практически только тот, у кого либо уже есть имущество, эксплуатация или реализация которого может послужить источником погашения долга, либо тот, кто представит бесспорные доказательства наличия иных источников погашения долга. Добиться бесспорности доказательств последнего зачастую очень сложно, так как для этого необходимы безупречные данные всесторонней проверки должника или третьих лиц, которые в той иди иной форме обязуются погасить задолжность должника. При этом и сама проверка является, как правило, сложным и дорогостоящим мероприятием. Опираясь на результаты этих проверок, помимо имеющих место погрешностей необходимо учитывать возможность их обесценивания. От таких событий как изменение конъюнктуры рынка; появления новых технологий или товаров; экспортные, импортные, валютные ограничения; повышение налогов и таможенных пошлин; неожиданное и резкое повышение цен на сырье; проигрыш судебного процесса, а также необходимость ведения длительного или одновременного ведения нескольких судебных процессов; длительная забастовка; увольнение, длительная болезнь или смерть заемщика, или руководителя небольшой фирмы, других событий.

Исходя из этого, гораздо проще получить кредит тому, у кого на момент его получения имеется достаточно имущества, эксплуатация реализация которого могла бы послужить источником погашения долга. Согласно мировой практике, в подавляющем большинстве случаев долгосрочные кредиты выдаются под залог недвижимого имущества. Для подтверждения принадлежности или иного правового свойства недвижимого имущества наилучшим образом служит ипотечная система.

Как уже говорилось выше, ипотека, по структуре и реализации является наиболее сложным видом залога, имеет ряд особенностей, предполагает выполнение некоторых требований, не характерных для других видов залога.

* 1. Понятие ипотечной системы

Вступивший в силу 16 июля 1998 года Федеральный закон РФ «Об ипотеке (залоге недвижимости)», существенно повлиял на процесс формирования отечественного ипотечного рынка.

Под ипотечной системой понимается, во-первых, законодательство, регулирующее оборот недвижимого имущества, и, во-вторых, организации, обслуживающие этот оборот, и, прежде всего, осуществляющие регистрацию этого оборота.

Термин «Ипотека» в юридическом обороте обычно охватывает два понятия:

1) «Ипотека» (как правоотношение) есть залог недвижимого имущества с целью получения ипотечного кредита (как правило, в банке). Для ипотеки характерно оставление имущества в руках должника. Залог в гражданском праве - один из способов обеспечения обязательства - в данном случае банковского кредита. При этом во всех случаях обязательна государственная регистрация залога любой недвижимости. В случае неплатежеспособности должника требования кредитора удовлетворяются из выручки от реализованного имущества в преимущественно перед другими кредиторами или путем перехода заложенной недвижимости в собственность залогодержателя.

2) «Ипотека» (как ценная бумага) подразумевает «закладную» - долговой инструмент удостоверяющий права залогодержателя на недвижимое имущество. Закладная обычно свободно обращается на рынке.

Многие широко интерпретируют понятие ипотеки и как получение кредита под залог недвижимости, и как получение кредита для покупки недвижимости. Термин «ипотека» следует рассматривать как способ обеспечения обязательств, когда предметом залога служит недвижимое имущество. Если кредит выдается на приобретение жилья, используется термин «ипотечное (жилищное) кредитование». Для некоторых случаев употребим термин «смешанная ипотека», когда заемщик берет кредит в банке под залог уже имеющегося жилья для приобретения нового. Таким образом жилищное кредитование и смешанная ипотека - это формы кредитования с той лишь разницей, что в первом случае в качестве обеспечения по такому ипотечному кредиту может выступать как залог, так и поручительство, а во втором случае - только залог недвижимости.

Ипотека обеспечивает уплату залогодержателю основной суммы долга по кредитному договору или иному обеспечиваемому ипотекой обязательству полностью либо в части, предусмотренной договором об ипотеке. Ипотека, установленная в обеспечение исполнения кредитного договора или договора займа с условием выплаты процентов, обеспечивает также уплату кредитору (заимодавцу) причитающихся ему процентов за пользование кредитом (заемными средствами).

Право залога (возникновение права залога по договору об ипотеке) на заложенное имущество возникнет с момента заключения договора об ипотеке, а если обязательство, обеспечиваемое ипотекой, возникло позднее, - с момента возникновения этого обязательства. Имущество, заложенное по договору об ипотеке, считается обреме­ненным ипотекой с момента возникновения права залога. Для третьих лиц ипотека считается возникшей с момента ее государственной регистрации.

Права залогодержателя по обеспеченному ипотекой обязательству по договору об ипотеке, могут быть удостоверены закладной. Закладная является именной ценной бумагой, удостоверяющей следующие права ее законного владельца:

- право на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой, без представления других доказательств существования этого обязательства;

- право залога на имущество, обремененное ипотекой.

Обязанными по закладной лицами являются должник по обеспеченному ипотекой обязательству и залогодатель.

Закладная составляется залогодателем, а если он является третьим лицом, также и должником по обеспеченному ипотекой обязательству. Закладная выдается первоначальному залогодержателю органом, осуществляющим государственную регистрацию прав, после государственной регистрации ипотеки. Нахождение закладной у залогодержателя либо отсутствие на ней отметки или удостоверения иным образом частичного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства свидетельствует, что это обязательство или соответственно его часть не исполнены.

По договору об ипотеке может быть заложено недвижимое имущество, права на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, в том числе:

1) земельные участки;

2) предприятия, а также здания, сооружения и иное недвижимое имущество, используемое в предпринимательской деятельности;

3) жилые дома, квартиры и части жилых домов и квартир, состоящие из одной или нескольких изолированных комнат;

4) дачи, садовые дома, гаражи и другие строения потребительского назначения;

5) воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты.

Часть имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь), не может быть самостоятельным предметом ипотеки.

Правила об ипотеке недвижимого имущества соответственно применяются к залогу прав арендатора по договору об аренде такого имущества (право аренды), поскольку иное не установлено федеральным законом и не противоречит существу арендных отношений. При ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое и недвижимое, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки, если иное не предусмотрено законом или договором.

Ипотека может быть установлена в обеспечение обязательства по кредитному договору, по договору займа или иного обязательства, в том числе обязательства, основанного на купле-продаже, аренде, подряде, другом договоре, причинении вреда, если иное не предусмотрено федеральным законом.

На имущество, находящееся в общей совместной собственности (без определения доли каждого из собственников в праве собственности), ипотека может быть установлена при наличии согласия на это всех собственников. Участник общей долевой собственности может заложить свою долю в праве на общее имущество без согласия других собственников. В случае обращения по требованию залогодержателя взыскания на эту долю при ее продаже применяются правила статей 250 и 255 Гражданского кодекса РФ о преимущественном праве покупки, принадлежащем 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 Гражданского кодекса РФ) в связи с обращением взыскания на квартиру в этом доме.

Залогодатель вправе извлекать из имущества, заложенного по договору об ипотеке, плоды и доходы. Залогодержатель не приобретает прав на эти плоды и доходы, если иное не предусмотрено договором об ипотеке. При пользовании заложенным имуществом залогодатель не должен допускать ухудшения имущества и уменьшения его стоимости сверх того, что вызывается нормальным износом. По общему правилу, залогодатель обязан поддерживать имущество, заложенное по договору об ипотеке, в исправном состоянии и несет расходы на содержание этого имущества до прекращения ипотеки, производить текущий и капитальный ремонт имущества, заложенного по договору об ипотеке, в сроки, установленные законодательными актами Российской Федерации, или в предусмотренном ими порядке, а если такие сроки не установлены - в разумные сроки. Залогодатель несет риск случайной гибели и случайного повреждения имущества, заложенного по договору об ипотеке, если иное не предусмотрено таким договором.

Имущество, заложенное по договору об ипотеке, может быть отчуждено залогодателем другому лицу путем продажи, дарения, обмена, внесения его в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества или общества либо паевого взноса в имущество производственного кооператива или иным способом лишь с согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено договором об ипотеке. В случае выдачи закладной отчуждение заложенного имущества допускается, если право залогодателя на это предусмотрено в закладной, с соблюдением условий, которые в ней установлены. Залогодатель вправе завещать заложенное имущество. Условия договора об ипотеке или иного соглашения, ограничивающие это право залогодателя, ничтожны. Лицо, которое приобрело заложенное по договору об ипотеке имущество в результате его отчуждения или в порядке универсального правопреемства, в том числе в результате реорганизации юридического лица или в порядке наследования, становится на место залогодателя и несет все обязанности последнего по договору об ипотеке, включая и те, которые не были надлежаще выполнены первоначальным залогодателем. Новый залогодатель может быть освобожден от какой-либо из этих обязанностей лишь по соглашению с залогодержателем. Залог имущества по договору об ипотеке сохраняет силу независимо от того, были ли при переходе этого имущества к другим лицам нарушены какие-либо установленные для такого перехода правила.

Имущество, заложенное по договору об ипотеке в обеспечение исполнения одного обязательства (предшествующая ипотека), может быть предоставлено в залог в обеспечение исполнения другого обязательства того же или иного должника тому же или иному залогодержателю (последующая ипотека). Последующая ипотека допускается, если она не запрещена предшествующими договорами об ипотеке того же имущества, действие которых не прекратилось к моменту заключения последующего договора об ипотеке. Если предшествующий договор об ипотеке предусматривает условия, на которых может быть заключен последующий договор об ипотеке, последний должен быть заключен с соблюдением этих условий. Заключение последующего договора об ипотеке, предусматривающего составление и выдачу закладной, не допускается. Залогодатель обязан сообщать каждому последующему залогодержателю до заключения с ним договора о последующей ипотеке сведения обо всех уже существующих ипотеках данного имущества.

При отсутствии в договоре об ипотеке иных условий о страховании заложенного имущества залогодатель обязан страховать за свой счет это имущество в полной стоимости от рисков утраты и повреждения, а если полная стоимость имущества превышает размер обеспеченного ипотекой обязательства - на сумму не ниже суммы этого обязательства. Договор страхования ответственности заемщика должен быть заключен в пользу кредитора-залогодержателя (выгодоприобретателя). При переходе прав кредитора в обязательстве, обеспеченном залогом недвижимого имущества, права выгодоприобретателя по договору страхования переходят к новому кредитору в полном объеме. Страховая сумма по договору страхования ответственности заемщика не должна превышать 20 процентов стоимости заложенного имущества. Страховая премия уплачивается единовременно в срок, установленный договором страхования. При отказе страхователя от договора страхования уплаченная страховщику страховая премия не подлежит возврату. Страховым случаем по договору страхования ответственности заемщика является факт предъявления к нему кредитором требования о погашении кредита при недостаточности у кредитора денежных средств, вырученных от реализации заложенного имущества и распределенных в порядке, установленном законодательством об ипотеке.

Залогодержатель имеет право на удовлетворение своего требования по обязательству, обеспеченному ипотекой, непосредственно из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества независимо от того, в чью пользу оно застраховано. Это требование подлежит удовлетворению преимущественно перед требованиями других кредиторов залогодателя и лиц, в чью пользу осуществлено страхование, за исключением случаев, в которых утрата или повреждение имущества произошли по причинам, за которые он отвечает.

В случае реальной угрозы утраты или повреждения заложенного имущества залогодатель обязан уведомить об этом залогодержателя, если он ему известен.

В случаях предъявления к залогодателю другими лицами требований о признании за ними права собственности или иных прав на заложенное имущество, о его изъятии (истребовании) или об обременении указанного имущества либо иных требований, удовлетворение которых может повлечь уменьшение стоимости или ухудшение этого имущества, залогодатель обязан немедленно уведомить об этом залогодержателя, если он ему известен, и, использовать соответствующие обстоятельствам способы защиты своих прав на заложенное имущество, предусмотренные Гражданским кодексом Российской Федерации. Если залогодатель отказался от защиты своих прав на заложенное имущество или не осуществляет ее, залогодержатель вправе использовать эти способы защиты от имени залогодателя без специальной доверенности и потребовать от залогодателя возмещения понесенных в связи с этим необходимых расходов.

Залогодержатель вправе проверять по документам и фактически наличие, состояние и условия содержания имущества, заложенного по договору об ипотеке. Это право принадлежит залогодержателю и в том случае, если заложенное имущество передано залогодателем на время во владение третьих лиц. Осуществляемая залогодержателем проверка не должна создавать неоправданные помехи для использования заложенного имущества залогодателем или другими лицами, во владении которых оно находится. Если по обстоятельствам, за которые залогодержатель не отвечает, заложенное имущество утрачено или повреждено настолько, что вследствие этого обеспечение ипотекой обязательства существенно ухудшилось, залогодержатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, в том числе за счет страхового возмещения.

В случаях, когда имущество, являющееся предметом ипотеки, изымается у залогодателя, на том основании, что в действительности собственником этого имущества является другое лицо (виндикация), ипотека в отношении этого имущества прекращается. Залогодержатель после вступления в законную силу соответствующего решения суда вправе требовать досрочного исполнения обязательства, которое было обеспечено ипотекой.

1.2 Государственная регистрация ипотеки

Согласно положениям закона «Об ипотеке», ипотека подлежит государственной регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним в порядке, установленном федеральным законом о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним[[14]](#footnote-14). Права залогодержателя (право залога) на имущество считаются возникшими с момента внесения записи об ипотеке в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

В госрегистрации недвижимости заинтересованы не только государ­ственные органы, но и сами участники сделок, поскольку благодаря данного статусу института, стало возможно осуществлять государственный контроль за законностью совершения сделок. Закон«Об ипотеке» детально регламентирует правила осуществления госрегистрации ипотеки, совершения регистрационной записи, порядок исправления (изменения, дополнения), а также погашения регистраци­онной записи, вопросы отказа в госрегистрации, порядок обжалования такого отказа и ответственность регистратора, регистрирующего сделку.

Государственная регистрация - особый юридический акт, которым государство признает и подтверждает возникновение, ограничение (об­ременение), переход или прекращение прав на недвижимость. Статьей 131 Гражданского Кодекса РФ предусмотрено осу­ществление регистрации путем ведения Единого государственного реестра прав. Примени­тельно к совершению сделок государственная регистрация приобрела такое же самостоятельное значение, как и форма сделок.

Государственная регистрация ипотеки осуществляется по месту нахождения имущества, являющегося предметом ипотеки. Государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу договора об ипотеке, осуществляется на основании совместного заявления залогодателя и залогодержателя. Государственная регистрация ипотеки, возникающей в силу нотариально удостоверенного договора об ипотеке, осуществляется на основании заявления залогодателя или залогодержателя.

Для государственной регистрации ипотеки, возникающей в силу договора об ипотеке, должны быть представлены: договор об ипотеке и его копия, документы, указанные в договоре об ипотеке в качестве приложений, документ об уплате государственной пошлины. Если права залогодержателя удостоверяются закладной, в орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, одновременно с вышеуказанными документами, представляются также закладная, и ее копия, документы, названные в закладной в качестве приложений, и их копии. Государственная регистрация ипотеки в силу закона осуществляется без представления отдельного заявления и без уплаты государственной пошлины и осуществляется одновременно с государственной регистрацией права собственности лица, чьи права обременяются ипотекой.

Поскольку залог недвижимости, как правило, предполагает решение вопроса о земельном участке, на котором находится недвижимость, то обязательным приложением к документам, необходимым для государст­венной регистрации прав, являются план земельного участка, участка недр и (или) план объекта недвижимости с указанием его кадастрового номера. Проверка юридической силы представленных на государствен­ную регистрацию прав правоустанавливающих документов осуществляется учреждением юстиции по регистрации прав.

План земельного участка должен быть удостоверен органом, ответст­венным за проведение кадастровых работ, а планы другого недвижимого имущества - соответствующим органом учета объектов недвижимого имущества.

Следует иметь в виду, что все документы, необходимые для государ­ственной регистрации прав, представляются не менее чем в двух экзем­плярах, один из которых должен быть подлинником (за исключением актов органов государственной власти и актов органов местного само­управления). Подлинники после государственной регистрации прав должны быть возвращены правообладателю. Орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, оставляет в своем архиве копию договора об ипотеке, а при государственной регистрации ипотеки в силу закона - копию документа, являющегося основанием возникновения права собственности залогодателя на имущество, обременяемое ипотекой. Если права залогодержателя удостоверяются закладной, орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, оставляет в своем архиве также и копию закладной с приложениями.

Регистрация ипотеки осуществляется в течение одного месяца со дня поступления необходимых для ее регистрации документов в орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, путем совершения регистрационной записи об ипотеке в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Государственная регистрация ипотеки может быть отложена не более чем на один месяц при:

- непредставлении в орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, какого-либо из документов, необходимых для госрегистрации;

- несоответствии договора об ипотеке, закладной и приложенных к ним документов требованиям, предусмотренным законодательством Российской Федерации;

- необходимости проверки подлинности представленных документов.

Принимая решение об отложении государственной регистрации ипотеки, орган, осуществляющий государственную регистрацию прав, запрашивает необходимые документы или требует устранения выявленных несоответствий. При невыполнении требований указанного органа в установленный им срок в государственной регистрации ипотеки должно быть отказано.

Согласно положениям закона «Об ипотеке», мотивированный отказ в государственной регистрации ипотеки должен быть направлен залогодателю в течение срока, установленного для ее государственной регистрации[[15]](#footnote-15).

При наличии судебного спора по поводу прав на имущество, являю­щееся предметом ипотеки, или по поводу обращения на него взыскания государственная регистрация ипотеки откладывается до разрешения спора судом.

Закон «Об ипотеке» регулирует вопросы внесения изменений и дополнений в регистрационную запись об ипотеке. Изменения и дополнения вно­сятся на основании соглашения между залогодателем и залогодержателем об изменении или о дополнении условий договора об ипотеке. Такое соглашение должно быть нотариально удостоверено. Изменения и дополнения регистрационной записи об ипотеке не допускаются, если права залогодержателя удостоверены закладной. Ис­ключение составляет случай, когда изменение размера обеспечения, при котором размер требований, возникших из кредитного или иного дого­вора и обеспеченных по данному договору об ипотеке увеличивается или уменьшается по сравнению с тем, который обеспечивался ипотекой ранее. В такой ситуации изменение (дополнение) регистрационной записи разрешается, даже если права залогодержателя и удостоверены закладной.

За государственную регистрацию договора об ипотеке, и, ипотеки как ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество, включая внесение соответствующих записей в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним и выдачу документов о государственной регистрации, государственная пошлина уплачивается один раз за все указанные действия. Размеры государственной пошлины установлены Налоговым Кодексом РФ[[16]](#footnote-16).

Государственная регистрация ипотеки является публичной. Любое лицо вправе получить в органе, осуществляющем государственную регистрацию прав, сведения о том, имеется ли регистрационная запись об ипотеке соответствующего имущества, и заверенную выписку из регистрационной записи об ипотеке. Копия закладной, находящаяся в архиве органа, осуществляющего государственную регистрацию прав, не относится к документам публичного характера.

* 1. Особенности ипотеки земельных участков

Высокая ценность недвижимости как объекта залога заключается в том, что, во-первых, недвижимость обладает значительной и в большой степени устойчивой ценой с преобладающей тенденцией к повышению. Во-вторых, физическая устойчивость недвижимости позволяет оставлять заложенный объект во владении и пользовании залогодателя (или других лиц). Более того, очень часто используемая заложенная недвижимость сама являемся источником погашения задолжности. Это означает, что в данном случае залог не только не «омертвляет» имущество, а напротив, стимулирует к активному использованию. И, в-третьих, земельные участки могут быть индивидуально определены наиболее легким и надежным образом.

С другой стороны, частое несовпадение между собственником и владельцем (пользователем) недвижимого имущества, а также между собственником - залогодателем и должником по договору займа, могло бы (а в России в случае неподготовленного допущения земли в гражданский оборот) может привести к тому, что ни интересы собственника, ни владельца, ни кредитора, получившего в качестве обеспечения недвижимость в залог, не могли бы быть надлежащим образом защищены, если бы не функционировала безотказно регистрационная система оборота земельных участков[[17]](#footnote-17).

Значение земельных участков для их использования в качестве предмета залога повышается тем, что на один земельный участок может быть установлено несколько залоговых прав. Многократный залог может быть установлен двояким образом:

- во-первых, в том случае, когда стоимость земельного участка превышает, получаемый кредит, залоговое право может быть установлено на часть стоимости земельного участка; на оставшуюся часть стоимости может быть установлено другое, третье и т. д. залоговое право или иное обременение; земельный участок при этом, конечно же, никоим образом не делится:

- во-вторых, по различным мотивам кредитор может согласиться принять в качестве обеспечения залоговое право и в том случае, когда на полную сегодняшнюю стоимость земельного участка (стоимость в день установления залогового права) уже установлено одно или несколько залоговых прав, или участок имеет другие значительные обременения, существенно уменьшающие его стоимость; такие случаи встречаются в банковской практике значительно реже; мотивами для согласия банка на такой вариант является, как правило, надежные сведения на крупное повышение цены участка и возможность выговорить больший процент за кредит.

Залоговая стоимость земельного участка, передаваемого в залог по договору об ипотеке, устанавливается по соглашению залогодателя с залогодержателем. Истинная стоимость земельного участка может определится только при его продаже (как правило, путем аукциона). Если земельный участок передан по договору аренды гражданину или юридическому лицу, арендатор земельного участка вправе отдать арендные права земельного участка в залог в пределах срока договора аренды земельного участка с согласия собственника земельного участка. При общей долевой или совместной собственности на земельные участки, 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.

Не допускается ипотека земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности, ипотека части земельного участка, площадь которой меньше минимального размера, установленного нормативными актами субъектов Российской Федерации и нормативными актами органов местного самоуправления для земель различного целевого назначения и разрешенного использования.

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. Залогодатель земельного участка вправе без согласия залогодержателя распоряжаться принадлежащими ему зданиями и сооружениями на этом участке, на которые право залога не распространяется. 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 заемщика на этот земельный участок. Если соответствующий земельный участок взят в аренду, возникает ипотека в силу закона на право аренды, если иное не установлено федеральным законом или договором аренды. Залогодержателем по данному залогу является банк или иная кредитная организация либо другое юридическое лицо, предоставившие кредит или целевой заем на приобретение земельного участка или права аренды земельного участка.

На земельном участке, заложенном по договору об ипотеке, залогодатель вправе без согласия залогодержателя возводить в установленном порядке здания или сооружения, если иное не предусмотрено договором об ипотеке. Если иное не предусмотрено договором об ипотеке, ипотека распространяется на эти здания и сооружения. Если возведение залогодателем на заложенном земельном участке здания или сооружения влечет или может повлечь ухудшение обеспечения, предоставленного залогодержателю ипотекой этого участка, залогодержатель вправе потребовать изменения договора об ипотеке, в том числе, если это необходимо, путем распространения ипотеки на возведенное здание или сооружение. Возведение зданий или сооружений на заложенном земельном участке, если права залогодержателя удостоверены закладной, допускается только в случае, если право залогодателя на это предусмотрено в закладной, с соблюдением условий, которые в ней отражены.

К договору об ипотеке земельного участка должна быть приложена в качестве обязательного приложения копия плана (чертежа границ) этого участка, выданная соответствующим комитетом по земельным ресурсам и землеустройству.

На земельный участок, приобретенный при продаже на публичных торгах, аукционе или по конкурсу, распространяются требования о разрешенном использовании. Лицо, которое приобрело земельный участок при продаже на публичных торгах, аукционе или по конкурсу, вправе менять назначение участка лишь в случаях, предусмотренных земельным законодательством Российской Федерации, или в установленном этим законодательством порядке. Продажа и приобретение на публичных торгах, аукционе или по конкурсу заложенных земельных участков осуществляются с соблюдением установленных федеральным законом ограничений в отношении круга лиц, которые могут приобретать такие участки.

Не допускается обращение взыскания на заложенный земельный участок из состава земель сельскохозяйственного назначения до истечения соответствующего периода сельскохозяйственных работ с учетом времени, необходимого для реализации произведенной или произведенной и переработанной сельскохозяйственной продукции. Данное требование действует до 1 ноября года, в котором предусмотрено исполнение обеспечиваемого ипотекой обязательства или его части, если договором об ипотеке не предусмотрена иная дата.

1. 4. Особенности ипотеки предприятий, зданий, сооружений

Среди возможных предметов ипотеки Закон РФ «Об ипотеке» называет предприятия, здания, сооружения. Залог данных объектов имеет некоторые характерные особенности, а также сопряжен с некоторыми проблемами. В соответствии с нормами ГК РФ, предприятием является самостоятельный хозяйствующий субъект – юридическое лицо. Следовательно, предприятие является субъектом прав, то есть тем, кто обладает правами, в том числе и правами на имущество, но при этом, являясь предметом залога оно является одновременно и объектом залогового права.

К материальным элементам предприятия относятся строения, сооружения, помещения, готовые товары, сырье, топливо и иное имущество. При ипотеке предприятия как имущественного комплекса право залога распространяется на все входящее в его состав имущество[[18]](#footnote-18). С хозяйственной точки зрения - единый имущественный комплекс юридического лица может состоять из нескольких имущественных комплексов. Такими имущественными комплексами могут быть имущественные комплексы структурных единиц и подразделений (филиалов, цехов, производств). Если даже имеет место некоторая имущественная обособленность таких комплексов, что может отразиться в наличии у соответствующего подразделения отдельного баланса, то юридического значения, по общему правилу, это не имеет значения. Имущественный комплекс подразделения не отделим от единого имущественного комплекса юридического лица. Экономически это выражается в том, что отдельный баланс подразделений входит в самостоятельный баланс юридического лица.

Состав передаваемого в ипотеку относящегося к предприятию имущества и оценка его стоимости определяются на основе полной инвентаризации данного имущества. Акт инвентаризации, бухгалтерский баланс и заключение независимого аудитора о составе и стоимости имущества, относящегося к предприятию, являются обязательными приложениями к договору об ипотеке. В случаях, если проведение оценки является обязательным в силу закона, отчет об оценке имущества, относящегося к предприятию, также является обязательным приложением к договору[[19]](#footnote-19).

Передача предприятия в ипотеку допускается при наличии согласия собственника имущества, относящегося к предприятию, или уполномоченного им органа. Договор об ипотеке предприятия, заключенный с нарушением этого требования, ничтожен. Ипотекой предприятия может быть обеспечено обязательство, сумма которого составляет не менее половины стоимости имущества, относящегося к предприятию. Ипотекой предприятия обеспечивается денежное обязательство, подлежащее исполнению не ранее чем через год после заключения договора об ипотеке. В случае, когда договором предусмотрено, что ипотекой предприятия обеспечивается обязательство с менее продолжительным сроком исполнения, право на обращение взыскания на предмет ипотеки по неисполненному или ненадлежащим образом исполненному обязательству возникает у залогодержателя по истечении года с момента заключения договора об ипотеке.

Без разрешения залогодержателя залогодатель не вправе передавать имущество, относящееся к предприятию, в залог, совершать сделки, направленные на отчуждение недвижимого имущества, относящегося к предприятию, если иное не установлено договором об ипотеке. В случае непринятия залогодателем предприятия мер по обеспечению сохранности заложенного имущества, неэффективного использования этого имущества, что может привести к уменьшению стоимости предприятия, залогодержатель вправе обратиться в суд с требованием о досрочном выполнении обеспеченного ипотекой обязательства или введении ипотечного контроля за деятельностью залогодателя.

Решением суда залогодержатель в порядке ипотечного контроля может быть уполномочен:

- требовать от залогодателя регулярно представлять бухгалтерские и иные отчетные документы, предварительно согласовывать вопросы, связанные с заключением сделок с относящимся к предприятию имуществом;

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

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

осуществлять иные права, предусмотренные ипотечным контролем за деятельностью залогодателя.

При неисполнении обязательства, обеспеченного ипотекой предприятия, залогодержатель вправе принять меры по оздоровлению финансового положения предприятия, предусмотренные договором об ипотеке, включая назначение представителей в руководящие органы предприятия, ограничение права распоряжаться произведенной продукцией и иным имуществом предприятия. Если указанные меры не дали надлежащих результатов, залогодержатель вправе обратить взыскание на находящееся в ипотеке предприятие.

Всякие меры по оздоровлению финансового положения предприятия связаны с расходами и часто значительными. И далеко не всякий кредитор имеет возможность нести эти расходы. Причем эти расходы, производятся, прежде всего, в интересах заложенного предприятия. Лишь в редких случаях залогодержатель будет заинтересован в принятии мер по оздоровлению финансового положения предприятия. Следовательно, кредитор, который и без того уже несет потери от несвоевременного погашения долга, в соответствии с Законом должен еще изыскивать дополнительные средства для того, чтобы осуществить меры, результат которых сложно предугадать даже для заложенного предприятия, не говоря уже о залогодержателе. В этой связи, нам представляется, что требовать от залогодержателя во всех случаях обязательно осуществлять меры по оздоровлению финансового положения предприятия значит возлагать на него несправедливо, обременительные обязанности.

Совершенно иное значение приобретали бы правомочия залогодержателя осуществлять меры по оздоровлению финансового положения предприятия, если бы использование этих правомочий было бы не условием возникновения права на обращение взыскания на находящееся в ипотеке предприятие, а являлось бы альтернативным правом залогодержателя наряду с правом на обращение взыскания[[20]](#footnote-20). Однако при этом право залогодержателя осуществлять эти меры будет для него представлять определенную ценность не тогда, когда с их помощью может быть достигнуто оздоровление финансового положения предприятия, а тогда, когда благодаря этим мерам оздоровленное предприятие, либо как предмет договора купли-продажи, либо через посредство своей приносящей прибыль работы, сможет стать источником погашения задолжности, обеспеченной ипотекой этого предприятия. Именно такой результат, а не оздоровление финансового положения предприятия само по себе, должен несомненно считаться «надлежащим результатом» указанных мер.

Помимо того, что осуществление мер по оздоровлению финансового положения предприятия всегда является обременительным для залогодержателя, в большинстве случаев заранее, в момент возникновения ипотеки предприятия, то есть тогда, когда оно, скорее всего, не требует никаких мер по оздоровлению, невозможно определить, в каких конкретно мерах будет нуждаться предприятие. Закон же требует, чтобы уже договор об ипотеке предусматривал те меры по оздоровлению, финансового положения предприятия, которые залогодержатель вправе будет осуществить. В этой связи представляется, что на практике залогодержатели имеют все основания выходить из этого затруднительного положения путем включения в договор об ипотеке своего права принимать любые меры по своему усмотрению, которые будут необходимы для оздоровления финансового положения предприятия.

В числе возможных мер по оздоровлению финансового положения предприятия, которые могут быть включены в договор об ипотеке, является назначение представителей в руководящие органы предприятия. Возможность применения этой меры для предприятий любых организационно-правовых форм вызывает серьезные сомнения. Дело в том, что во всех случаях, а особенно тогда, когда предприятие управляется единоличными органами, крайне затруднительно определить, какими полномочиями будет обладать представитель залогодержателя в руководящих органах предприятия. Очевидно, что представитель, играющий роль наблюдателя или консультанта, не сможет оказать залогодержатели значительную помощь в погашении долга.

* 1. Особенности ипотеки жилых домов и квартир

Ипотека жилых домов и квартир в настоящее время является одним из самых востребованных и распространенных видов залога. Объемы ипотечного кредитования ежегодно увеличиваются, при этом предметом ипотеки становится как существующее жилье, так и еще строящееся. Ипотека предназначенных для постоянного проживания индивидуальных и многоквартирных жилых домов и квартир, принадлежащих на праве собственности гражданам или юридическим лицам обладает определенными особенностями. Гостиницы, дома отдыха, дачи, садовые домики и другие строения и помещения, не предназначенные для постоянного проживания, могут быть предметом ипотеки на общих основаниях. Правила, установленные для ипотеки жилых домов и квартир, на них не распространяются.

В случае, когда предметом ипотеки является часть жилого дома или часть квартиры, состоящая из одной или нескольких изолированных комнат, к такой ипотеке соответственно применяются правила Закона «Об ипотеке».

При ипотеке квартиры в многоквартирном жилом доме, части которого в соответствии с пунктом 1 статьи 290 Гражданского кодекса Российской Федерации находятся в общей долевой собственности залогодателя и других лиц, заложенной считается наряду с жилым помещением соответствующая доля в праве общей собственности на жилой дом.

При предоставлении кредита или целевого займа для сооружения жилого дома договором об ипотеке может быть предусмотрено обеспечение обязательства незавершенным строительством и принадлежащими залогодателю материалами и оборудованием, которые заготовлены для строительства. По завершении строительства жилого дома ипотека на него не прекращается.

Жилой дом или квартира, приобретенные или построенные полностью либо частично с использованием кредитных средств банка или иной кредитной организации либо средств целевого займа, предоставленного другим юридическим лицом на приобретение или строительство жилого дома или квартиры, считаются находящимися в залоге с момента государственной регистрации права собственности заемщика на жилой дом или квартиру. Залогодержателем по данному залогу является банк или иная кредитная организация либо юридическое лицо, предоставившие кредит или целевой заем на приобретение или строительство жилого дома или квартиры.

Органы опеки и попечительства вправе дать согласие на отчуждение и (или) передачу в ипотеку жилого помещения, в котором проживают находящиеся под опекой или попечительством члены семьи собственника данного жилого помещения либо оставшиеся без родительского попечения несовершеннолетние члены семьи собственника (о чем известно органу опеки и попечительства), если при этом не затрагиваются права или охраняемые законом интересы указанных лиц.

Обращение залогодержателем взыскания на заложенные жилой дом или квартиру и реализация этого имущества являются основанием для прекращения права пользования ими залогодателя и любых иных лиц, проживающих в таких жилом доме или квартире, при условии, что такие жилой дом или квартира были заложены по договору об ипотеке либо по ипотеке в силу закона в обеспечение возврата кредита или целевого займа, предоставленных банком или иной кредитной организацией либо другим юридическим лицом на приобретение или строительство таких или иных жилого дома или квартиры, их капитальный ремонт или иное неотделимое улучшение, а также на погашение ранее предоставленных кредита или займа на приобретение или строительство жилого дома или квартиры.

Договор найма или договор аренды жилого помещения, заключенные до возникновения ипотеки или с согласия залогодержателя после возникновения ипотеки, при реализации жилого помещения сохраняет силу. Условия его расторжения определяются Гражданским кодексом Российской Федерации и Жилищным Кодексом Российской Федерации.

**2. Залог товаров в обороте и переработке**

2.1. Понятие залога товаров в обороте и переработке

Особым видом залога является залог товаров в обороте и переработке. Первые упоминания о залоге этого вида встречаются еще в римском праве. Возвращение этого института в активный экономический оборот происходило в начале нынешнего века. Основополагающим для залога - товаров в обороте и переработке и аналогичных ему институтов в разных странах традиционно является следующее:

- заложенное имущество остается у залогодателя;

- залогодатель имеет право изменять состав и часто натуральную форму предмета залога;

- специфическими атрибутами договора об установлении этого вида обеспечения являются родовые признаки предмета залога, его общая стоимость и, как правило, место, в котором он находится;

- имущество перестает быть предметом залога как только оно выходит из владения залогодателя и часто, когда оно перестает находиться в определенном в договоре месте;

- имущество становится предметом залога, когда залогодатель становится владельцем и собственником и часто, когда имущество попадает в определенное в договоре место.

Согласно статье 357 Гражданского Кодекса РФ залогом товаров в обороте признается залог товаров с оставлением их у залогодателя и с предоставлением залогодателю права изменять состав и натуральную форму заложенного имущества (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и т.п.) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге.

Залогодатель товаров в обороте обязан вести книгу записи залогов, в которую вносятся записи об условиях залога товаров и обо всех операциях, влекущих изменение состава или натуральной формы заложенных товаров, включая их переработку, на день последней операции.

При нарушении залогодателем условий залога товаров в обороте залогодержатель вправе путем наложения на заложенные товары своих знаков и печатей приостановить операции с ними до устранения нарушения.

Договор о залоге товаров в обороте и переработке должен определять вид заложенного товара, иные его родовые признаки, общую стоимость предмета залога, место, в котором он находится, а также виды товаров, которыми может быть заменен предмет залога.

При залоге товаров в обороте и переработке залогодатель сохраняет право владеть, пользоваться и распоряжаться предметом залога с соблюдением правил настоящей главы.

Уменьшение стоимости заложенных товаров в обороте допускается соразмерно исполненной части обеспеченного залогом обязательства, если иное не предусмотрено договором.

Товары в обороте, отчужденные залогодателем, перестают быть предметом залога с момента их перехода в собственность, хозяйственное ведение или оперативное управление приобретателя, а приобретенные залогодателем товары, указанные в договоре о залоге, становятся предметом залога с момента возникновения у залогодателя на них права собственности или хозяйственного ведения.

Учитывая небольшую обеспечительную ценность для залогодержателя залога товаров в обороте и переработке, обеспечивать свои требования этой формой, по общему правилу могли в основном банки, как субъекты, в нормальную деятельность которых входит определение кредитоспособности контрагентов, которая, в свою очередь, оказывает существенное влияние на обеспечительную ценность залога товаров в обороте и переработке.

Предметом как залога товаров в обороте и переработке, так и обеспечительного права собственности на товарный склад в отличие от других видов залога является не индивидуально-определенные вещи, а имущество, определённое родовыми признаками. Вполне допустима, передача в обеспечение таким способом красителей, кислот, щелочей, нефти и газа, не говоря уже об угле, зерне, продуктах питания и иных потребительских товарах. В договорах об установлении обеих форм обеспечения указывается наименование товара, его вид, сорт, стандарт, форма складирования (например, в рулонах, в ящиках, в мешках и т. д.).

В связи с тем, что залогодатель (обеспечитель) имеет право заменять одни предметы заложенной товарной массы другими, в договорах при залоге соответствующих товаров иногда указывается не определенный товар, а ассортимент товаров, которые могут заменить выбывающий товар. При этом свобода усмотрения обеспечителя по распоряжению имуществом ограничивается в договоре.

Цена обеспечивающего имущества, как правило, превышает сумму задолженности получателя кредита по обеспечиваемому обязательству. При определении этой границы учитывается как общая кредитоспособность должника, так и иные обеспечения (залоги, ипотека, поручительства), предоставленные им для обеспечения того же обязательства. При оценке обеспечивающего имущества применяется, как правило, покупная цена, если Имущество было обеспечителем куплено, и себестоимость, если имущество было обеспечителем произведено или обработано, то есть применяются наиболее низкие, реальные и стабильные, а не предположительные или конъюнктурные цены. Главной целью установления минимальной границы покрытия является определение момента возникновения обязанности обеспечителя по дополнению обеспечивающего имущества в соответствующем объеме.

По сравнению с другими видами залога, при залоге товаров в обороте и переработке, как и при передаче обеспечительного права собственности, весьма сложным является вопрос определения момента возникновения залогового права (обеспечительного права собственности).

2.2. Особенности залога товаров с предоставлением залогодателю права переработки

В литературе встречаются обоснованные суждения о залоге товаров в обороте и залоге товаров в переработке как самостоятельных видах залога. И действительно, залог товаров в обороте, так же как и обеспечительное право собственности без права переработки обеспечивающего имущества, встречались и встречаются очень часто. И хотя в подавляющем большинстве случаев залог товаров в переработке будет одновременно и залогом товаров в обороте, но не исключается и возникновение залога товаров в переработке вне связи с залогом товаров в обороте. Иными словами, - вполне возможна ситуация, когда залогодатель, владеющий имуществом, будет иметь право перерабатывать имущество, но не будет иметь право отчуждать его[[21]](#footnote-21).

При залоге товаров в обороте и переработке допускается изменение состава и натуральной формы предмета залога (товарных запасов, сырья, материалов, полуфабрикатов, готовой продукции и тому подобного) при условии, что их общая стоимость не становится меньше указанной в договоре о залоге.

Уменьшение стоимости заложенных товаров, находящихся в обороте и переработке, допускается соразмерно исполненной части обеспеченного их залогом обязательства, если иное не предусмотрено договором.

Одним из главных отличий залога товаров в обороте от залога товаров в переработке, заключается в том, что при залоге товаров в обороте, а также при залоге товаров в обороте и переработке, имущество перестает быть предметом залога с момента его перехода в собственность или оперативное управление третьего лица, и, следовательно, эти виды залога не обладают свойством следования, а залог товаров в переработке таким свойством обладает.

Причины возможного понижения ценности залога товаров в обороте коренятся, помимо прочего, в том, что этот вид залога обеспечивает, как правило, кредиты, предоставляемые торгующим предпринимателям, которые очень часто не завязаны на определенный технологический цикл. Предприятиям в сфере торговли и сбыта нередко нет большой разницы чем торговать. Пробелы в современном российском законодательстве и особенно в законодательстве о регистрации предприятий и их ликвидации, а также в законодательстве о несостоятельности, способствуют распространению случаев создания предприятий на сезон или вообще на одну сделку: регистрируется предприятие; заключается договор на поставку товара; арендуется склад (этого для экономии иногда не делают); в банке берется кредит под товары в обороте; на эти деньги закупается товар, который по возможности быстро реализуется; по реализации товара учредители, поделив прибыль, «разбегаются», «не успев, как правило, ни погасить кредит, ни заплатить налоги. Но одним из существенных препятствий на пути их проведения стоит твердая банковская практика, согласно которой банки рассматривают как некредитоспособные предприятия, которые не имеют за последние три года стабильных снабженческо-сбытовых связей и финансовых показателей. Предоставление кредита таким предприятиям под обеспечение обеспечительным правом собственности, как правило, не допускается.

Предприниматель, который занимается производственной деятельностью, связан своей технологией. Производственное, оборудование он приобретает, как правило, в собственность или арендует (берет в лизинг) на длительный срок. Естественно, что это приобретение должно себя окупить. Для этого оборудование эксплуатируется относительно длительный срок. В этот период предприниматель не может не приобретать определенного сырья и полуфабрикатов, которые могут быть предметом залога в обороте и переработке.

Очевидно, что не всякий товар, который может быть предметом залога товаров в обороте, может быть и предметом залога с предоставлением залогодателю права перерабатывать предмет залога. Все виды топлива, смазочных и вспомогательных материалов, то есть того имущества, которое используется для переработки или обработки изготавливаемого изделия могут быть предметом залога товаров в обороте, но не могут быть предметом залога товаров в переработке. При залоге этих товаров в обороте производственным предпринимателем, конечным пунктом оборота этих товаров будет распоряжение ими путем производственного потребления. При залоге же товаров в обороте торгующим предпринимателем залогодатель распоряжается предметом залога, как правило, путем его отчуждения.

Интересы банка при предоставлении кредита под залог товаров в обороте могут существенно пострадать в случае коммерческой неудачи залогодателя - если залогодатель не сможет продать товар. Если кредит предоставляется под залог товаров в обороте и переработке, то возможные риски дополняются еще и техническими (технологическими) рисками: будет ли получен нужный продукт, не будет ли испорчен материал в ходе переработки.

В договорах об установлении обеспечительного права собственности без права переработки обеспечивающего имущества предусматривается, что обеспечитель владеет имуществом на правах хранителя и хранит его для банка. Договоры же об установлении обеспечительного права собственности с правом переработки содержат условие, согласно которому обеспечитель, как правило, имеет право обрабатывать и перерабатывать обеспечивающее имущество как у себя на предприятии, так и на других предприятиях. При этом, несмотря на фактическое положение дела, стороны предусматривают, что обработка или переработка обеспечивающего имущества осуществляется бесплатно по поручению банка как производителя таким образом, что банк в каждый момент и на каждой стадии обработки или переработки сохраняет или приобретает право собственности, право совместной собственности или право ожидания права собственности на изделия. Если в результате обработки или переработки происходит смешение с вещами, не принадлежащими к обеспечивающему имуществу, то возникающее для обеспечителя право совместной собственности или право ожидания на право собственности на изделия в соответствии с договором также переходят банку в момент, когда они возникают для обеспечителя. Очевидно, что предоставление права переработки у третьего лица требует значительно большего доверия со стороны кредитора, так как в данном случае в систему взаимоотношений между кредитором и должником обеспечиваемого обязательства фактически вклинивается третье лицо, что может лишь уменьшить степень доверия должнику обеспечиваемого обязательства.

2.3. Реализация залога товаров в обороте и переработке

По Закону РФ «О залоге» общий судебный порядок реализации залога, распространяющийся и на залог товаров, в обороте и переработке, делает этот вид залога еще менее эффективным. Не допускающее отклонений установление столь сложной процедуры реализации залога не учитывает специфики залога товаров в обороте и переработке.

Как правило, формуляры договоров предусматривают право банка, в случае наступления условия реализации продать обеспечивающее имущество. Банк может это сделать сам от своего имени или от имени обеспечителя; может привлечь лиц, уполномоченных продавать товары, имеющие рыночную или биржевую цену; банк даже может потребовать от обеспечителя, чтобы он, следуя указаниям банка, лучшим возможным образом продал или содействовал продаже обеспечивающего имущества. В случае продажи имущества при посредстве получателя кредита (обеспечителя) последний обязуется незамедлительно передать банку все, полученное при реализации. Полученные суммы банк вправе использовать на покрытие обеспечиваемого требования. Если обеспечение было предоставлено не получателем кредита, банк имеет право до полного удовлетворения своего, требования получателем кредита обращаться с вырученной суммой как с обеспечением, независимо от своего права в любое время получить из нее удовлетворение.

В то же время в договорах встречаются и, иные способы реализации обеспечительного права собственности. На основании всеобщего признания нераспространения на обеспечительное право собственности запрета соглашения (до наступления срока платежа) о передаче права собственности на заложенное имущество стороны нередко предусматривают как способ реализации обеспечительного права собственности получение кредитором права собственности на обеспечивающее имущество. Реализация в данном случае осуществляется путем преобразования обеспечительного права собственности в право собственности. Обеспечительная цель достигается, таким образом, просто прекращением доверительной части отношений между обеспечителем и кредитором.

На случай реализации обеспечительного права собственности путем продажи обеспечивающего имущества самим банком или иными третьими лицами банк обладает правом требования выдачи этого имущества. Это право принадлежит банку как собственнику обеспечивающего имущества. В обеспечительных договорах, однако, специально предусматривается, что, если обязательства из кредитного договора или из обеспечительного договора не будут выполнены надлежащим образом, то банк имеет право взять обеспечивающее имущество в свое непосредственное владение или передать на хранение в иное хранилище.

Определение в договоре обеспечительной цели использования имущества не означает возложение на кредитора обязанности, а означает предоставление ему права реализации обеспечительного права собственности. Если кредитор не воспользовался этим правом, обеспечиваемое обязательство этим не затрагивается и продолжает существовать до полного исполнения.

На основании того, что обеспечительное право собственности только во внутренних отношениях (между кредитором и должником обеспечиваемого обязательства) отличается от обычного права собственности, просто погашение должником обеспечительного требования (обязательства) не приводит автоматически к прекращению этого права. Однако согласно обеспечительному договору кредитор обязан перенести обратно право собственности после уплаты долга. На практике банк в своем формуляре заранее оговаривает прекращение обеспечительного права собственности с момента прекращения обеспечиваемого обязательства. Таким образом, акцессорность этого способа обеспечения зависит от усмотрения сторон.

Ценность залога товаров в обороте и переработке повысится заметным образом тогда, когда в современном российском законодательстве будет подробно урегулирована процедура реализации, по-крайней мере, тогда, когда стороны не будут ограничены законодательством в выборе способов реализации залога товаров в обороте и переработке.

**Глава III. Залог с передачей имущества залогодержателю**

1. **Понятие заклада**

Залог с передачей заложенного имущества залогодержателю в Законе РФ «О залоге» назывался закладом, однако, термин «заклад» в ГК РФ отсутствует. Закладом признается договор о залоге, по условиям которого заложенное имущество (вещь) передается залогодержателю во владение.

По соглашению залогодержателя с залогодателем предмет заклада может быть оставлен у залогодателя под замком и печатью залогодержателя (твердый залог). Индивидуально определенная вещь может быть оставлена у залогодателя с наложением знаков, свидетельствующих о закладе.

Залог с передачей имущества залогодержателю имеет свои особенности. Первая из них состоит в том, что при закладе происходит передача предмета залога во владение залогодержателя. Однако передача предмета залога во владение не всегда означает его буквальную передачу залогодержателю.

Поскольку предмет залога при закладе переходит во владение залогодержателя, главной его обязанностью является надлежащее сохранение и принятие мер к сохранности заложенного имущества. Залогодержатель также обязан страховать предмет заклада в объеме его стоимости за счет и в интересах залогодателя, платить налоги и сборы, связанные с владением вещью. Залогодержатель обязан немедленно сообщить залогодателю об угрозе гибели, уменьшения стоимости или повреждения имущества. Если пользование предметом залога связано с получением доходов, то такие доходы направляются на покрытие затрат на содержание предмета залога, а также засчитываются в счет погашения процентов по долгу, обеспеченному закладом обязательства или самого долга. При этом залогодержатель обязан регулярно представлять отчет о пользовании. Еще одной особенностью заклада, связанной с тем, что его предмет находится во владении залогодержателя, является то, что залогодержатель отвечает за утрату, недостачу или повреждение предмета заклада, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение возникли не по его вине.

Частным случаем такого вида (подвида) залога как заклад со специфическим набором признаков, относящихся к составу сторон, предмету залога является, залог вещей в ломбарде.

**2 Залог вещей в ломбарде**

Под деятельностью ломбарда понимается деятельность по принятию от граждан в залог в целях выдачи краткосрочных кредитов и (или) на хранение движимого имущества, предназначенного для личного потребления, и по реализации невыкупленного или невостребованного имущества. Статья 358 ГК РФ называет признаки залога вещей в ломбарде, позволяющие выделить его в самостоятельный вид залога. Основной, чертой характерной для залога вещей в ломбарде, является то, что, залогодателями в этом договоре могут быть только физические лица, а залогодержателями - специализированные организации - ломбарды, которые относятся к финансовым учреждениям, деятельность которых подлежит лицензированию. Лицензирование деятельности ломбардов осуществляют органы исполнительной власти субъектов РФ, определяемые в порядке, установленном законодательством субъектов. Кроме того, ломбарды могут принимать в залог только движимое имущество, предназначенное для личного потребления. Закладываемые вещи обязательно передаются ломбарду. Ломбард не вправе пользоваться и распоряжаться заложенными вещами. Данное правило императивно.

Важной чертой, характеризующей залог вещей в ломбарде, является то, что, такой залог может быть обеспечением только краткосрочного кредита.

При залоге вещей в ломбарде ответственность заемщика ограничивается стоимостью заложенной вещи. Это указано в п. 5 ст. 358 ГК РФ, согласно которому после реализации заложенного имущества требования ломбарда к залогодателю (должнику) погашаются, даже если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, недостаточна для их полного удовлетворения. Это роднит залог вещей в ломбарде с древнерусским залогом, при котором в случае непокрытия долга за счет заложенного имущества обращение взыскания на иное имущество должника было невозможно. Специфично и оформление договоров при залоге вещей в ломбарде. Договор о залоге вещей в ломбарде оформляется путем выдачи ломбардом залогового билета, а заключение договора хранения в ломбарде удостоверяется выдачей ломбардом поклажедателю именной сохранной квитанции (п. 2 ст. 919 ГК РФ). Поскольку ломбард является коммерческой организацией, он обязан за свой счет страховать в пользу залогодателя принятые в залог вещи в полной сумме их оценки. Оценка производится на основании соглашения сторон в соответствии с обычно устанавливаемыми в торговле ценами на вещи такого же рода и качества, как и закладываемая на момент ее принятия в залог.

Ломбард как профессиональный хранитель несет ответственность за утрату и повреждение заложенных вещей, если не докажет, что утрата или повреждение произошли вследствие непреодолимой силы.

В случае невозвращения в установленный срок суммы кредита, обеспеченного залогом вещей в ломбарде, обращение взыскания на имущество должника производится ломбардом на основании исполнительной надписи нотариуса по истечении льготного месячного срока. Реализация же этого имущества производится в обычном порядке, однако, не на публичных торгах, а через розничную торговлю.

Договор залога вещей в ломбарде является публичным договором, вследствие чего на него распространяется законодательстве о защите прав потребителей. Договор залога вещей в ломбарде является также и договором присоединения (ст. 428 ГК РФ), а п. 7 ст. 358 ГК РФ специально оговаривает, что условия договора о залоге вещей в ломбарде, ограничивающие права залогодателя по сравнению с правами, предоставляемыми ему ГК и иными законами, ничтожны. В частности ничтожны положения договора, по которым граждане отвечают перед ломбардом не только заложенным имуществом, либо ломбарду предоставлено право пользоваться и распоряжаться предметом залога[[22]](#footnote-22).

**3 Залог ценных бумаг**

Согласно правилам кредитования физических лиц учреждениями сбербанка России обязательным условием предоставления кредита является наличие обеспечения своевременного и полного исполнения обязательств Заемщиком. В качестве обеспечения Банк принимает:

- поручительства граждан РФ, имеющих постоянный источник дохода;

- поручительства платежеспособных предприятий и организаций - клиентов Банка;

- передаваемые в залог физическим лицом ликвидные ценные бумаги: сберегательные сертификаты Сбербанка России на предъявителя, акции Сбербанка России, векселя Сбербанка России, облигации государственного сберегательного займа, облигации внутреннего государственного валютного займа[[23]](#footnote-23).

Залог ценных бумаг обладает рядом преимуществ по сравнению с залогом иных активов залогодателя: принимаемые ценные бумаги, как правило, достаточно ликвидны, т.е. могут быть достаточно быстро реализованы; т.к. залог ценных бумаг оформляется преимущественно закладом, то кредитору легко контролировать их наличие, расходы на хранение сертификатов ценных бумаг и ведение счетов их учета относительно невелики; если ценные бумаги котируются на бирже, это дает возможность кредитору иметь объективную оценку предмета залога.

Термин «ценная бумага» охватывает очень широкий диапазон видов ценных бумаг как облигация, акция, вексель, чек, депозитный и сберегательный сертификаты, коносамент, складские свидетельства, закладные. Их отличие обусловлено тем, что в основе той или иной ценной бумаги могут лежать различные по экономической природе виды имущества или ресурсы, отношения, между лицом выпустившим их и их владельцем. Режим правового регулирования соответственно различен в зависимости от того является ли ценная бумага именной, на предъявителя, ордерной, товарной или денежной, эмиссионной или неэмиссионной, существует в документарной или бездокументарной форме, от состава сторон основного правоотношения. Порядок их обращения, осуществления сделок, в том числе и залоговых, регламентируется нормами ГК РФ, законами, постановлениями Правительства РФ, нормативными актами ЦБ России, Федеральной комиссии по ценным бумагам.

В литературе нет однозначного ответа, что именно является предметом залога при залоге ценной бумаги (сама ценная бумага или удостоверенное ею право), это обусловлено двойственной правовой природой ценных бумаг. С одной стороны ценная бумага сама по себе является объектом правоотношений, с другой стороны таким объектом она является только вследствие того, что содержит в себе и удостоверяет имущественные права.

Под ценной бумагой в соответствии со ст. 142 ГК РФ понимается документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при предъявлении документа.

По общему правилу, передача ценной бумаги равносильна переходу всех удостоверяемых ею прав в совокупности.

Залоговую ценность имеет право, удостоверенное ценной бумагой. Однако в силу того, что передача удостоверенного ценной бумагой права невозможна без передачи самой ценной бумаги, залог ценных бумаг, по всей видимости, российской юридической доктриной не рассматривается в качестве залога прав, а традиционно рассматривается в качестве залога вещей. Об этом свидетельствует и то, что в соответствии со ст. 128 ГК РФ ценные бумаги признаются разновидностью вещей.

В действующем законодательстве России залог ценных бумаг не выделяется в отдельный вид залога. Лишь в п. 4 ст. 338 ГК РФ прямо указано, что в случае залога имущественного права, удостоверенного ценной бумагой последняя передается залогодержателю или в депозит нотариусу. Эта норма допускает также и иную возможность хранения ценных бумаг, являющихся предметом залога, в соответствии с договором.

Как отмечалось выше совершение залоговых операций с бездокументарными ценными бумагами возможно только при обязательном посредничестве лица, осуществляющего официальную фиксацию прав, закрепляемых именной или ордерной ценной бумагой. Такие операции совершаются специализированными организациями, имеющими соответствующую лицензию, техническое и технологическое, программное обеспечение - депозитарии фондовых, товарных, валютных бирж, коммерческих банков. Деятельность по хранению ценных бумаг, учету перехода прав на ценные бумаги, ведению депозитарных счетов называется депозитарной и регламентируется специальным законодательством, подзаконными нормативными актами.

Поскольку залоговые правоотношения носят акцессорный характер, их регламентация может содержаться в нормативных документах, посвященных правилам осуществления основных, обеспечиваемых правоотношений.

Есть свои особенности в оформлении залога акций предприятий при совершении так называемых крупных сделок. Согласно российскому законодательству крупными сделками являются сделки или несколько взаимосвязанных сделок, связанных с отчуждением, приобретением или возможностью отчуждения обществом прямо или косвенно имущества, стоимость которого составляет более 25 % балансовой стоимости активов общества на дату принятия решения о заключении таких сделок. Подобные сделки могут совершаться только по решению общего собрания акционеров либо по решению общего собрания либо советом директоров. Крупная сделка, совершенная с нарушением указанных норм, может быть признана судом недействительной по иску одного из участников сделки либо по иску общества акционеров. Поэтому при залоге акций осуществляется контроль стоимости пакета акций, подлежащих залогу, по отношению к балансовой стоимости активов предприятия. С этой целью залогодатель обязан представить учредительные документы, финансовую информацию, расшифровку статей баланса и другую документацию. Распространенной практикой является использование в качестве предмета залога облигаций. Характерным свойством большинства облигаций, вне зависимости от вида эмитента, является способность приносить ее владельцу доход. Доход, если это предусмотрено договором, может получать кредитор в погашение основного долга или процентов по нему.

На развитие ипотечного кредитования направлены введенные Законом об ипотеке правила о закладной – новом виде ценной бумаги в гражданском обороте России. Согласно п. 2 ст. 13 Закона закладная является ценной именной бумагой, удостоверяющей, что ее законный владелец обладает как правом на получение исполнения по денежному обязательству обеспеченному ипотекой имущества, указанного в договоре об ипотеке, без представления других доказательств наличия этого обязательства, так и правом залога, на указанное в договоре об ипотеке имущество. Составляет закладную залогодатель, а если он является третьим лицом, также и должник по обеспечиваемому ипотекой обязательству. Оба они выступают обязанными по закладной лицами.

Закладная выдается первоначальному залогодержателю органом, осуществляющим государственную регистрацию ипотеки, после государственной регистрации самой ипотеки. В последующем закладная может передаваться другим лицам либо сдаваться в залог. При передаче прав по закладной лицо, передающее право, производит в закладной отметку о новом владельце.

Передача прав по закладной другому лицу означает передачу тем самым этому же лицу всех удостоверяемых ею прав в совокупности. Законному владельцу закладной принадлежат все удостоверенные ею права, в том числе права залогодержателя и права кредитора по обеспеченному ипотекой обязательству, независимо от прав первоначального залогодержателя и предшествующих владельцев закладной.

Закладная может быть заложена по договору о залоге закладной без передачи или с передачей ее другому лицу (залогодержателю закладной) в обеспечение обязательства по кредитному договору или иного обязательства, возникшего между этим лицом и залогодержателем, первоначально названным в закладной, либо ее иным законным владельцем (ипотечным залогодержателем). При залоге закладной без передачи ее залогодержателю закладной порядок обращения взыскания на заложенную закладную регулируется статьей 349 ГК РФ. При заключении договора о залоге закладной с передачей ее залогодержателю закладной стороны вправе предусмотреть:

- обращение взыскания на заложенное имущество в порядке, установленном статьей 349 ГК РФ;

- передачу прав по закладной в порядке, на условиях и с последствиями, которые предусмотрены статьей 48 закона об ипотеке;

- осуществление ипотечным залогодержателем на закладной специальной залоговой надписи, дающей залогодержателю закладной право по истечении определенного срока продать закладную с тем, чтобы удержать из вырученных денег сумму обеспеченного ее залогом обязательства.

В России предпринимается попытка возрождения оборота таких ценных бумаг как простые складские свидетельства и двойные складские свидетельства, нормы о которых закреплены в ст. 916, 917 ГК РФ. Складское свидетельство представляет собой неэмисионную ценную бумагу, выдаваемую владельцу товара, помещенного на данный склад, в подтверждение принятия товара на хранение. Складские свидетельства бывают двух видов: двойные и простые. Двойное складское свидетельство является ордерной ценной бумагой и состоит из двух частей — складского свидетельства и залогового свидетельства (варранта). Простое складское свидетельство является ценной бумагой на предъявителя. В качестве предмета залога могут быть использованы как варрант, так и простое складское свидетельство. Эти ценные бумаги могут передаваться путем индоссамента. Держатель обеих частей двойного складского свидетельства имеет прав распоряжаться товаром, хранящимся на складе в полном объеме. Держатель только лишь складского свидетельства не вправе забрать товар до погашения кредита, выданного по залоговому свидетельству. Держатель залогового свидетельства, иной, чем держатель складского свидетельства, имеет право залога на товар в размере выданного по залоговому свидетельству кредита и процентов по нему. При залоге товара об этом делается отметка на складском свидетельстве.

Складские свидетельства особенно привлекательны для банков, ориентирующихся на кредитное обслуживание реального сектора. Так как в качестве залога выступает не сам товар, а ценная бумага, закрепляющая на него права, банк не должен ни обеспечивать сохранность товара, ни контролировать процесс распоряжения им должником. Ответственность за это несет склад. Передача банку в заклад складских свидетельств обеспечивает кредитору контроль за предметом залога, а также облегчает процедуру взыскания на него.

В мировой практике аналогичные финансовые инструменты активно применяются на протяжении последних ста лет. На развитых зерновых рынках мира, например США, успешно работает механизм переуступаемых складских расписок (простых складских свидетельств). На развитых рынках мира этот механизм способствует увеличению оборота зерна, уменьшению потерь, связанных с нерациональным хранением зерна, уменьшению затрат на перевозку зерна.

**Глава IV Залог прав**

**1. Понятие залога прав**

* 1. Право как предмет залога

Согласно статье 336 Гражданского Кодекса, предметом залога может быть всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права (требования), за исключением имущества, изъятого из оборота, требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности требований об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом, что является допущением в принципе, залога прав.

В Законе РФ «О залоге» законодатель придал правам как предмету залога такое большое значение, что посвятил регулированию залога прав самостоятельный раздел.

Один из вопросов, который возникает при определении применимости тех или иных общих положений к залогу прав, является вопрос о том, должны ли к залогу прав применяться нормы, в которых говорится об имуществе. Наиболее остро этот вопрос стоит по поводу норм, регулирующих порядок обращения, взыскания на заложенное имущество.

Исходя из положений статьи 128 Гражданского Кодекса РФ, объектам гражданских прав относятся вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; работы и услуги; информация; результаты интеллектуальной деятельности, в том числе исключительные права на них (интеллектуальная собственность); нематериальные блага, следует, что имущественное право является имуществом.

С другой стороны, сомнение в обоснованности данного предположения может возникнуть в связи с тем, что согласно статье 130 Гражданского Кодекса РФ имущество подразделяется на недвижимое и движимое, причем, судя по тем характеристикам, которым должно отвечать соответственно движимое и недвижимое имущество - имущественные права не относятся ни к тому, ни к другому виду имущества.

В.М. Будилов считает, что, действительно, по российскому праву имущественные права не являются ни движимым, ни недвижимым имуществом, которое можно было бы назвать еще наличным имуществом[[24]](#footnote-24). В то же время нельзя отрицать, что имущественные права обладают имущественной ценностью, так как принадлежность имущественного права тому или иному лицу означает, что этому лицу причитается какое-либо имущество от другого лица. Имущественные права, поэтому, в отличие от наличного имущества, следует отнести к имуществу в требовании или долговому имуществу.

К залогу прав применяются предписания, относящиеся к залогу движимого имущества, поскольку из специальных норм не следует иного. При залоге прав применяются, например, нормы, говорящие об акцессорности залогового права, о необходимости определенности или, по крайней мере, определимости обеспечиваемого обязательства и многое другое.

Заложены, в принципе, могут быть любые права, кроме тех, которые не могут быть уступлены. Это относится, прежде всего, к тем правам, которые тесно связаны с личностью кредитора, например, права на получение различных социальных выплат, права требования о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью. Кроме этого, не могут быть заложены права, если исполнение обязательства в пользу другого лица, кроме первоначального кредитора, невозможно без изменения содержания этого права. Ярким примером таких прав в банковской практике является право на получение займа с определенной целью использования валюты займа.

В соответствии с российским законодательством не допускается передача клиентами третьим лицам прав на предъявление претензий и исков к транспортным организациям, кроме случаев, когда такие права передаются грузоотправителем грузополучателю, грузополучателем грузоотправителю, а также ими обоими вышестоящей либо транспортно-экспедиционной организации.

Помимо законодательных ограничений стороны в договорах нередко прямо предусматривают, что то, или иное право не может быть уступлено или заложено.

1. 2. Возникновение залогового права на право

В отношении возникновения залогового права, законодатель исходит из следующего: передача залогового права является формой распоряжения имуществом, и, если для залога имущества, подлежащего регистрации, должна быть соблюдена процедура, аналогичная процедуре установления права собственности на такое имущество, то есть залоговое право должно быть зарегистрировано, а для залога движимого имущества требуется, как правило, передача этого имущества залогодержателю, то-есть опять же должна быть соблюдена процедура, аналогичная процедуре установления права собственности на движимое имущество, то и для установления залогового права на какое-либо право необходимо соблюсти процедуру, регулирующую передачу прав, иными словами, процедуру, регулирующую распоряжение правами.

Залог прав, по общему правилу, возникает с момента заключения договора о залоге, между залогодателем и залогодержателем. Договор о залоге прав, как и всякий договор о залоге по российскому праву должен быть заключен в письменной форме. Правило ст. 55 Закона РФ «О залоге» также обязывает залогодателя уведомить своего должника о состоявшемся залоге прав.

Залогодателем права, по договору о залоге права, может быть лицо, которому принадлежит закладываемое право. Предметом залога могут быть принадлежащие залогодателю права владения и пользования, в том числе права арендатора, другие права (требования), вытекающие из обязательств, и иные имущественные права. Право с определенным сроком действия может быть предметом залога только до истечения срока его действия.

Исходя из особенностей предмета залога, залог прав предполагает в ряде случаев специфический, по сравнению с общими нормами, объем прав и обязанностей сторон залогового правоотношения. Прежде всего, это касается срока действия передаваемого в залог права. Право с определенным сроком действия может быть предметом залога только до истечения срока его действия. С прекращением срока действия заложенного права прекращается и право залога, независимо от того, как стороны решили данный вопрос в договоре. Залогодателем при залоге права может быть лицо, которому принадлежит закладываемое право, такое лицо самостоятельно решает вопрос о залоге и испрашивать согласие должника не должно. Залог прав подразумевает наличие специальных требований по отношению к договору о залоге прав: вид залога, существо обеспеченного залогом требования, его размер, сроки, состав и стоимость заложенного имущества, лицо, которое является должником по отношению к Залогодателю. Залогодатель обязан уведомить своего должника о состоявшемся залоге прав. Если в случае залога арендных прав в договоре аренды предусмотрено запрещение арендатору отчуждать свои права по договору аренды без согласия собственника-арендодателя, то необходимо его согласие как собственника вещи, право на которую передается в залог. При неисполнении обеспеченного залогом обязательства, Залогодержатель вправе требовать не перевода на себя заложенного права (то есть и все расходы по нему), а реализации этого права с целью возмещения своих требований из полученной в результате денежной суммы. Закон о залоге предоставляет также Залогодержателю право вступать в качестве третьего лица в дело, в котором рассматривается иск о заложенном праве, а также защищать заложенное право от нарушений третьих лиц, если Залогодатель не выполняет этой обязанности. В договоре о залоге прав, не имеющих денежной оценки, стоимость предмета залога определяется по соглашению сторон.

Залогодержатель вправе передать свои права по договору о залоге другому лицу с соблюдением правил о передаче прав кредитора путем уступки требования.

Законом об ипотеке установлено, что правила об ипотеке недвижимого имущества соответственно применяются к залогу прав арендатора по договору об аренде такого имущества. В договоре о залоге права аренды арендованное имущество должно быть определено в договоре об ипотеке так же, как если бы оно само являлось предметом ипотеки, должен быть указан срок аренды, это же касается и содержания закладной (ч. 3.п. 2. ст. 9, п.10 ст. 14 Закона об ипотеке). Если предметом ипотеки является право аренды предприятия как имущественного комплекса, леса, земельные участки сельхозназначения, то составление и выдача закладной не допускается (п.4 ст. Закона об ипотеке). В случае обращения взыскания на заложенное право аренды недвижимого имущества оно реализуется в соответствии с правилами гл. Х Закона об ипотеке (путем продажи на публичных торгах либо по соглашению сторон на аукционе) с последующим оформлением уступки данного права.

Согласно п. 2 ст. 631 ГК РФ залог арендных прав по договору проката (движимых вещей) не допускается.

Залог права аренды или иного права на чужую вещь не допускается без согласия ее собственника или лица, имеющего на нее право хозяйственного ведения, если законом или договором запрещено отчуждение этого права без согласия указанных лиц.

Уступка залогодержателем своих прав по договору о залоге другому лицу действительна, если тому же лицу уступлены права требования к должнику по основному обязательству, обеспеченному залогом.

В договоре о залоге прав наряду с обычными условиями необходимо указать лицо, которое является должником по отношению к залогодателю. Если должник залогодателя исполнит свое обязательство до исполнения залогодателем обязательства, обеспеченного залогом, все полученное при этом залогодателем становится предметом залога, о чем залогодатель обязан немедленно уведомить залогодателя.

При залоге прав, если иное не предусмотрено договором, залогодатель обязан:

1) совершать действия, которые необходимы для обеспечения действительности заложенного права;

2) не совершать уступки заложенного права;

3) не совершать действий, влекущих прекращения заложенного права или уменьшение его стоимости;

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

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

При залоге прав, если иное не предусмотрено договором, залогодержатель вправе:

1) независимо от наступления срока исполнения обеспеченного залогом обязательства требовать в суде, арбитражном суде перевода на себя заложенного права, если залогодатель не исполнил свои обязанности;

2) вступать в качестве третьего лица в дело, в котором рассматривается иск о заложенном праве.

Если должник залогодателя до исполнения залогодателем обязательства, обеспеченного залогом, исполнит свое обязательство, все полученное при этом залогодателем становится предметом залога, о чем залогодатель обязан немедленно уведомить залогодержателя. При получении от своего должника в счет исполнения обязательства денежных сумм залогодатель обязан по требованию залогодержателя перечислить соответствующие суммы в счет исполнения обязательства, обеспеченного залогом, если иное не установлено договором о залоге.

Даже в том случае, если закладываемое право уже существует и определено самым тщательным образом, право как предмет залога почти всегда проигрывает наличному имуществу, которое нередко может существовать в неизменном виде неограниченно долгое время. Имущественное право существует только до того момента, пока не прекращено обязательство, на основании которого возникло соответствующее право. Помимо прочих случаев заложенное право может измениться или прекратиться еще в том случае, если залогодатель и его должник придут к соглашению об изменении или даже прекращении заложенного права.

Согласно ст. 56 Закона РФ «О залоге» при залоге прав, если иное не предусмотрено договором залогодатель обязан как совершать ряд действий, так и воздерживаться от совершения некоторых действий. Так, например, залогодатель обязан не совершать уступки заложенного права и не совершать действий, влекущих прекращение заложенного права или уменьшение его стоимости. Действия, от совершения которых должен воздерживаться залогодатель, достаточно конкретны и, следовательно, у залогодержателя имеется возможность контролировать исполнение залогодателем этих обязанностей. В то же время в ст. 56 Закона РФ «О залоге» весьма неопределенно называются те положительные действия, которые обязан совершить залогодатель. При залоге прав залогодатель обязан: совершать действия, которые необходимы для обеспечения действительности заложенного права; принимать меры, необходимые для защиты заложенного права от посягательств со стороны третьих лиц; сообщать залогодержателю введения об изменениях, произошедших в заложенном праве, о его нарушениях третьими лицами и о притязаниях третьих лиц на это правд. Возложение на залогодателя такого рода обязанностей, в принципе, может быть, как нам кажется, оправдано, так как, если продолжить параллель с залогом наличного имущества, то правила, содержащиеся в ст. 55 Закона РФ «О залоге» определяют условия «нахождения» заложенных прав у залогодателя.

Имущественные права, как особого рода имущество, «ухудшаются» также особым образом. Например, наиболее частой причиной такого ухудшения является понижение кредитоспособности должника, (право требования к которому заложено) в целом или даже ухудшения его отдельных финансовых показателей. Такие факты могут полностью обесценить заложенное право. В то же время необходимо подчеркнуть, что как интересы залогодержателя, так и интересы залогодателя требуют максимально возможной конкретизации при залоге прав.

**2. Особенности реализации залогового права на право**

Специфика предмета залога при залоге прав существенно трансформирует права, которые обычно предоставляются залогодержателю. Если в отношении наличного имущества основной формой реализации залогового права, является получение удовлетворения залогодержателем из суммы, полученной от продажи заложенного имущества, то для реализации залогового права на права в качестве общего правила предусматривается, что залогодержатель получает удовлетворение из суммы, взысканной им с должника того обязательства, право из которого ему заложено.

Это взыскание, в принципе, подлежит осуществлению на основании исполнительного листа в соответствии с предписаниями, регулирующими исполнительное производство. В том случае, если заложенное право может быть продано, то возможно принятие судебного решения о принудительной продаже права. В то же время стороны могут договориться и о, таком способе реализации, который исключал бы необходимость получения исполнительного листа в судебном порядке.

На том основании, что, поскольку не установлено иного, имущественные права по российскому праву следует относить к имуществу, порядок обращения взыскания на заложенное имущество, предусмотренный ст. 28—32 Закона РФ «О залоге», должен распространяться, по нашему мнению, и на случаи взыскания с должника того обязательства, право из которого заложено. Это означает, что для взыскания необходимо, по общему правилу, получить в судебном порядке исполнительный лист.

Для того, чтобы залогодержатель мог реализовать свое залоговое право на право в полном объеме, должен наступить как срок исполнения обеспеченного залогом обязательства, так и срок исполнения обязательства, право из которого заложено. В то же время по российскому праву частичная реализация залогодержателем своих прав возможна как до наступления срока исполнения обязанности, противостоящей заложенному праву, так и до наступления срока исполнения обеспеченного залогом обязательства.

Согласно п. 1 ст. 57 российского Закона «О залоге» при залоге прав, если иное не предусмотрено договором, залогодержатель вправе независимо от наступления срока исполнения обеспеченного залогом обязательства требовать в суде, арбитражном суде перевода на себя заложенного права, если залогодатель не исполнил обязанности, предусмотренные статьей 56 Закона. Иными словами, если залогодатель не выполняет своих обязанностей по предотвращению ухудшения заложенного права, залогодержатель может требовать от залогодателя в судебном порядке принудительной уступки заложенного права.

Один из главных недостатков данного правила заключается в том, что интересы залогодержателя могут быть защищены только в том случае, если залогодатель не выполняет своих обязанностей. Если же заложенное право ухудшается, несмотря на выполнение залогодателем своих обязанностей, то на основании Закона, залогодержатель не имеет возможности защитить свои интересы. В этой связи, до внесения соответствующих изменений в законодательство, залогодержателям было бы целесообразно требовать включения в кредитный договор, условия, согласно которому, в случае ухудшения заложенного права по любым причинам, залогодержатель имел бы право требовать досрочного исполнения обеспеченного залогом обязательства.

После того как взыскание произошло, залоговое отношение между залогодателем и залогодержателем не прекращается, а трансформируется. Если в результате удовлетворения обеспечивающего права должник передал вещь, то собственником этой вещи становится залогодатель, а залогодержатель приобретает на эту вещь право залога. Аналогичная ситуация складывается и тогда, когда исполнение обязательств заключается в передаче права.

В том случае, если срок исполнения наступил по обоим требованиям, должник может исполнить обеспечивающее требование надлежащим образом, лишь исполнив его залогодержателю. Залогодержатель при этом имеет право получить исполнение, конечно же, в пределах своего (обеспеченного) требования.

1. **Залог прав и обеспечительная уступка прав**

Как уже указывалось выше, залог товаров в обороте и переработке является специфическим институтом - обязательственно-правовым способом обеспечения, имеющим форму, похожую на залог. Если залог товаров в обороте и переработке еще сохраняет в себе некоторые черты вещно-правового института, то залог прав, имеет под собой чисто обязательственно-правовую основу. На основании этого некоторые авторы предлагают назвать данный залог квази-залогом[[25]](#footnote-25). Тем не менее, правоотношение, возникающее между залогодателем и залогодержателем при залоге прав, во многом напоминает правоотношение, возникающее при иных видах залога.

Из всех имущественных прав наиболее часто в залог передаются права денежных требований, следовательно, номинальная оценка передаваемого в залог права, как правило, очевидна. Но действительная обеспечительная ценность заложенного права зависит от финансового положения и добросовестности также и должника залогодателя. Определенное влияние на ценность заложенного Права сохраняет и финансовое положение и добросовестность залогодателя. Кредит, обеспеченный залогом прав, носит, таким образом, не реальный, а личный характер.

Для того, чтобы не оказаться неожиданно перед лицом обесценившегося обеспечения, залогодержатель при залоге прав, также как и при залоге товаров в обороте и переработке, вынужден осуществлять контроль за различными показателями деятельности но не только (и не столько) залогодателя, а и должника залогодателя. Если залогодатель, получая кредит, является, как правило, лицом заинтересованным и часто соглашается на контроль залогодержателя, то рассчитывать на такую готовность со стороны должника залогодателя приходится в гораздо более редких случаях.

В случае, когда предмет залога — требование, необходимо учитывать существенные особенности этого вида залога по сравнению с залогом материальных вещей. Нельзя упускать из виду также особенности залога обязательственных прав среди других имущественных прав, способных к залогу (некоторые ограниченные вещные права, исключитель­ные права).

Несмотря на то, что часто залог прав не обладает высокой обеспечительной ценностью, совершенствование правового регулирования этого института должно быть продолжено. Определенные перспективы залога прав могут быть связаны с тенденцией отказа от бумажных документов для закрепления прав, которые обычно воплощаются в ценных бумагах.

С другой стороны, в западноевропейских странах в настоящее время, тогда, когда право могло бы быть заложено, предпочтение перед залогом прав, отдается обеспечительной уступке прав. Например, в Германии обеспечительная уступка прав, также как и передача обеспечительного права собственности, является доверительной сделкой. В результате этой сделки кредитор обеспечиваемого обязательства становится полноправным кредитором в отношениях со всеми третьими лицами и, прежде всего, с должником по уступленному праву требования. Кредит, обеспеченный с помощью обеспечительной уступки прав, напоминает договор факторинга. Однако эти обязательственные отношения принципиально отличаются друг от друга. Так, например, в отличие от договора истинного факторинга цессионар при обеспечительной уступке права не перенимает риска неисполнения уступленного права требования.

Обеспечительная уступка прав применяется и как самостоятельная форма обеспечения исполнения обязательств и как дополнительная. При передаче обеспечительного права собственности на содержимое товарного склада должник обеспечиваемого обязательства уступает, как правило, одновременно своему кредитору с обеспечительной целью права требования к тем покупателям, которые приобретут товар со склада. При приеме в залог наличного имущества банки ФРГ всегда требуют, чтобы оно было застраховано, при этом права требования из договоров страхования почти всегда уступаются банку.

Как показывает практика, в России имеется большая потребность не только в различных видах залогов, но и в таком виде обеспечения как обеспечительная уступка прав. Уже сейчас в российском законодательстве содержится достаточно предпосылок для использования этого способа обеспечения: принцип свободного распоряжения правами, нормы об уступке права требования и нормы о залоге прав Гражданского Кодекса. Последние, могут находить субсидиарное применение при обеспечительной уступке прав. Однако для того, чтобы можно было считать институт обеспечительной уступки прав однозначно «прописавшимся» в Российском праве, необходимо, чтобы он получил признание в российской судебной практике.

**Заключение**

На основании вышеизложенного можно сказать, что уже сейчас в российском гражданском праве произошли глубокие изменения, законодательные акты с каждым годом все в большей мере соответствуют экономическим и политическим условиям, однако не менее значительные преобразования ещё предстоит произвести. Сказанное относится как к институту вещных прав, так и к институту обязательственных прав. Институт залога по отношению к этим двум институтам занимает особое положение. С одной стороны, залог обладает вещно-правовыми характеристиками, а с другой - является одним из способов обеспечения обязательств.

Институт залога является сложным правовым институтом, в структуру которого входит общая часть - общие положения, относящиеся ко всем видам залога; и правовые нормы, регулирующие отдельные виды залога. Этот институт складывается из материальных и процессуальных норм. Отдельные виды залога существенно отличаются друг от друга, но при этом они могут быть объединены в определенные группы. Основная особенность залога в сравнении с другими способами обеспечения исполнения обязательств состоит в том, что он носит вещно-правовой (имущественно - обязательственный) характер.

Основные нормы гражданско-правового регулирования залоговых правоотношений в России содержатся в Гражданском Кодексе РФ, Федеральном Законе «Об ипотеке (залоге недвижимости)». Правовое регулирование конкретных залоговых правоотношений зависит от предмета залога, субъектного состава правоотношения, ряда других условий, возникающих в отдельных видах залога.

Недостатки современного российского законодательства, регулирующего залог, а также препятствующие его применению недостатки законодательства, регулирующего отношения собственности, являются важными причинами тех сложностей, которые возникают у заемщиков при получении ими кредитов. Это связано с тем, что недостаточная проработанность соответствующих норм о залоге и о собственности увеличивает риск кредиторов и, следовательно, повышает плату за кредит или затрудняет его получение.

Следует отметить, что сложность процедуры обращения взыскания на предмет залога, особенно при ипотеке, залоге товаров в обороте и переработке, залоге прав, также препятствует расширению сферы использования залога, как способа обеспечения исполнения обязательств в гражданском обороте. Для устранения данного недостатка, необходима разработка правовых норм, расширяющих возможности и сферу действия внесудебного обращения взыскания на заложенное имущество. В данном случае необходимо развивать не только массив нормативно-правовых актов, регулирующих тот или иной вид залога, но и материальную базу, включая развитие соответствующих государственных структур, необходимых для упорядочения правового регулирования как института залога в целом, так и отдельных видов залога в частности.

**Литература**

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года

2. Гражданский Кодекс РФ (ч.1) Принят 21 октября 1994 г. //Собрание законодательства РФ. 1994 № 32 ст. 3301.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации. (Ч.2) № 14-ФЗ от 26.01.1996 г //Собрание законодательства РФ, 29.01.1996, N 5, ст. 410

4. Налоговый Кодекс РФ (Ч. 1) от 31.07.1998 N 146-ФЗ (принят ГД ФС РФ 16.07.1998) //Российская газета, N 148-149, 06.08.1998.

5. Лесной кодекс РФ № 22-ФЗ от 29.01.1997 г. // Российская газета, 04.02.97, №23.

6. Гражданский кодекс Российской Федерации. (Ч. 3) от 26.11.2001 N 146-ФЗ "Российская газета", N 233, 28.11.2001

7. Жилищный Кодекс РФ от 29.12.2004 N 188-ФЗ //Российская газета, N 1, 12.01.2005

8. О банках и банковской деятельности. Закон Российской Федерации от 02.12.1990 N 395-1 //Собрание законодательства РФ", 05.02.1996, N 6, ст. 492;

9. О залоге. Закон РФ от 25.05.92 № 2872-1 //Российская газета, N 129, 06.06.1992

10. О бухгалтерском учёте. Федеральный закон от 21.11.96 №129-ФЗ

11. Об исполнительном производстве Федеральный закон от 21.07.1997 г. № 119-ФЗ // "Российская газета", 05.08.97, № 149.

12. О рынке ценных бумаг. Федеральный закон от 22.04.1996 N 39-ФЗ

(ред. от 07.03.2005) //Собрание законодательства РФ, N 17, 22.04.1996, ст. 1918

13. Об обществах с ограниченной ответственностью. Федеральный Закон от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ // Собрание Законодательства РФ, 1998, № 7.

14. Об ипотеке (залоге недвижимости) Федеральный Закон от 16.07.1998 N 102-ФЗ//Собрание законодательства РФ, 20.07.1998, N 29, ст. 3400

15. Об ипотечных ценных бумагах. Федеральный Закон от 11.11.2003 N 152-ФЗ// Собрание законодательства РФ, 17.11.2003, N 46 (ч. 2), ст. 4448

16. Основы законодательства РФ от 11.02.93 № 4462-1 «О нотариате» // Российская газета, 07.03.1993, № 49.

17. О лицензировании деятельности ломбардов. Положение утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 декабря 2000 г. N 1014 // Собрание законодательства РФ, 01.01.2001, N 1(часть II)

18. Об утверждении методических рекомендаций по применению профессиональными участниками рынка ценных бумаг Федерального Закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)». Распоряжение ФКЦБ РФ от 26.02.1999 N 195-р//Вестник ФКЦБ России, N 2, 26.02.1999

19. Об использовании залога таможенными органами. Приказ ГТК РФ от 22.02.1994 N 71//Российские вести, N 61, 06.04.1994

20. Правила кредитования физических лиц учреждениями Сбербанка России (утв. Правлением Сбербанка РФ 10.07.1997 N 229-р)//Финансовая газета" (Региональный выпуск, N 50 - 51, 1997

21. А. А. Маковская Залог денежных средств и ценных бумаг., М.: «Статут», 1999

22. А.В. Вахницкая, Н.Д.Евдоченко Некоторые аспекты применения залога как способа обеспечения обязательств в гражданском обороте // Юридическая практика, 10.2001, № 32. С. 23-27

23. А.М. Эрделевский Гражданское право., М: «Юристъ» 2004

24. Богатырев Ф. О. О сущности залога имущественных прав // Журнал российского права, 2001, № 4.

25. В.В. Пиляева Гражданское Право. Учебное пособие., М: ООО «ТК Велби» 2003

26. В.М. Будилов Залоговое право России и ФРГ., СПб: «Фарватер» 1993

27. В.М.Хвостов Система римского права. Учебник. – М.: БЕК, 1996

28. Гражданский Кодекс РФ с постатейными комментариями. Часть первая./ под ред О.Н.Садикова М: «Инфра-М»

29. Гражданское право. Т 1. Учебник. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого., М: «ТК Велби» 2002.

30. Гражданское право: Часть 2/ Учебник Под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К. - Проспект М. 1999

31. Гражданское право: в 2-х т. Том II. Полутом 1: Учебник. Отв. ред. Суханов Е.А., М.: «БЕК» 2000

32. . Римское частное право. Учебник / Под ред. И.Л. Новицкого и И.С Перетерского .,М: «Юриспруденция» 2000

33. Российское гражданское право/ под. Ред. З.Г.Крыловой и Э.П.Гаврилова., М: «Юринфор» 1999.

34. Т.Е. Новицкая Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922 г., М: МГУ 1989.

1. ГК РФ (Ч. 1) Ст. 329 [↑](#footnote-ref-1)
2. Римское частное право под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского М.2000 с. 15 [↑](#footnote-ref-2)
3. Т.Е. Новицкая «Кодификация гражданского права в Советской России 1920-1922 г.»., М. МГУ 1989 с. 78 [↑](#footnote-ref-3)
4. Основы регулирования бухгалтерского учета в Российской Федерации установлены Федеральным законом от 21.11.1996 N 129-ФЗ «О бухгалтерском учете». В соответствии со статьей 1 Закона объектами бухгалтерского учета являются имущество организаций, их обязательства и хозяйственные операции, осуществляемые организациями в процессе их деятельности. [↑](#footnote-ref-4)
5. ГК РФ (ч. 1) Ст. 334 [↑](#footnote-ref-5)
6. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. Гражданское право. Т 1. Учебник. – М., 2002. с. 294. [↑](#footnote-ref-6)
7. См. Комментарий к ГК РФ ч.1 под. Ред. О.Н. Садикова М. 1999 с. 583 [↑](#footnote-ref-7)
8. См.В.М.Будилов Залоговое право России и ФРГ стр. 24 [↑](#footnote-ref-8)
9. ФЗ N 14-ФЗ Об обществах с ограниченной ответственностью от 8 февраля 1998 года Ст. 22 Залог долей в уставном капитале общества [↑](#footnote-ref-9)
10. П. 2 ст. 129 ГК РФ. [↑](#footnote-ref-10)
11. См. Статья 339 ГК РФ Договор о залоге, его форма и регистрация [↑](#footnote-ref-11)
12. Ст. 338 ГК РФ [↑](#footnote-ref-12)
13. См. Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 15 января 1998 г N 26. «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о залоге» п. 1 [↑](#footnote-ref-13)
14. Ст. 19 Закона РФ «Об ипотеке (залоге недвижимости), (в ред. Федеральных законов от 29.06.2004 N 58-ФЗ, от 30.12.2004 N 216-ФЗ) [↑](#footnote-ref-14)
15. ст. 21 Закона"Об ипотеке" [↑](#footnote-ref-15)
16. См. НК РФ Размеры государственной пошлины за государственную регистрацию, а также за совершение прочих юридически значимых действий п. 22, 23, 25, 26 Ст. 333.33. [↑](#footnote-ref-16)
17. В.М.Будилов Залоговое право России и ФРГ Спб 1993 стр. 38 [↑](#footnote-ref-17)
18. ГК РФ (Ч. 1) П. 2 ст. 340 [↑](#footnote-ref-18)
19. ст. 70 Закона"Об ипотеке" [↑](#footnote-ref-19)
20. См. В.М.Будилов «Залоговое право России и ФРГ» СПб 1993 с. 63 [↑](#footnote-ref-20)
21. В.М.Будилов «Залоговое право России и ФРГ» Спб 1993 с. 77 [↑](#footnote-ref-21)
22. Комментарий к ГК РФ ч.1 под. Ред. О.Н. Садикова М. 1999 стр. 610 [↑](#footnote-ref-22)
23. Правила кредитования физических лиц учреждениями Сбербанка России (утв. Правлением Сбербанка РФ 10.07.1997 N 229-р) п. 1.8. [↑](#footnote-ref-23)
24. См. В.М.Будилов «Залоговое право России и ФРГ» Спб 1993 с. 112 [↑](#footnote-ref-24)
25. См. В.М.Будилов «Залоговое право России и ФРГ» Спб 1993 с. 121 [↑](#footnote-ref-25)