КУРСОВАЯ РАБОТА

По дисциплине: Гражданское право

На тему: «Ипотека в гражданском праве»

Санкт-Петербург

2009 г.

**Содержание:**

Введение

1. Понятие ипотеки

2. Возникновение ипотеки в силу договора

3. Возникновение ипотеки в силу закона

4. Закладная как ценная бумага, удостоверяющая ипотеку

5. Прекращение залога

Заключение

Список литературы

**Введение**

В Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года сказано, что Российская Федерация – социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Достойная жизнь, это удовлетворение как минимум первичных потребностей – потребности в пище, комфорте, жилище. А какая может быть достойная жизнь без своего собственного жилища. По-этому гарантия права на жилище так же есть в конституции. И именно ст. 40 гласит, что органы государственной власти и органы местного самоуправления поощряют жилищное строительство, создают условия для осуществления права на жилище, причем малоимущие граждане и иные указанные в законе граждане, нуждающиеся в жилище имеют право на его бесплатное предоставление или за доступную плату из государственных фондов.

В условиях современной российской действительности так уж сложилось, что для большинства граждан рассчитывать в вопросах решения своих жилищных проблем на государство не приходится, ведь не всех можно подвести под категорию малоимущих граждан или иных указанных в законе граждан. Именно поэтому инструмент ипотеки был призван решить эту проблему. На сегодняшний день ипотека является одним из способов улучшения жилищных условий для большинства граждан. Граждане берут в банках кредиты на покупку недвижимого имущества, при этом сама приобретаемая недвижимость поступает в ипотеку банку как гарантия возврата кредита (ипотека в силу закона).

Поскольку ипотека настолько часто встречается в повседневной жизни, я решила именной ей посвятить свою курсовую работу.

Цели работы:

1) Исследовать нормативную и доктринальную базу;

2) Изучить основания возникновения ипотеки;

3) Выявить специфические особенности правовых конструкций;

4) Отразить при этом существенные изменения в законодательстве об ипотеке.

**1. Понятие ипотеки**

Ипотека - это залог недвижимого имущества. Залог в свою очередь - один из способов обеспечения исполнения обязательства денежного требования кредитора-залогодержателя к залогодателю. Как способ обеспечения надлежащего исполнения обязательств залог более привлекателен, так как с его помощью проще произвести принудительное взыскание. Залог предполагает, что на имущества должника может быть наложено взыскание, но имущество, на которое установлена ипотека, остается у залогодателя в его владении и пользовании. Иными словами, ипотека - это залог недвижимого имущества, которое остается во владении и пользовании собственника. В случае неисполнения основного обязательства на недвижимое имущество обращается взыскание, оно продается, а полученные денежные средства от его реализации направляются на погашение основного обязательства.

Ипотека обеспечивает наличие и сохранность заложенного имущества на тот момент, когда должнику придется рассчитываться с кредитором. Причём стоимость заложенного имущества будет возрастать пропорционально уровню инфляции. Так же ипотека обеспечивает кредитору-залогодержателю в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства возможность удовлетворить свои требования из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами.

Единственный способ реализации залога – продажа его с торгов неопределенному кругу лиц с предварительным определением условий такой продажи в нотариальном или судебном порядке. При этом сам залогодержатель не имеет никаких преимуществ в ходе торгов либо, по классическим взглядам, должен быть отстранен от них вовсе. И только если торги не дадут результата, возникает возможность передачи вещи залогодержателю. Это значит, что, пока залог не отменен, его передача залогодержателю помимо торгов заведомо ничтожна в силу прямого нарушения закона, и этот порог не может быть никак восполнен[[1]](#footnote-1).

Ипотека (залог недвижимости) как вид залога наряду с этим имеет свою специфику.

Статья 42 Закона «О залоге» дает понятие ипотеки: «ипотекой признается залог предприятия, строения, здания, сооружения или иного объекта, непосредственно связанного с землей, вместе с соответствующим земельным участком или правом пользования им». Субъекты ипотечного правоотношения – это залогодатель, т.е. лицо, предоставившее недвижимое имущество в залог, и залогодержатель – лицо, принявшее это имущество в залог. Действующее российское законодательство не содержит ограничений по субъектному составу залогового правоотношения. Субъектами могут быть как физические и юридические лица, так и государственные и административно-территориальные образования. Залогодержателем может быть только сам кредитор, тогда как залогодателем может быть как сам должник, так и лицо, не участвующее в обязательстве – третье лицо. Оно заключает договор ипотеки от собственного имени, а не от имени должника. Отношения между третьим лицом (залогодателем) и должником по основному обязательству не считаются ипотечными.

Специфика ипотеки определяется ее предметом. По общему правилу, договор об ипотеке может заключаться в отношении любого недвижимого имущества, права на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Исключение составляют:

1. имущество, изъятое из гражданского оборота;
2. имущество, на которое в соответствии с федеральным законом не может быть обращено взыскание;
3. имущество, в отношении которого предусмотрена обязательная приватизация либо приватизация которого запрещена (п. 2 ст. 6 Закона «Об ипотеке»);
4. земля, находящаяся в государственной или муниципальной собственности;
5. сельскохозяйственные угодья из состава земель сельскохозяйственных организаций, крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств;
6. часть земельного участка, площадь которого меньше минимального размера, установленного для земель различного целевого назначения и разрешенного использования (ст. 63 Закона «Об ипотеке»);
7. жилые дома и квартиры, находящиеся в государственной или муниципальной собственности (п. 2 ст. 74 Закона «Об ипотеке).

Ипотека получила наибольшее распространение при залоге недвижимости и земельных участков. Но предметом договора ипотеки могут быть не только вещи, но и имущественные права (в частности, право аренды недвижимого имущества), за исключением требований, неразрывно связанных с личностью.[[2]](#footnote-2)2

Ипотека относится к числу тех разновидностей залога, когда не происходит передача предмета залога залоговому кредитору; имущество остается во владении и пользовании залогодателя, но без права распоряжения. Если заложенное недвижимое имущество передано залогодателем во временное владение и пользование третьему лицу (по договору найма жилого помещения, аренды, безвозмездного пользования и т.д.), то считается, что оно оставлено у залогодателя (п.3 ст.338 ГК РФ). Ряд важных особенностей ипотеки определяется тем, что имущество не выбывает из сферы хозяйственного господства залогодателя, оно продолжает им использоваться. В этой связи, по общему правилу, залогодатель несет риск случайной гибели или случайного повреждения заложенного имущества. При наступлении этих обстоятельств залогодатель вправе потребовать досрочного исполнения обеспеченного ипотекой обязательства, за исключением случая, когда между ним и залогодателем заключено письменное соглашение о восстановлении или замене погибшего или поврежденного имущества и залогодатель надлежаще выполняет условия этого соглашения (ст. 36 3акона «Об ипотеке»). Так же в обычной практике существует правило страхования имущества от возможных рисков.

Ипотека носит дополнительный (акцессорный характер) по отношению к главному обязательству, и потому права залогодержателя зависят от судьбы обеспечиваемого залогом обязательства. В части первой ГК РФ не сказано об акцессорном характере залога, но в ней содержится общая норма о том, что недействительность основного обязательства влечет недействительность обеспечивающего его обязательства, если иное не установлено Законом (п. 3 ст. 329 ГК РФ). Обратной зависимости не существует (п. 2 ст. 329 ГК). Акцессорный характер проявляется в том, что залогом может быть обеспечено только действительное требование, вытекающее, в частности, из договора займа, кредитного договора, договора купли-продажи и иных договоров. Мнимое требование не может обеспечиваться залогом. Если по договору займа, обеспеченному залогом, не последовало передачи средств должнику, то к нему не возникает и требование кредитора.

**2. Возникновение ипотеки в силу договора**

В большинстве случаев залог возникает в силу договора. Договор о залоге не всегда является консенсуальным. Отнесение договора о залоге с точки зрения классификации, принятой в гражданском праве, к консенсуальным или реальным договорам зависит от вида используемого залога. В отношении имущества, которое подлежит передаче залогодержателю, право залога возникает с момента передачи этого имущества, таким образом, данный договор является реальным. Однако стороны вправе в этом случае заключить консенсуальный договор, отметив это условие в договоре. Если же заключается договор о залоге без передачи заложенного имущества залогодержателю, то право залога возникает с момента заключения договора о залоге[[3]](#footnote-3). Следовательно, договор об ипотеке является консенсуальным.

Договор об ипотеке может быть самостоятельным, то есть отдельным по отношению к договору, по которому возникает обеспеченное залогом обязательство. Соответствующее положение об ипотеке в качестве средства обеспечения может также содержаться в основном договоре.[[4]](#footnote-4)

При заключении договора ипотеки необходимо руководствоваться общими правилами Гражданского кодекса РФ о заключении договоров, а также положениями Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)». В законодательстве предусмотрены особые требования как к форме договора, так и к его содержанию.

В соответствии с п.1 ст.10 Закона об ипотеке и п.2 ст.339 ГК договор об ипотеке заключается в письменной форме. Следует помнить, что договор об ипотеке подлежит обязательной государственной регистрации. Он считается заключенным и вступает в силу с момента регистрации (п.1,2 ст.10 Закона). Несоблюдение правил о государственной регистрации договора об ипотеке влечет его недействительность. Такой договор считается ничтожным.

Основные положения порядка регистрации договора ипотеки изложены в Главе IV Закона об ипотеке и ст. 29 ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Регистрация ипотеки, возникающей в силу договора, составленного в простой письменной форме, осуществляется на основании заявлений обеих сторон договора.

Статья 9 Закона об ипотеке устанавливает обязательные требования к содержанию договора ипотеки. Так, в договоре должны быть указаны предмет ипотеки, его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой. В соответствии с п.43 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 данные условия являются существенными условиями договора залога. Если сторонами не достигнуто соглашение хотя бы по одному из названных условий либо соответствующее условие в договоре отсутствует, договор о залоге не может считаться заключенным.

Остановимся на каждом из перечисленных условий подробнее, поскольку от грамотной формулировки договора ипотеки зависит его действительность.

**Предмет договора ипотеки**

Ст. 5 Закона устанавливает, что по договору об ипотеке может быть заложено недвижимое имущество, причем для определения понятия недвижимого имущества делается отсылка к нормам ГК РФ. Так, в п.1 ст.130 ГК указано, что к недвижимым вещам (недвижимое имущество, недвижимость) относятся земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения, объекты незавершенного строительства. У недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество. Следует обратить внимание на то обстоятельство, что ст. 130 ГК РФ в приведенной выше формулировке действует в редакции ФЗ от 30 декабря 2004 г., вступившего в силу с 1 января 2005 г. Именно с этого момента Гражданским кодексом объекты незавершенного строительства признаются объектами недвижимости. Тем самым было устранено несоответствие, в результате которого объекты незавершенного строительства в судебной практике признавались объектами недвижимости, права на них подлежали государственной регистрации в соответствии с ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», а на уровне ГК это не находило своего закрепления.[[5]](#footnote-5)

Немаловажным представляется уточнение, сделанное Законом об ипотеке, в соответствии с которым предметом ипотеки может быть только то недвижимое имущество, права на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Например, чтобы обременить ипотекой предприятие как имущественный комплекс, необходимо пройти процедуру его регистрации в порядке, установленном ФЗ.

Особое внимание следует обратить на требование об описании предмета ипотеки. В силу п.2 ст.9 Закона предмет ипотеки определяется в договоре указанием его наименования, места нахождения и достаточным для идентификации этого предмета описанием. Также в договоре об ипотеке должно быть указано право, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и наименование органа государственной регистрации прав на недвижимое имущество, зарегистрировавшего это право залогодателя. Таким образом, при формулировании предмета ипотеки необходимо сослаться на свидетельство о праве собственности на недвижимое имущество, являющееся предметом договора ипотеки, а также на договор аренды в случае, если предметом ипотеки является право аренды.

Законодательство не дает расшифровки того, что подразумевается под «достаточным для идентификации описанием». Понятие «достаточности» оценочное, в связи с чем для грамотной формулировки описания необходимо обратиться к практике заключения договора ипотеки. Представляется, что в случае ипотеки земельного участка достаточным будет следующее описание: адрес земельного участка, его площадь, кадастровый номер, а также целевое назначение земли и вид ее разрешенного использования.

Законом не запрещено указывать несколько объектов недвижимости в одном договоре об ипотеке. Тем не менее сторонам по договору следует указать очередность обращения взыскания на имущество, составляющее предмет ипотеки в случае неисполнения обязательства по основному договору. Если же в договоре ипотеки, предметом которого является несколько объектов недвижимости, отсутствует очередность обращения взыскания, то право выбора такой очередности принадлежит кредитору-залогодержателю[[6]](#footnote-6).

**Оценка предмета ипотеки**

Оценка предмета ипотеки является обязательной и проводится в соответствии с законодательством об оценочной деятельности. Оценка определяется по соглашению залогодателя с залогодержателем и указывается в договоре об ипотеке в денежном выражении. Оценка может быть поручена и коммерческой организации оценщиков. На практике банки, занимающиеся ипотечным кредитованием, сотрудничают с крупными риэлтерскими компаниями, имеющими собственные отделы оценки недвижимого имущества. Спорным моментом является указание в договоре нескольких разных оценок предмета ипотеки: например, оценка независимого оценщика, оценка органа технической инвентаризации, оценка сторон и т.д. Это может быть вызвано разными причинами, например с целью минимизации налогов. Тем не менее ранее данное обстоятельство становилось причиной признания судами договора ипотеки незаключенным, поскольку полагалось, что стороны не согласовали существенное условие договора – оценку предмета. Вопрос был решен Президиумом ВАС в информационном письме от 28.01.2005 № 90 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами споров, связанных с договором об ипотеке». В п.19 высказаны следующие рекомендации: при указании сторонами в договоре об ипотеке нескольких разных оценок предмета ипотеки такой договор не может считаться незаключенным, если возможно установить, какая из оценок представляет собой ту, о которой стороны договорились как о существенном условии договора об ипотеке.

**Обязательство, обеспечиваемое ипотекой**

Под существом обеспеченного залогом требования понимаются существенные условия договора, который послужил основанием возникновения основного обязательства. Поэтому в тексте договора об ипотеке следует четко перечислить существенные условия договора, которым было оформлено основное обязательство (указать предмет, срок, размер обеспечиваемого ипотекой обязательства и т.д.). При этом следует указать также наименование сторон основного договора, его номер, дату и место заключения. В соответствии с п. 4 ст. 9 Закона обязательство, обеспечиваемое ипотекой, должно быть названо в договоре об ипотеке с указанием его суммы, основания его возникновения и срока исполнения. Если сумма основного обязательства подлежит определению в будущем, в договоре об ипотеке должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее определения. В том случае, когда 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.

Согласно п.6 ст.9 Закона, если права залогодержателя удостоверяются закладной, на это указывается в договоре об ипотеке.

**Права и обязанности сторон по договору об ипотеке**

Одна из особенностей ипотеки заключается в том, что заложенное имущество всегда остаётся у залогодателя. Он сохраняет за собой право владеть и пользоваться предметом ипотеки в соответствии с его назначением. По общему правилу за залогодателем сохраняется право самостоятельно распоряжаться полученными от предмета ипотеки плодами, продукцией и доходами. В договоре об ипотеке не могут предусматриваться какие-либо ограничения права залогодателя или третьих лиц по пользованию заложенным имуществом. Залогодатель вправе завещать заложенное имущество. Соглашение, ограничивающее это право залогодателя, является ничтожным.

С согласия залогодержателя залогодатель вправе отчуждать заложенное имущество путём продажи, дарения, обмена, внесения его в качестве вклада в хозяйственное товарищество или общество либо паевого взноса в производственный кооператив, иным способом, передавать его другому лицу в хозяйственное ведение, аренду или временное безвозмездное пользование, если иное не предусмотрено договором об ипотеке. Срок, на который имущество предоставляется в пользование, не должен превышать срока ипотеки.

При пользовании заложенным имуществом залогодатель не должен допускать его ухудшения и уменьшения его стоимости сверх того, что вызывается нормальным износом.

Если договором об ипотеке не предусмотрено иное, залогодатель обязан:

- застраховать за свой счёт заложенное имущество в полной его стоимости (а если полная стоимость имущества превышает размер обеспеченного ипотекой требования, - на cумму не ниже размера требования) от рисков утраты и повреждения;

- принимать меры для обеспечения сохранности заложенного имущества, в том числе для защиты его от посягательства и требований со стороны третьих лиц;

- поддерживать имущество, заложенное по договору об ипотеке, в исправном состоянии и нести все расходы по содержанию этого имущества, а также производить его текущий и капитальный ремонт;

- немедленно уведомлять залогодержателя о возникновении угрозы утраты или повреждения заложенного имущества;

- истребовать предмет ипотеки из чужого незаконного владения.

На залогодателе лежит риск случайной гибели или повреждения имущества - предмета ипотеки, если иное не предусмотрено договором.

Поскольку предмет залога остаётся у должника, обязанности залогодержателя ограничены.

Залогодержатель вправе:

- проверять по документам и фактически наличие, состояние и условия содержания имущества, в том числе если оно передано во владение третьих лиц;

- требовать от залогодателя принятия мер к сохранности предмета ипотеки;

- требовать от любого лица прекращения посягательства на предмет ипотеки.

При предъявлении третьими лицами к залогодателю иска о признании за ними права собственности или иных прав на заложенное имущество, о его изъятии или обременении либо иных требований, удовлетворение которых может повлечь уменьшение стоимости или ухудшение этого имущества, залогодержатель имеет право участвовать в деле. В том случае, если залогодатель отказался от защиты своих прав на заложенное имущество или не осуществляет её, залогодержатель вправе использовать все способы защиты от имени залогодателя без специальной доверенности и требовать от залогодателя возмещения понесённых в связи с этим необходимых расходов. Он также имеет право, действуя от своего имени, истребовать заложенное имущество из чужого незаконного владения для передачи его во владение залогодателя.

При залоге права аренды на недвижимое имущество в договоре о залоге прав отражаются дополнительные права и обязанности сторон. В частности, залогодатель должен своевременно вносить арендную плату, а залогодержатель вправе требовать в суде перевода заложенного права на себя, если залогодатель не исполняет свои обязанности.

Закон предусматривает прекращение права собственности залогодателя на предмет ипотеки вследствие выкупа (например - бесхозяйственно содержимых культурных ценностей) для государственных или муниципальных нужд, реквизиции (ст.242 ГК РФ) или национализации (ст.235 ГК РФ) предмета ипотеки. В таких случаях залогодатель получает другое имущество или соответствующую компенсацию и право залога будет распространяться на это имущество либо залогодержатель приобретает право преимущественного удовлетворения своего требования из суммы полученной залогодателем компенсации. В случаях, когда предмет ипотеки изымается у залогодателя по виндикационному иску в пользу законного собственника имущества (ст.301 ГК РФ) либо в виде санкции за совершение преступления или иного правонарушения, залог в отношении этого имущества прекращается.

В приведённых выше случаях залогодержатель вправе потребовать от должника досрочного исполнения обязательства, обеспеченного ипотекой. Залогодержатель имеет право требования досрочного исполнения обязательства и в том случае, если предмет залога погиб или повреждён либо право собственности или хозяйственного ведения на него прекращено, и залогодатель в разумный срок не восстановил его или не заменил другим равноценным имуществом. Замена предмета залога допускается только с согласия залогодержателя, если законом или договором об ипотеке не предусмотрено иное.

Залогодержателю принадлежит право преимущественного удовлетворения своего требования по основному обязательству из страхового возмещения за утрату или повреждение предмета ипотеки, независимо от того, кто является выгодоприобретателем по договору страхования.

Подводя итоги сказанному, можно сделать следующие выводы. Договор ипотеки является распространенным способом обеспечения исполнения обязательства, создающим дополнительную гарантию для кредитора, поскольку недвижимое имущество представляет особую ценность. Процедура заключения договора ипотеки довольно четко регламентирована ГК РФ, ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)», другими ФЗ. Кроме того, свои рекомендации по договору об ипотеке высказал и ВАС РФ. При заключении договора ипотеки особое внимание следует обращать на правильную формулировку существенных условий договора об ипотеке, так как несоблюдение требований, установленных законом и разъясненных Высшим Арбитражным Судом, ставит под угрозу действительность договора.

**3. Возникновение ипотеки в силу закона**

В Гражданском кодексе РФ в ст. 334 сказано, что залог возникает в силу договора либо, на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено, какое имущество и для исполнения какого обязательства признается находящимся в законе. Это довольно краткая формулировка; поэтому, чтобы понять истинный смысл разграничения двух различных типов оснований возникновения ипотеки, необходимо раскрыть ее содержание. Приведенное законодательное предписание сводится к тому, что залог может возникать при условии заключения договора о залоге либо независимо от заключения такого договора, но в обеих ситуациях – при наличии указанных в законе обстоятельств. Применительно к залогу недвижимости в первом случае мы можем говорить о договорной ипотеке, то есть ипотеке, которая возникает в силу волеизъявления сторон, направленного на ее установление, и других юридических фактов. Во втором – о легальной, или законной, ипотеке, которая возникает при наличии определенных законом юридических фактов, в отсутствие волеизъявления сторон на установление ипотеки. Таким образом, можно выделить две принципиальные характеристики легальной ипотеки:

1) легальная ипотека возникает в силу обстоятельств (юридических фактов), указанных в законе, а не в силу закона;

2) в числе этих обстоятельств (юридических фактов) отсутствует договор об ипотеке[[7]](#footnote-7).

Исходя из нормы ст.334 ГК, основная особенность правоотношений, возникающих при законной ипотеке в отличие от договорной, заключается в юридическом составе, лежащем в основе правовых конструкций. Согласно статьям 10 и 11 Закона об ипотеке права залогодержателя (право залога) возникают с момента заключения договора залога, который считается заключенным с момента его государственной регистрации. Следовательно, правоустанавливающее и определяющее значение для договорной ипотеки имеет государственная регистрация. Законная же ипотека, напротив, считается возникшей при наступлении указанных в Законе обстоятельств. Например, п.1 ст.587 ГК устанавливает, что при передаче под выплату ренты земельного участка или другого недвижимого имущества получатель ренты в обеспечение обязательства плательщика таковой приобретает право залога на это имущество. Следовательно, для законной ипотеки государственная регистрация не носит правоустанавливающего характера (правоустанавливающее значение имеет лишь основная сделка – купли-продажи, ренты и т.д.).[[8]](#footnote-8) До вступления в силу ФЗ «О внесении изменений и дополнений в ФЗ «Об ипотеке» от 11.02.2002г государственная регистрация законной ипотеки была не предусмотрена. Данное обстоятельство могло привести к существованию множества «скрытых» ипотек. На практике отсутствие требования государственной регистрации в отношении законной ипотеки и отсутствие ее в качестве обязательного элемента возникающей правовой конструкции при масштабности реализуемых программ ипотечного жилищного кредитования могло привести к массовому нарушению прав граждан. В этом смысле вряд ли возможно отрицать важность и целесообразность государственной регистрации для законной ипотеки, поскольку наличие в Едином государственном реестре прав регистрационной записи об ипотеке служит гарантией прав залогодержателей.[[9]](#footnote-9) Теперь государственная регистрация ипотеки в силу закона существует, причем она происходит одновременно с государственной регистрацией права собственности лица, чьи права обременяются ипотекой.

Итак, п.2 ст.1 Закона об ипотеке предусматривает возможность возникновения обязательства об ипотеке при наступлении указанных в Законе обстоятельств. При этом следует учитывать содержащееся в п.3 ст.334 ГК РФ непременное условие возникновения залогового (ипотечного) обязательства из закона: в нем должно быть «предусмотрено, какое имущество и для обеспечения исполнения какого обязательства признается находящимся в залоге».

Современное российское право знает несколько фактических составов, которые порождают ипотечное правоотношение в силу закона:

– передача недвижимого имущества под выплату ренты а также по договору пожизненного содержания с иждивением;

– покупка недвижимости в кредит;

– покупка недвижимости с условием о рассрочке платежа;

– приобретение жилого дома и квартиры за счет кредита банка, иной кредитной организации или целевого займа, предоставленного иным юридическим лицом.

Ипотека в силу закона возникает также в том случае, когда имущество, уже являющееся предметом ипотеки (как по договору, так и в силу закона), принудительно изымается государством у собственника и последнему предоставляется равноценное имущество (Ст.41 Закона об ипотеке).

Можно выделить среди норм, указывающих на случаи возникновения законной ипотеки, две ее разновидности:

1 – законная ипотека, возникающая независимо от воли сторон (в силу императивных норм);

2 – законная ипотека, носящая диспозитивный характер, т.е. основывающаяся на нормах, предусматривающих возможность «невозникновения» ипотеки по согласию сторон[[10]](#footnote-10).

К числу императивных законных ипотек можно, например, отнести ипотеку, возникающую в силу п.1 ст.587 ГК РФ, согласно которому получатель ренты однозначно приобретает право залога на передаваемое по договору имущество; данная норма не может быть изменена соглашением сторон. Возникновение диспозитивной законной ипотеки (например, предусмотренной ст.77 Закона об ипотеке), напротив, может быть предотвращено по воле сторон.

1)Передача земельного участка или иного недвижимого имущества под выплату ренты. Статья 587 ГК РФ предусматривает, что в таком случае получатель ренты в обеспечение обязательства приобретает право залога на переданное под выплату ренты имущество. Залог в силу договора ренты возникает вне зависимости от воли сторон, и, как правило, сторонами рентных отношений до конца не осознается (объясняется особенностями субъектного состава - пожилые люди). Как уже было сказано выше, данная норма является императивной, а следовательно, ипотечное обязательство будет считаться возникшим даже и тогда, когда договором предусмотрено иное.[[11]](#footnote-11)

Целесообразность установления в законодательстве двойного обременения переданной недвижимости – одновременно и рентой (ст.586 ГК РФ), и залогом – вызывает сомнения. Думается, что при наличии субсидиарной (и тем более при возможности солидарной) ответственности по требованиям получателя ренты вполне достаточно было бы одного обременения недвижимости – самой рентой. Тем не менее законодатель решил пока этот вопрос иначе, установив дополнительное обременение – залог, который, как представляется, чрезмерно затрудняет участие переданной под выплату ренты недвижимости в дальнейшем имущественном обороте и предоставляет получателю ренты избыточную правовую защиту.[[12]](#footnote-12) Получатель ренты, передавший плательщику недвижимое имущество, приобретает право залога на это имущество непосредственно в силу закона. При этом плательщик ренты – новый собственник недвижимого имущества – становится залогодателем, а получатель ренты – залогодержателем. В этих условиях особое значение приобретает разъяснение нотариусом сторонам договора ренты правовых последствий передачи недвижимости под выплату ренты с точки зрения залогового, в том числе ипотечного, законодательства (параграф 3 гл.23 ГК РФ).

2) Покупка недвижимости в кредит. В силу п.5 ст.488 ГК РФ если иное не предусмотрено договором купли-продажи, с момента передачи товара покупателю и до его оплаты товар, проданный в кредит, т.е. с оплатой через определенное время после его передачи покупателю, признается находящимся в залоге. Норма ст.488 ГК РФ носит диспозитивный характер, а значит, она не будет действовать при наличии на этот счет специального указания в договоре.

Залог, о котором идет речь, обеспечивает исполнение покупателем своей обязанности рассчитаться за товар. Право собственности по договору купли-продажи перешло к покупателю. Поэтому, чтобы защитить интересы продавца законодатель установил в его пользу залог на товар до его полной оплаты. Указанная норма включена в общие положения о купле-продаже, и, если в статьях, посвященных купле-продаже недвижимости, иное не предусмотрено, следует признать ипотечное обязательство возникшим и тогда, когда предметом договора купли-продажи в кредит служит недвижимость[[13]](#footnote-13).

Если в договоре купли-продажи отсутствует норма о сохранении права собственности у продавца до полной оплаты имущества покупателем, возникает залог в силу закона, запись о котором должна вноситься в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним одновременно с государственной регистрацией права собственности лица, права которого обременяются ипотекой (ст.20 Закона об ипотеке)[[14]](#footnote-14).

3) Покупка недвижимого имущества с условием о рассрочке. В соответствии с п.3 ст.489 ГК РФ к договору о продаже товара в кредит с условием о рассрочке применяются правила, аналогичные случаю продажи товара в кредит, т.е. товар, проданный с условием о рассрочке, признается находящимся в залоге у продавца для обеспечения исполнения покупателем обязанности по оплате.

4)Ипотека жилых домов и квартир, купленных за счет кредита банка или иной кредитной организации. Согласно п.1 ст.77 Закона об ипотеке если иное не предусмотрено федеральным законом или договором, 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. Закрепленная в п.1 ст.77 норма является диспозитивной, поскольку предоставляет сторонам право в договоре кредита предусмотреть отсутствие ипотеки. В данном случае стороны, предусматривая отсутствие в кредитном договоре условия о том, что ипотека не возникает, подтверждают стремление к переходу права собственности на предмет купли-продажи, оплата которого осуществлялась в кредит, а обеспечением оплаты выступает сам предмет купли-продажи. Представляется, что стороны, совершая подобную сделку, стремятся к наступлению всех предусмотренных законом последствий.[[15]](#footnote-15)

До сих пор идут споры о порядке заключения договора о покупке жилья с привлечением кредитных средств. На практике встречаются два варианта: двухсторонний договор между продавцом и покупателем, в котором покупатель указывает на источник оплаты – средства банка, полученные по кредитному договору (в нем приводятся все необходимые реквизиты, позволяющие внести сведения о залогодержателе и об условиях ипотеки в ЕГРП) Второй вариант – трехсторонний договор, в котором банк выступает полноправным участником правоотношений, прописывая свои условия кредита.[[16]](#footnote-16)

Ипотека в силу закона при приобретении жилого дома или квартиры за счет кредита банка возникает только в случае заключения и регистрации трехстороннего договора купли-продажи (сторонами являются продавец, покупатель и банк), на основании которого продавец получает плату от банка, а не от покупателя недвижимости. Если заключаются два самостоятельных договора (договор купли-продажи между продавцом и покупателем недвижимости и договор о предоставлении банком кредита покупателю), то в этом случае зарегистрированная ипотека будет не ипотекой в силу закона, а ипотекой по договору[[17]](#footnote-17).

**4. Закладная, как ценная бумага удостоверяющая ипотеку**

Кредитный договор между банком и заемщиком в целях последующего приобретения заемщиком на полученные деньги необходимого жилого помещения является одним из основополагающих в механизме правового регулирования ипотечного жилищного кредитования. Он может быть охарактеризован как договор ипотечного жилищного кредитования, который в силу специфики и содержания выступает самостоятельным подвидом кредитного договора, не предусмотренным действующим законодательством.

Основными принципами договора ипотечного жилищного кредитования являются платность, срочность, целевой характер, обеспеченность и возвратность.

Закон об ипотеке ввел в гражданский оборот новую именную ценную бумагу – закладную, которая призвана удостоверить право ее обладателя на получение исполнения по денежному обязательству, обеспеченному ипотекой .

Значение закладной состоит в том, что она позволяет упростить и ускорить оборот прав по обеспеченному ипотекой обязательству. Передача прав по закладной производится путем совершения сделки в простой письменной форме, не требующей государственной регистрации смены залогодержателя.

Закладная составляется залогодателем, а если он является третьим лицом – так же и должником по обеспеченному ипотекой обязательству. Закладная подписывается указанными лицами и вместе с договором об ипотеке, либо иными документами влекущими за собой ипотеку в силу закона, сдается в орган государственной регистрации. После регистрации закладная находится у залогодержателя.

Закладная – это новое правовое явление для института обеспечения исполнения обязательств. Основные нормы, посвященные закладной содержатся в Законе об ипотеке.

Закладная – это именная ценная бумага, удостоверяющая права ее владельца, вытекающие из двух договоров – договора об ипотеке и основного договора. Все уступки связанные с договорами полностью подчинены правилам закладной. Уступка залогодержателем своих прав по договору об ипотеке другому лицу действительна если тому же лицу уступлены права по основному обязательству, обеспечиваемому ипотекой. Если не доказано иное, то уступка прав по договору об ипотеке означает и уступку по обеспеченному ипотекой обязательству. Таким образом допускается несовпадение в одном лице должника и залогодателя и не допускается возможность несовпадения кредитора и залогодателя. По этому целесообразно, чтобы права возникающие у залогодержателя и кредитора удостоверялись одним документом – закладной. С передачей закладной производится одновременно передача прав залогодержателя и кредитора (ст. 13 Закона об ипотеке).

Закладную можно продать, заложить, перезаложить при определенных условиях, не изменяя при этом самого договора об ипотеке. Закладная не требует нотариального удостоверения, правила об усложненном порядке уступки прав к ней неприемлемы, следовательно и не требуется государственная регистрация перехода прав. Уступка прав по договору об ипотеке или обеспеченному ипотекой обязательству, права из которой удостоверены закладной не допускаются. При совершении такой сделки она признается ничтожной. Уступить права об ипотеке можно, только в случае если по нему не имеется закладной.

В соответствии со ст. 13 Закона об ипотеке права залогодержателя по обеспеченному ипотекой обязательству и по договору об ипотеке могут быть удостоверены закладной поскольку иное не установлено Законом об ипотеке.

Закладной в силу закона могут быть удостоверены права залогодержателя по ипотеке и по обеспеченному данной ипотекой обязательству, если иное не установлено Законом об ипотеке.

Таким образом держатель закладной находится в более выгодном положении, чем кредитор, исполнение обязательств перед которым не обеспечено должником. В результате условия получения кредита для должников, обязательства которых обеспечены ипотекой с выдачей закладной, более благоприятны чем для заемщиков, права которых не обеспечены ипотекой.

Составление и выдача закладной не допускается в случае если:

1) предметом ипотеки являются предприятие как имущественный комплекс, либо его право аренды;

2) ипотекой обеспечивается денежное обязательство, сумма долга по которому на момент заключения договора не определена.

Если же не смотря на данное условие закладная все же будет составлена, то условия в договоре об ипотеке о выдаче закладной признаются недействительными, а орган государственной регистрации при обнаружении подобного факта не должен выдавать закладную первоначальному залогодержателю.

Большое значение придается форме и формальным признакам закладной. Данные и условия вносимые в закладную можно разделить на две категории – обязательные (предусмотренные законом) и необязательные, которые вносятся в закладную по соглашению сторон.

Обязательные данные:

1) слово «Закладная», включенное в название документа;

2) имя залогодателя и указание места его регистрации либо наименование и местонахождение, если залогодатель юридическое лиц;.

3) имя первоначального залогодержателя и указание места его регистрации либо его наименование и указание местанахождения, если залогодержатель юридическое лицо;

4) название кредитного договора или иного денежного обязательства, исполнение которого обеспечивается ипотекой, с указанием даты и места заключения такого договора или основания возникновения обеспеченного ипотекой обязательства;

5) имя должника по обеспеченному ипотекой обязательству, если должник не является залогодателем, и сведения о документе, удостоверяющем личность должника, либо его наименование и указание места нахождения, если должник - юридическое лицо;

6) указание суммы обязательства, обеспеченной ипотекой, и размера процентов, если они подлежат уплате по этому обязательству, либо условий, позволяющих в надлежащий момент определить эту сумму и проценты;

7) указание срока уплаты суммы обязательства, обеспеченной ипотекой, а если эта сумма подлежит уплате по частям - сроков (периодичности) соответствующих платежей и размера каждого из них либо условий, позволяющих определить эти сроки и размеры платежей (план погашения долга);

8) название и достаточное для идентификации описание имущества, на которое установлена ипотека, и указание места нахождения такого имущества;

9) подтвержденную заключением оценщика денежную оценку имущества, на которое установлена ипотека;

10) наименование права, в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки, принадлежит залогодателю, и органа, зарегистрировавшего это право, с указанием номера, даты и места государственной регистрации, а если предметом ипотеки является принадлежащее залогодателю право аренды - точное название имущества, являющегося предметом аренды;

11) указание на то, что имущество, являющееся предметом ипотеки, обременено правом пожизненного пользования, аренды, сервитутом, иным правом либо не обременено никаким из подлежащих государственной регистрации прав третьих лиц на момент государственной регистрации ипотеки;

12) подпись залогодателя и, если он не является должником, также подпись должника по обеспеченному ипотекой обязательству;

13) сведения о государственной регистрации ипотеки;

14) указание даты выдачи закладной залогодержателю и даты выдачи закладной ее владельцу, если осуществлялись аннулирование закладной и составление новой закладной с указанием даты аннулирования предыдущей закладной.

При этом документ, названный "Закладная", в котором отсутствуют какие-либо данные, приведенные выше не является закладной и не подлежит выдаче первоначальному залогодержателю.

Все листы закладной составляют единое целое, они должны быть пронумерованы и скреплены печатью органа, осуществляющего государственную регистрацию права.

## 5. Прекращение залога

Действующая в настоящее время норма ст. 352 ГК РФ также содержит исчерпывающий перечень оснований прекращения залога. Однако ст.352 ГК РФ не предусматривает таких важных оснований прекращения залога как прекращение по соглашению сторон, прекращение по решению суда и прекращение в связи с переходом права собственности к залогодержателю. Что касается прекращения гражданских прав и обязанностей по решению судебных органов, ГК РФ вообще не предусматривает такой возможности.

По всей видимости, исходя из существа гражданско-правового института залога, принципа свободы договора и положений процессуальных кодексов об обязательности исполнения вступивших в законную силу судебных решений. Все-таки можно говорить о том, что залог может быть прекращен как судебным решением, так и по согласию сторон, а также переходом права собственности на заложенное имущество, однако ввиду существования неотъемлемого постановления Пленума Верховного суда РФ такой вывод нуждается в дополнительном судебном толковании.

Ряд проблем также связан с регулированием процесса реализации заложенного имущества с публичных торгов. Статья 349 ГК РФ предусматривает две формы реализации − по решению суда и на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодателя с залогодержателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания. В принципе возможность заключения соглашения о порядке обращения взыскания достаточно привлекательна для сторон, так как позволяет избежать осложнений, связанных с несовершенством судебной системы, и в наибольшей степени соблюсти интересы, как залогодержателя, так и залогодателя.

Однако ч. 1 ст.350 ГК РФ устанавливает, что реализация заложенного имущества производится с публичных торгов «в порядке, установленном процессуальным законодательством, если не установлен иной порядок». Но в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством, торги организуются судебным исполнителем и проводятся по исполнительным документам, исчерпывающий перечень которых содержится в ГПК РСФСР.

Заключение договора на торгах регулируется также статьями 447,448 ГК РФ, однако в указанных нормах прямо не указывается, что они применяются для залоговых отношений.

Не урегулирован также вопрос о том, каким актом должно формироваться право собственности залогодержателя в случае о становления последним предмета залога за собой при объявлении повторных торгов не состоявшимися.

Представляются возможными такие документы, как заявление в адрес регистрирующего органа, специального решения залогодержателя либо и то и другое.

Есть также еще одна проблема. В соответствии с ч.4 ст.350 ГК РФ, если залогодержатель не воспользуется правом оставить за собой предмет залога в течение месяца со дня объявления повторных торгов несостоявшимися, договор о залоге прекращается. Право собственности залогодержателя на недвижимость возникает только после государственной регистрации данного права (ч.2 ст.8 ГК РФ).

**Заключение**

На сегодняшний день ипотека очень актуальна и применяется для обеспечения исполнения обязательств при заключении различных договоров. Ипотека обеспечивает исполнение обязательств посредством двух функций: 1) стимулирует должника к надлежащему поведению, исполнению своих обязанностей, так как в противном случае наступают неблагоприятные для него последствия – обращение взыскания на предмет залога (стимулирующая функция);

2) при неисполнении должником своих обязанностей после реализации заложенного имущества из его стоимости кредитор получает удовлетворение (компенсационная функция).

Проведенное исследование позволяет сформулировать следующие положения относительно оснований возникновения ипотеки.

Гражданский кодекс и Закон об ипотеке предусматривают два основания ее возникновения: на основании федерального закона при наступлении указанных в нем обстоятельств и в силу договора. В большинстве случаев ипотека возникает в силу договора. К ипотеке в силу закона применяются правила о залоге, возникающем в силу договора об ипотеке, если федеральным законом не предусмотрено иное.

При заключении договора волеизъявление однозначно направлено на установление залога недвижимости. При возникновении ипотеки в силу закона возможно два варианта:

1) ипотека возникает независимо от воли сторон;

2) ипотека носит диспозитивный характер, то есть стороны имеют право предусмотреть отсутствие ипотеки, указав это в договоре.

До внесения изменений от 11.02.2002 г. не была предусмотрена государственная регистрация ипотеки в силу закона. Теперь же законная ипотека подлежит государственной регистрации.

Необходимо сказать об изменившихся требованиях к форме договора об ипотеке. Законодатель отменил обязательное нотариальное удостоверение договора, что упрощает и удешевляет процедуру его заключения. Договор ипотеки подлежит государственной регистрации, несоблюдение которой влечет недействительность договора.

Перечисленные новшества говорят о развитии законодательства об ипотеке. Оно шаг за шагом впитывает в себя изменения, продиктованные развитием рынка. За последнее время законодательство об ипотеке изменилось существенно. С момента введения в действие Закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» претерпел уже восемь редакций. Это объясняется тем, что государство стремится усовершенствовать отношения в сфере ипотечных правоотношений.

**Список литературы:**

1. Гражданский кодекс Российской Федерации по состоянию на 15 марта 2008 г., «Проспект» М. 2008

2. Федеральный закон Российской Федерации от 16 июля 1998 г. №102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)», Консультант-плюс

3. Федеральный закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. №122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» // Собрание законодательства РФ. – 28.07.1997. - № 30. – Ст.3594

4. Бабкин С.А. Возникновение ипотеки в силу закона // Нотариус. – 2002. - №1

5. Головин Ю. Ипотека: из Древней Греции в Россию // Российская Юстиция. – 1996. - №11

6. Гришаев С. Ипотека (залог недвижимости) // Закон. – 2002. - № 10

7. Журбина. Заключение договора ипотеки // Юрист. – 2005. - № 7

8. Комментарий к федеральному закону «Об ипотеке (залоге недвижимости)» / Под ред. Масевич М.Г. – Законодательство и экономика. – 1999. – №10)

9. Комментарий к федеральному закону «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (постатейный) / под ред. Зюзина В.А., Королева А.Н. – ЗАО Юстицинформ. – 2005

10. Комментарий (постатейный) к федеральному закону от 16 июля 1998 г № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» / под ред. Толкушина А.В.

11. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части второй (постатейный) / под ред. Абовой Т.Е., Кабалкина А.Ю. – «Юрайт», 2004

12. Мельникова М. Новинки ипотечного законодательства // Недвижимость и строительство Петербурга. - №38 (372), 03.10.05

13. Наумова Л. Договор ипотеки нежилых помещений // Бизнес-адвокат. – 2004. - № 4

14. Орлова М. Правовая конструкция законной ипотеки // Российская юстиция. – 2000. - № 9

15. Потяркин Д.Е. Особенности купли-продажи жилого помещения с рассрочкой платежа в г.Москва. Журнал российского права. – 2005г – №2.

16. Скловский К. Залог, арест имущества, иск как способы обеспечения прав кредитора //Российская юстиция. – 1997. - №2

1. Скловский К. Залог, арест имущества, иск как способы обеспечения прав кредитора //Российская юстиция. – 1997. - №2. – с.26 [↑](#footnote-ref-1)
2. 2 Головин Ю. Указ. соч. С.32. [↑](#footnote-ref-2)
3. Комментарий к ГК РФ / под ред. Гришаева С.П. [↑](#footnote-ref-3)
4. С.Гришаев. Ипотека (залог недвижимости). Закон – 2002. - №10, - с.39-40. [↑](#footnote-ref-4)
5. Журбина. Указ. соч [↑](#footnote-ref-5)
6. Журбина. Указ. соч [↑](#footnote-ref-6)
7. С.А.Бабкин. Возникновение ипотеки в силу закона. – Нотариус. – 2002. - № 1 [↑](#footnote-ref-7)
8. М.Орлова. Правовая конструкция законной ипотеки. – Российская юстиция. – 2000. – №9, - с.21-22 [↑](#footnote-ref-8)
9. Там же. – с. 21 [↑](#footnote-ref-9)
10. М.Орлова. Указ. соч. – с.21 [↑](#footnote-ref-10)
11. Комментарий к ФЗ об ипотеке (залоге недвижимости) / под ред Масевич М.Г. [↑](#footnote-ref-11)
12. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части второй (постатейный) / под ред. Абовой Т.Е., Кабалкина А.Ю. – «Юрайт», 2004 [↑](#footnote-ref-12)
13. Масевич. Комментарий к ФЗ об ипотеке [↑](#footnote-ref-13)
14. Д.Е.Потяркин. Особенности купли-продажи жилого помещения с рассрочкой платежа в г.Москва. Журнал российского права. – 2005. – №2. [↑](#footnote-ref-14)
15. М.Орлова. Указ. соч. - с.22 [↑](#footnote-ref-15)
16. М.Мельникова. Новинки ипотечного законодательства. Недвижимость и строительство Петербурга. - №38 (372). – 03.10.2005, - с.1 [↑](#footnote-ref-16)
17. Комментарий (постатейный) к федеральному закону от 16 июля 1998 г № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» / под ред. Толкушина А.В. [↑](#footnote-ref-17)