Введение

Что такое ипотека и зачем она нужна? В простом понимании ипотека – вид залога, а именно залога недвижимого имущества. Ипотека призвана на помощь в увеличении продаж на рынке недвижимости. Необходимо было разогреть рынок за счёт привлечения заёмных средств.

Сегодня часто можно услышать о необходимости развития в нашей стране системы ипотечного кредитования, и об этом говорят не только многие экономисты, но и политики. Подразумевается, что должны быть созданы соответствующие институты и отработаны необходимые механизмы, которые бы способствовали в полной форме реализовать возможность эффективного ипотечного кредитования. В первую очередь, необходима действующая система ипотечных кредитных институтов, банков и других ипотечных кредитных учреждений, непосредственно осуществляющих ипотечные кредитные операции, а эффективность функционирования данной системы в значительной степени зависит от уровня развития сопутствующей инфраструктуры, включающей систему регистрации, оборота в области недвижимого имущества, систему профессиональной оценки стоимости недвижимого имущества, страховые компании, а также институты, организующие деятельность на вторичном рынке ипотечных ссуд, и некоторые другие элементы.

Еще одним немаловажным принципом формирования системы ипотечного кредитования является принцип адекватного правового обеспечения осуществляемых операций. Деятельность всех элементов системы нуждается в подробной правовой регламентации, для более плодотворной деятельности. Большое значение имеет полнота законодательной базы, ее адекватность реальным экономическим процессам, взаимосвязанность, внутренняя непротиворечивость и своевременность разработки, которые должны быть развиты в полной мере.

Эффективное ипотечное кредитование в России способствовало бы значительному оживлению в инвестиционной сфере, повышению социальной стабильности в обществе, преодолению глубокого социально-экономического кризиса в целом. Да данный момент создание системы ипотечного кредитования в России находится на начальном этапе, поэтому необходимо уделять повышенное внимание изучению соответствующего зарубежного опыта, что, несомненно, позволит ускорить данный процесс, а также избежать возможных проблем и ошибок, но при этом не нужно пренебрегать особенностями нашей экономики.

ипотека заложенный имущество кредит

История и понятие ипотеки

Гражданское законодательство СССР такого понятия, как ипотека не знало. Залог, как средство обеспечения исполнения гражданско-правовых обязательств допускался (ст. 192 – 202 ГК РСФСР 1964 г., п. 1, 4 и 5 ст. 68 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31 мая 1991 г.), в принципе не исключался и залог недвижимого имущества, хотя сфера применения последнего существенно ограничивалась (ч. 1 ст. 194, ст. 101 и 104 ГК РСФСР), по крайней мере, до введения в действие вышеупомянутых Основ. Поскольку административно-командная экономика СССР и РСФСР не нуждалась в частноправовых механизмах, да и оборот недвижимости между гражданами отнюдь не поощрялся, то залог недвижимости в частности не имел широкого применения, и поэтому не был предметом детального законодательного регулирования.

Впервые понятие ипотеки появилось в нашем гражданском праве в Законе РФ от 29 мая 1992 г. «О залоге», а конкретно ипотеке была целиком посвящена гл. 2 разд. 2 этого закона, которая состояла всего из четырех коротких статей и не давала подробной регламентации связанных с ипотекой отношений. Фактически она содержала определение понятия «ипотека» (ст. 42 Закона РФ «О залоге»), нормы о нотариальном удостоверении и государственной регистрации договора об ипотеке, а также – о государственной регистрации перехода вещного права на предмет ипотеки от залогодателя к другому лицу (ст. 43 Закона РФ «О залоге»), отдельные нормы об ипотеке предприятия как имущественного комплекса (ст. 44 Закона РФ «О залоге») и не понятно сформулированную норму о праве залогодателя на досрочное исполнение основного обеспеченного ипотекой обязательства в случае, «если договор об ипотеке исключает возможность последующего залога того же предмета ипотеки» (ст. 45 Закона РФ «О залоге»). Исходя из названия разд. 2 Закона РФ «О залоге» при ипотеке не мог иметь место заклад, т.е. не допускалась передача предмета ипотеки на период действия договора об ипотеке залогодержателю. Кроме того, залог права аренды недвижимого имущества Законом РФ «О залоге» не исключался (см. разд. 4 данного законодательного акта), но ипотекой такой залог не считался. Во всем прочем, что не было оговорено нормами гл. 2 разд. 2 Закона РФ «О залоге», к ипотеке подлежали применению общие правила разд. 1 и гл. 1 разд. 2 этого же законодательного акта.

Закон РФ от 29 мая 1992 г. «О залоге» был шагом вперед по сравнению с ГК РСФСР 1964 г. и вышеупомянутыми Основами, но все же недостаточным.

ГК РФ содержит посвященный залогу § 3 главы 23, который так и называется – «Залог». Пункт 2 ст. 334 ГК РФ содержит упоминание о специальном законодательном акте, который должен регламентировать вопросы ипотеки. Понятие ипотеки, содержащееся в п. 2 ст. 334 ГК РФ шире, чем понятие ипотеки, введенное ст. 42 Закона РФ «О залоге». Понятие ипотеки по ст. 42 Закона РФ «О залоге» охватывало залог лишь непосредственно связанных с землей объектов вместе с соответствующими земельными участками или правом пользования ими. Понятие ипотеки по п. 2 ст. 334 ГК РФ, кроме того, включает залог собственно земельных участков самих по себе, а также залог не связанных непосредственно с землей объектов, причисленных к недвижимости ч. 2 п. 1 ст. 130 ГК РФ. О залоге права аренды недвижимости как о разновидности ипотеки п. 2 ст. 334 и вообще § 3 гл. 23 ГК РФ не упоминает.

Пункт 2 ст. 334 ГК РФ содержит также важную норму: общие правила о залоге, содержащиеся в ГК применяются к ипотеке в случаях, когда ГК или законом об ипотеке не установлены иные правила. Параграф 3 гл. 23 ГК РФ содержит специальные нормы об ипотеке в ч. 2 п. 1 ст. 338 (о недопустимости передачи залогодержателю недвижимого имущества, на которое установлена ипотека, на период действия договора об ипотеке), в ч. 2 п. 2 и п. 3 и 4 ст. 339 (об обязательном нотариальном удостоверении и государственной регистрации договора об ипотеке), п. 2 – 5 ст. 340 (об объекте, на который распространяются права залогодержателя при различных видах ипотеки), п. 2 ст. 352 (о регистрации прекращения ипотеки). Помимо § 3 гл. 23 ипотека упоминается в Части первой ГК РФ, в частности, еще в п. 1 ст. 131 (отдельной от регистрации договора об ипотеке как сделки) государственной регистрации. В целом Часть первая ГК РФ более подробно и на более высоком технико-юридическом уровне регламентирует общие вопросы залога по сравнению с Законом РФ «О залоге». Частью первой ГК РФ был введен также ряд частных (специальных) норм об ипотеке, однако по-настоящему детальное и конкретное правовое регулирование связанных с ипотекой отношений было отнесено на отдельный специализированный закон об ипотеке.

Особенно нужно отметить, оценивая Часть первую ГК РФ, существенное укрепление правовых позиций кредиторов по основным обеспеченным залогом обязательствам при ликвидации и банкротстве должников (см. соответственно п. 1 ст. 64 и п. 3 ст. 65 ГК РФ), кредиторы-залогодержатели получили в некоторых случаях приоритет даже перед фискальными органами, что особенно важно при повальной задолженности организаций по налогам.

Ипотека является одним из подвидов залога без передачи заложенного имущества залогодержателю.

Ипотека (гр. hypotheka – залог, заклад) – представляет собой залог недвижимости для обеспечения денежного требования кредитора-залогодержателя к должнику (залогодателю).

В нашей стране порядок осуществления ипотеки регулируется законом РФ «О залоге», основными положениями о залоге недвижимого имущества - ипотеке, а также федеральным законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

В период между вступлением в силу Закона РФ «О залоге» и введением в действие Закона «Об ипотеке» Президентом Российской Федерации неоднократно издавались нормативные правовые акты по вопросам развития ипотечного кредитования (например, ныне отмененный Указом Президента РФ от 25 января 1999 г. № 112 Указ Президента РФ от 28 февраля 1996 г. № 293 «О дополнительных мерах по развитию ипотечного кредитования»), а также нормативные правовые акты, санкционировавшие ипотеку земельных участков. Однако в отсутствие полноценной детализированной законодательной базы ни эти многочисленные и противоречивые президентские указы и распоряжения, ни издававшиеся в развитие их норм правительственные нормативные правовые акты (например, известные «Основные положения об ипотеке (залоге недвижимости)») не дали существенного импульса развитию ипотечных отношений.

Такова, если вкратце, предыстория появления Закона «Об ипотеке» и самого понятия ипотеки в том виде, в котором оно существует на данный момент.

Правовые основы ипотеки

Одним из наиболее действенных способов, побуждающих Правовые основы ипотечного кредитования заемщика выполнить обязательства по кредитному договору, является залог.

Под залогом в гражданском праве понимается право кредитора (залогодержателя) получать возмещение из стоимости заложенного имущества приоритетно перед другими кредиторами (ст. 334 ГК РФ).

Если иное не предусмотрено договором, залог обеспечивает требования в том объеме, какой оно имеет к моменту удовлетворения, включая, в частности, проценты, неустойку, возмещение убытков, причиненных просрочкой исполнения. Залог также обеспечивает возмещение необходимых расходов залогодержателя на содержание заложенной вещи и затрат по взысканию (ст. 337 ГК РФ).

Залоговые отношения регулируются следующими нормативными актами: Гражданским кодексом Российской Федерации (ГК РФ), Законом РФ «О залоге», в той части, которая не противоречит ГК РФ, Гражданским процессуальным кодексом РСФСР в части продажи жилых строений с публичных торгов и реализации имущества, Федеральным законом «Об ипотеке».

Залог возникает в силу договора, а также на основании закона или при наступлении указанных в нем обстоятельств, если в законе предусмотрено какое имущество и для исполнения какого-либо обязательства признается находящимся в залоге (ст. 35 п. 2 ГК РФ).

Залогодатель – это лицо, которое передает имущество в залог. Им может быть как сам должник, так и третье лицо. Залогодателем имущества может быть его собственник, либо лицо, имеющее на него право хозяйственного ведения. Лицо, которому имущество принадлежит на основе права хозяйственного ведения, не может заложить его без согласия собственника в случаях, предусмотренных законом (ст. 295 п. 2, ст. 335 п. 2 ГК РФ).

Залогодержатель – это лицо, которое принимает имущество в залог: им является кредитор по обязательству, обеспеченному залогом. Залогодержатель вправе пользоваться переданным ему предметом залога, если это предусмотрено договором. На него по договору может быть возложена обязанность извлекать из предмета залога доходы в целях погашения основного обязательства или в интересах залогодателя.

Предметом залога может быть движимое и недвижимое имущество, ценные бумаги, валютные ценности, товары в обороте.

Ипотекой признается залог предприятия, строения, здания, сооружения и иного объекта, непосредственно связанного с землей, вместе с соответствующим земельным участком или правом пользования им.

Залогодателем предприятия могут быть только собственники этого предприятия или носители права хозяйственного ведения (лишь с согласия собственника или уполномоченного им органа). По требованию залогодержателя предприятие-залогодатель обязано представлять ему годовой баланс.

При ипотеке предприятия залогодержатель вправе принять меры для оздоровления финансового положения предприятия-должника при неисполнении обязательства, обеспеченного ипотекой.

Договор ипотеки может содержать ограничения права залогодателя распоряжаться произведенной продукцией и основными фондами.

При обращении взыскания на находящееся в ипотеке предприятие оно продается с аукциона как единый имущественный комплекс.

Договор ипотеки обязательно должен совершаться в письменном виде. За регистрацию залога недвижимости, выдачу свидетельства о регистрации залога, а также за предоставление выписок из реестра взимается государственная пошлина.

Обязательства и требования, обеспечиваемые ипотекой

В ст. 2 Закона «Об ипотеке» приведен перечень обязательств, обеспечиваемых ипотекой. 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.

Обязательства, обеспеченные ипотекой подлежат бухгалтерскому учету кредитором и должником, в случае, если они являются юридическими лицами, в порядке, установленном законодательством РФ о бухгалтерском учете.

В п. 1 ст. 3 Закона «Об ипотеке» содержится перечень требований, которые могут обеспечиваться ипотекой:

1. Ипотека обеспечивает уплату залогодержателю основной суммы долга по кредитному договору или иному, обеспеченному ипотекой обязательству полностью, либо в части, предусмотренной договором об ипотеке.

Ипотека, установленная в обеспечение кредитного договора или договора займа с условием выплаты процентов, обеспечивает также уплату кредитору причитающихся ему процентов за пользование кредитом.

Если договором не предусмотрено иное, ипотека обеспечивает также уплату залогодержателю сумм, причитающихся ему:

1) в возмещение убытков и/или в качестве неустойки (штрафа, пени) вследствие неисполнения, просрочки исполнения или иного ненадлежащего исполнения обеспеченного ипотекой обязательства;

2) в виде процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами, предусмотренным обеспеченным ипотекой обязательством либо федеральным законом;

3) в возмещение судебных издержек и иных расходов, вызванных обращением взыскания на заложенное имущество;

4) в возмещение расходов по реализации заложенного имущества.

2. Если законом не предусмотрено иное, ипотека обеспечивает требования залогодержателя в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения за счет заложенного имущества.

3. Если в договоре об ипотеке указана общая твердая сумма требований залогодержателя, обеспеченных ипотекой, обязательства должника перед залогодержателем в части, превышающей эту сумму, не считаются обеспеченными ипотекой, за исключением требований, основанных на подпунктах 3 и 4 п. 1 настоящей статьи или статьи 4 настоящего Федерального закона.

Структура ипотечного рынка

Система ипотеки подразумевает экономическую и юридическую подсистемы (составляющие). Несмотря на ее интернациональный характер, ипотека в разных странах имеет свое место и смысл. Поэтому в каждой стране действует свое специфическое законодательство по регулированию отношений в данной сфере. Различия во многом зависят от состояния, развитости и особенностей законодательства.

С принятием Закона «Об ипотеке» создались стимулирующие законодательные предпосылки по началу формирования отечественного ипотечного рынка, а также по переводу проводимых на нем операций в практическую плоскость, и при этом в таких масштабах, как того позволяет огромный потенциал, заложенный, прежде всего, в ипотечном жилищном кредитовании.

Рассматривая общую структуру ипотечного рынка в России необходимо принимать во внимание, что инфраструктура, которая должна его обслуживать, находится еще в более худшем состоянии, чем само ипотечное дело. Например, ипотечный консалтинг пребывает в зачаточном состоянии.

Ипотечный рынок имеет двухуровневый характер, поскольку на каждом из них, благодаря специфике ипотечного жилищного кредитования, происходят своеобразные процессы. Поэтому в соответствии с ними ипотечный рынок принять делить на первичный и вторичный.

Первичный рынок ипотечных кредитов

Реализация экономических отношений участников ипотечных отношений, по существу происходит на первичном ипотечном рынке. Должники в качестве исполнения обеспечения разного рода обязательств предоставляют кредиторам в залог недвижимое имущество.

Перечень объектов, являющихся недвижимым имуществом, а также вещей, приравненных к нему, приведен в п. 1 ст. 130 ГК РФ.

В п. 1 ст. 5 Закона «Об ипотеке» установлено, что предметом ипотеки может быть недвижимое имущество по классификации ГК РФ, при наличии на него прав, зарегистрированных в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Таким образом, ипотека - это залог недвижимости, подвергнутый государственной регистрации в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

В качестве предмета ипотеки может выступать любое недвижимое имущество, которое может находиться в гражданском обороте и имеется возможность его отчуждения. В соответствии с п. 1 ст. 5 Закона «Об ипотеке» в отношении отдельных видов недвижимого имущества установлен различный правовой режим, требующий тщательного учета. Помимо этого, определение ограничения права отдавать имущество в залог по договору об ипотеке содержится в ст. 6 Закона «Об ипотеке».

В сущности, первичный рынок ипотечных кредитов - сегмент ипотечного рынка, непосредственно охватывающий всю совокупность деятельности кредиторов и должников, вступающих между собой в соответствующие обязательственные отношения, при которых должник (залогодатель) в качестве способа обеспечения обязательства предоставляет, а кредитор (залогодержатель) принимает в залог недвижимое имущество.

Этим в большинстве случаев исчерпываются потребности должника в его взаимоотношениях с ипотечной системой. В равной степени это относится и к кредиторам, если они при этом не участвуют в отношениях, прежде всего, по ипотечному жилищному кредитованию заемщиков.

В последнем случае для банка (кредитной организации) реализуется в единичном или значительном числе двусторонних отношений заемщиками и соответствующее наполнение кредитного портфеля является одной из сторон обеспечения успешной деятельности на ипотечном рынке. Другой, не менее важной, стороной деятельности банка является возобновление кредитных ресурсов, которые он был бы готов выдавать в виде новых долгосрочных ипотечных кредитов очередным заемщикам.

Для решения этой чрезвычайно актуальной задачи организуется деятельность вторичного рынка ипотечных кредитов.

Вторичный рынок ипотечных кредитов

Вторичный рынок ипотечных кредитов - сегмент ипотечного рынка, в котором происходит формирование совокупного кредитного портфеля ипотечной системы за счет трансформации персонифицированных прав по кредитным обязательствам и договорам об ипотеке (закладных) в обезличенные доходные бумаги (облигации) и размещение их среди долгосрочных инвесторов.

Таким образом, вторичный рынок является связующим звеном между инвесторами и кредиторами на первичном ипотечном рынке, обеспечивая аккумуляцию денежных средств инвесторов и направляя финансовые потоки (через выпуск облигаций и их размещение на фондовом рынке) в ипотечные кредиты. При этом важной задачей вторичного рынка является предоставление инвестору дополнительных гарантий в отношении вложенных им средств.

Предмет ипотеки

Предмет ипотеки – это объект недвижимого имущества (или право аренды объекта недвижимого имущества) на который(ое) в соответствии с условиями договора устанавливается ипотека.

Предметом ипотеки может быть недвижимое имущество, указанное в пункте 1 статьи 130 Гражданского кодекса Российской Федерации, права, на которое зарегистрированы в порядке, установленном для государственной регистрации прав на недвижимое имущество. Таковыми являются:

1) земельные участки, за исключением земельных участков, указанных в статье 63 настоящего Федерального закона ипотеке не подлежат земли, находящиеся в государственной (федеральной и субъектов РФ) или муниципальной собственности, а также земли сельскохозяйственных организаций, крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств. Кроме того, не подлежат ипотеке земельные участки в части, если эта часть меньше по площади, чем минимальный размер земельного участка соответствующего целевого назначения (такой минимальный размер устанавливается нормативными правовыми актами РФ и субъектов РФ).

2) жилые дома, квартиры и части жилых домов и квартир, состоящие из одной или нескольких изолированных комнат. Неизолированные жилые помещения предметом ипотеки быть не могут.

3) предприятия, а также здания, сооружения и иное недвижимое имущество, используемое в предпринимательской деятельности. Под предприятием подразумевается не юридическое лицо – субъект гражданского права (т. е. не государственное или муниципальное унитарное предприятие), а имущественный комплекс, предназначенный для предпринимательской деятельности – объект гражданского права (см. также ст. 132 ГК РФ).

4) дачи, садовые дома, гаражи и другие строения потребительского назначения. Под другими строениями потребительского назначения в пп. 4 п. 1 комментируемой статьи следует понимать летние кухни, времянки, сараи, конюшни для личных лошадей и т. п.

5) воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты, могут служить предметом ипотеки независимо от флага и порта приписки, но обязательно при условии совершения соответствующей сделки на территории, подпадающей под юрисдикцию Российской Федерации. Иное может быть предусмотрено специальным законодательством о таких объектах.

Здания, в том числе жилые дома и иные строения, и сооружения, непосредственно связанные с землей, могут быть предметом ипотеки при условии соблюдения правил статьи 69 Федерального закона «Об ипотеке».

Эти правила применяются к залогу незавершенного строительством недвижимого имущества, возводимого на земельном участке, отведенном для строительства в установленном законодательством Российской Федерации порядке, в том числе зданий и сооружений при условии соблюдения правил статьи 69 настоящего федерального закона.

Не может быть самостоятельным предметом ипотеки часть имущества, раздел которого в натуре невозможен без изменения его назначения (неделимая вещь). Часть неделимой вещи не может быть самостоятельным предметом ипотеки. О неделимых вещах см. также ст. 133 ГК РФ. Судебная практика, впрочем, рассматривает как неделимые вещи также разного рода коллекции и сервизы. Хотя физически коллекцию можно разделить без ущерба для составляющих ее вещей, но художественная коллекционная ценность ее при этом существенно пострадает.

Вещь, являющаяся предметом ипотеки, считается заложенной вместе с принадлежностями (статья 135 Гражданского кодекса Российской Федерации) как единое целое, если иное не предусмотрено договором.

Договор ипотеки

Договор об ипотеке является одним из традиционных гражданско-правовых договоров во всех развитых странах мира, да и в РФ (если не учитывать советское право) Естественно, что общие правила заключения гражданско-правовых договоров, которые содержатся в ст. 432 - 449 ГК РФ, применяются и к договорам об ипотеке. Вместе с тем к заключению договоров об ипотеке применяются и специальные правила, содержащиеся в Законе «Об ипотеке».

В договоре об ипотеке должны быть указаны предмет ипотеки, его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого ипотекой.

Предмет ипотеки определяется в договоре указанием его наименования. Наименование предмета ипотеки, как правило, указывается в виде родового признака соответствующего объекта недвижимости (жилой дом, квартира, производственный цех, офисное здание (контора), коровник и т. д.. Иногда же объект недвижимости имеет собственное индивидуальное наименование (стадион «Труд», гостиница «Брно», кинотеатр «Мир», и т. п.). В последнем случае в договоре об ипотеке указывается соответствующее индивидуальное наименование объекта недвижимости.

Обязательно указывать и место нахождения с достаточным для идентификации этого предмета описанием. Место нахождения являющегося предметом ипотеки объекта недвижимого имущества определяется его почтовым адресом, а при отсутствии такового (например, земельный участок, выделенный за городом) - привязкой к местности (например, земельный участок № 20 в квадрате 2 Южного массива земельных угодий садово-огородного товарищества «Урожай»).

Достаточным для идентификации предмета ипотеки описанием является набор индивидуальных признаков объекта недвижимости, достаточный для быстрой и безошибочной дифференциации этого объекта недвижимости от других подобных объектов. Вот пример полной формулировки условия о предмете ипотеки: «Одноэтажный семикомнатный кирпичный жилой дом общей площадью 100 кв. метров, жилой площадью 76 кв. метров, расположенный по адресу: 394000, г. Воронеж, ул. Иванова, 56».

Если предметом ипотеки является принадлежащее залогодателю право аренды, арендованное имущество должно быть определено в договоре об ипотеке так же, как если бы оно само являлось предметом ипотеки (т.е. пользуясь схемой вышеприведенного примера, условие о предмете ипотеки для залога права аренды должно выглядеть так: «Право аренды одноэтажного семикомнатного жилого кирпичного дома... (и далее по тексту примера)»).

Также должен быть указан срок аренды (конкретной календарной датой либо периодом времени от момента подписания договора об ипотеке). Пользуясь вышеозначенным примером, приведем образец записи о сроке аренды: «Право аренды жилого одноэтажного кирпичного дома... (далее по тексту примера)... сроком до 31 декабря 2008 года».

Нужно отметить, что ипотека может устанавливаться также и на право аренды части арендованного объекта недвижимости. В этом случае такая часть должна быть подробно конкретизирована описанием (например: «Право аренды одной комнаты имеющей жилую площадь 15,6 кв. м), жилого одноэтажного кирпичного дома (далее по тексту из предыдущего абзаца)».

Оценка предмета ипотеки определяется по соглашению залогодателя с залогодержателем с соблюдением при ипотеке земельного участка требований статьи 67 Федерального закона «Об ипотеке» и указывается в договоре об ипотеке в денежном выражении (в рублях).

При ипотеке государственного и муниципального имущества его оценка осуществляется в соответствии с требованиями, установленными федеральным законом, или в определенном им порядке. В этом случае оценка осуществляется профессиональным оценщиком в соответствии с Федеральным законом от 29 июля 1998 г.

Стороны договора об ипотеке частного (личного или корпоративного) имущества могут поручить оценку предмета ипотеки независимому профессиональному оценщику, действующему на основании вышеуказанного Федерального закона.

Вот пример указания стоимости имущества в договоре ипотеки: «Одноэтажный семикомнатный кирпичный жилой дом общей площадью 100 кв. метров, жилой площадью 76 кв. метров, расположенный по адресу: 394000, г. Воронеж, ул. Иванова, 56, оцененный по соглашению сторон в 1 150 000 (один миллион сто пятьдесят тысяч) рублей».

В договоре об ипотеке должно быть названо обязательство, обеспечиваемое ипотекой, с указанием его суммы.

Также в обязательном порядке должны быть указаны основания возникновения (например: «в соответствии с Кредитным договором № 251 от 19 февраля 2008 г., заключенным в г. Воронеже между (указываются стороны соответствующего договора»)) и сроки исполнения обязательства. В случае, если это обязательство основано на каком-либо договоре, должны быть указаны стороны этого договора, дата и место его заключения.

Нужно отметить, что в условиях инфляции и других негативных явлений многие участники гражданских правоотношений практикуют увязку размера будущих денежных обязательств с текущим официальным курсом доллара США, с размером ставки учетного процента по кредитам Центрального банка РФ и т. п.

Если сумма обеспечиваемого ипотекой денежного обязательства подлежит определению в будущем, то в договоре об ипотеке должны быть указаны порядок и другие необходимые условия ее определения (например: «Обязательство по возврату кредита в сумме 100000000 рублей и уплате процентов за пользование этим кредитом за период с 10 января по 10 декабря 2008 г., начисляемых по ставке, равной текущей ставке рефинансирования ЦБ РФ»).

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

Если права залогодержателя в соответствии со статьей 13 настоящего Федерального закона удостоверяются закладной, на это указывается в договоре об ипотеке (гл. 3 Закона «Об ипотеке» - подробнее о закладных).

В договоре об ипотеке в обязательном порядке должны быть указаны:

1) право (т. е. право собственности, в том числе, общей долевой в определенной доле или общей совместной; право хозяйственного ведения; право оперативного управления – если ипотека устанавливается на право аренды имущества, находящегося в оперативном управлении арендодателя; право аренды), в силу которого имущество, являющееся предметом ипотеки (в последнем случае – имущество, право аренды, на которое является предметом ипотеки), принадлежит залогодателю;

2) наименование органа государственной регистрации прав на недвижимое имущество, зарегистрировавшего это право залогодателя.

Нотариальное удостоверение договора ипотеки

Договор об ипотеке должен быть нотариально удостоверен и подлежит государственной регистрации. Если в договоре отсутствуют какие-либо данные, указанные в статье 9 Федерального закона, или нарушены правила пункта 4 статьи 13 Федерального закона, не подлежит нотариальному удостоверению и государственной регистрации в качестве договора об ипотеке.

Несоблюдение данной нормы влечет недействительность договора об ипотеке. Такой договор считается ничтожным.

Нотариальное удостоверение договора об ипотеке производит государственный или частный нотариус в порядке ст. 35, 36, 40,42 - 45, 53 - 55, 60 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. За нотариальное удостоверение договора об ипотеке с заявителей (т. е. со сторон договора) взыскивается государственная пошлина (государственным нотариусом) либо нотариальный сбор (частным нотариусом), причем размер такого нотариального сбора должен равняться размеру госпошлины. Размер госпошлины, взыскиваемой за нотариальное удостоверение договора об ипотеке, и составляет 1,5% от оценочной стоимости предмета ипотеки, но не менее пятидесяти процентов минимального размера оплаты труда.

Договор об ипотеке считается заключенным и вступает в силу с момента его государственной регистрации.

Государственную регистрацию договора об ипотеке (уже удостоверенного нотариально) осуществляет специальное учреждение юстиции по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Процедура государственной регистрации производится в порядке и на основании ст. 2, 4, 9, 12-18 Закона о государственной регистрации, а также в соответствии с Правилами ведения Единого государственного реестра. В этом реестре и совершаются записи, в том числе и о государственной регистрации сделок с недвижимостью.

Введенный в действие 28 января 1998 г. Федеральный закон от 21 июля 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и изданные в развитие его норм Правила ведения Единого государственного реестра прав на недвижимое имущество и сделок с ним урегулировали большинство вопросов, связанных с государственной регистрацией договора ипотеки (как сделки с недвижимостью) и собственно ипотеки (как ограничения вещного права на недвижимое имущество), а также перехода вещного права на недвижимое имущество от залогодателя к залогодержателю или иному новому собственнику.

Следует отметить, что вместо регистрации в так называемых поземельных книгах, ныне в соответствии с вышеуказанными нормативными актами производится регистрация договоров об ипотеке (а также ипотек и связанных с ними переходов вещных прав на недвижимость) в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Но с введением в действие 20 июля 1998 г. Закона «Об ипотеке» возникла необходимость внесения соответствующих изменений в вышеуказанные Закон о государственной регистрации и Правила. За эту регистрацию также берется плата.

Регистрационная запись о государственной регистрации договора об ипотеке как сделки производится в соответствии с п. 77-80 вышеуказанных Правил. Форма записи предусмотрена Приложением № 6 к этим Правилам.

Здесь следует обратить внимание на очень важный момент. Нельзя путать государственную регистрацию договора об ипотеке как сделки в порядке п. 3 ст. 339 ГК РФ с государственной регистрацией ипотеки как обременения вещного права на недвижимость в порядке п. 1 ст. 131 ГК РФ, ст. 29 Закона о государственной регистрации и гл. 4 Закона «Об ипотеке» - это две разные процедуры, хотя и взаимосвязанные. Регистрация договора об ипотеке предшествует регистрации ипотеки как обременения. Ипотека как обременение считается возникшей для залогодателя и залогодержателя с момента государственной регистрации договора об ипотеке как сделки, а для третьих лиц - с момента государственной регистрации самой ипотеки как обременения (ст. 20 Закона «Об ипотеке»).

При включении соглашения об ипотеке в кредитный или иной договор, содержащий обеспечиваемое ипотекой обязательство, в отношении формы и государственной регистрации этого договора должны быть соблюдены требования, установленные для договора об ипотеке. При этом размер нотариального сбора (или госпошлины) не должен при регистрации такого договора взиматься дважды, но если цена сделки, породившей основное обязательство, превышает оценочную стоимость предмета ипотеки, то нотариус вправе исчислить размер нотариального сбора (госпошлины) от цены сделки, породившей основное обязательство.

Этот вывод основан на том, что п. 3 ст. 421 ГК РФ предоставляет субъектам гражданских правоотношений право заключать смешанный договор как один договор.

В случае том, если в договоре об ипотеке указано, что права залогодержателя удостоверяются закладной, вместе с таким договором нотариусу представляется закладная. Нотариус делает на закладной отметку о времени и месте нотариального удостоверения договора об ипотеке, нумерует и скрепляет печатью листы закладной. Эта процедура должна соответствовать ст. 14 Федерального закона «Об ипотеке».

Государственная регистрация ипотеки

Ипотека как обременение подлежит обязательной государственной регистрации. Это осуществляется путём внесения государственным учреждением юстиции записи в единый государственный реестр. Регистрация ипотеки осуществляется по месту нахождения предмета ипотеки. Основанием является заявление залогодателя.

Документы, необходимые для государственной регистрации ипотеки:

1) доказательство уплаты регистрационного сбора (квитанция);

2) нотариально заверенный договор об ипотеке и его копия;

3) документы, которые являются приложениями к договору об ипотеке;

4) документ, который подтверждает возникновение обязательства, обеспечиваемого ипотекой;

5) закладная, если она указана в договоре об ипотеке и её копия;

6) документы – приложения к закладной.

Вся процедура государственной регистрации ипотеки, в части, не оговоренной ФЗ РФ «Об ипотеке», должна соответствовать требованиям ФЗ РФ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997 г. Если же последний противоречит закону «Об ипотеке», то применению подлежит закон «Об ипотеке», так как он принят позднее.

Отчуждение заложенного имущества

«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».

Для отчуждения заложенного по договору об ипотеке имущества залогодатель должен получить согласие залогодержателя, если иное не предусмотрено договором об ипотеке.

Под отчуждением имущества следует понимать преемство в праве на имущество, при котором вновь управомоченное лицо занимает место праводателя, а праводатель отказывается от права на имущество. Отчуждение заложенного имущества означает потерю залогодателем права собственности (хозяйственного ведения) на это имущество.

Статья 346 ГК РФ охватывает не только одно отчуждение залогодателем заложенного имущества, но и содержит диспозитивный запрет на любое распоряжение залогодателем, заложенным имуществом без согласия залогодержателя.

Вот примерный перечень юридических актов, в совершении которых залогодатель не вправе участвовать без согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено в договоре об ипотеке:

- договоры, приводящие к установлению общей собственности на заложенное имущество: договор простого товарищества, по условиям которого заложенное имущество вносится в качестве вклада в общее имущество товарищей; брачный договор, по условиям которого устанавливается режим совместной собственности в отношении имеющегося заложенного имущества, принадлежащего одному из супругов;

- договоры купли-продажи, мены, дарения заложенного имущества, аренды заложенного имущества с правом выкупа, договор ренты, по условиям которого под выплату ренты отчуждается заложенное имущество;

- соглашения об отступном, по условиям которого в качестве отступного отчуждается заложенное имущество;

- протоколы организационных собраний кооперативов и заявления о приеме в члены кооперативов, предусматривающие внесение заложенной недвижимости в паевые фонды соответствующих кооперативе;

- договоры о создании акционерных обществ, учредительные договоры хозяйственных товариществ и обществ, содержащие условие о передаче заложенного имущества в качестве вклада в имущество хозяйственного товарищества, общества,

- любые иные сделки, кроме завещания, направленные на отчуждение заложенного имущества.

Залогодатель и залогодержатель могут исключить применение данной нормы к своим отношениям, для этого достаточно включить в договор об ипотеке пункт следующего содержания: «имущество, заложенное по договору об ипотеке, может быть отчуждено залогодателем другому лицу без согласия залогодержателя».

Стороны договора об ипотеке могут также изменить содержание диспозитивной нормы п. 1 ст. 37 Закона, например, оговорить в договоре об ипотеке, что определенные сделки по отчуждению имущества могут совершаться залогодателем без согласия залогодержателя, иные - только с такого согласия.

Закон предусматривает новую, не известную ни ГК РФ, ни Закону РФ от 29 мая 1992 г. «О залоге» меру защиты права залогодержателя в случае нарушения залогодателем этого запрета. Залогодержатель вправе по своему выбору потребовать:

1) признания сделки об отчуждении заложенного имущества недействительной и применения последствий, предусмотренных статьей 167 Гражданского кодекса Российской Федерации;

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

В случае выдачи закладной отчуждение заложенного имущества допускается, если право залогодателя на это предусмотрено в закладной, с соблюдением условий, которые в ней установлены. То есть залогодатель, составивший закладную, которая была выдана первоначальному залогодержателю, может совершать отчуждение заложенного имущества только в том случае, если содержание закладной предусматривает право залогодателя на такое отчуждение. В данном случае никакого значения не имеет, содержится или не содержится положение о возможности отчуждения залогодателем заложенного имущества в договоре об ипотеке, главное, чтобы такое положение, четко сформулированное, содержалось в закладной.

В закладной могут быть установлены условия, которые должны соблюдаться при отчуждении заложенного имущества, например, условие о минимальной цене, по которой это имущество может быть реализовано, условие о форме возмездного предоставления, условие о форме и порядке платежа и т. п. Установленные в закладной условия отчуждения имущества должны быть соблюдены залогодателем.

Залогодатель вправе завещать заложенное имущество. Условия договора об ипотеке или иного соглашения, ограничивающие, это право залогодателя, ничтожны.

Условия договора об ипотеке или иного соглашения, ограничивающие права залогодателя завещать заложенное имущество, ничтожны независимо от признания их таковыми судом. Поэтому даже в случае наличия в договоре об ипотеке или в ином соглашении названных условий юридических последствий они не повлекут. В то же время наличие таких условий не повлечет недействительности прочих частей сделки (договора об ипотеке), если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части.

Залогодатель-гражданин в любом случае может распорядиться заложенным имуществом путем совершения односторонней сделки - завещания.

Отметим, что поскольку право залога обладает таким свойством, как право следования, интересы залогодержателя будут соблюдены и в случае отчуждения заложенного имущества по завещанию.

Все упомянутые в данном параграфе нормы подлежит применению также при обременении ипотекой права аренды недвижимого имущества, поэтому арендатор-залогодатель не вправе без согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено договором об ипотеке, передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу. В случае выдачи при ипотеке права аренды закладной перенаем допускается, если право залогодателя на это предусмотрено в закладной, с соблюдением условий, которые в ней установлены.

Сохранение ипотеки при переходе прав на заложенное имущество к другому лицу

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.

Замены должника по обеспеченному залогом обязательству указанный переход не влечет.

Однако по соглашению с залогодержателем новый залогодатель может быть освобожден от какой-либо из этих обязанностей. Такое соглашение необязательно для последующих приобретателей закладной, если оно не удостоверено нотариально.

Если имущество, заложенное по договору об ипотеке, перешло по указанным выше основаниям к нескольким лицам, каждый из правопреемников первоначального залогодателя несет вытекающие из отношений ипотеки последствия неисполнения обеспеченного ипотекой обязательства. При этом эти последствия распределяются соразмерно перешедшей к нему части заложенного имущества. Если предмет ипотеки неделим или по иным основаниям поступает в общую собственность правопреемников залогодателя, правопреемники становятся солидарными залогодателями.

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.

Закладная

Вступившим в действие 22 июля 1998 года Федеральным законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в гражданский и коммерческий оборот введен новый вид ценных бумаг – закладные. Названный Федеральный закон содержит специальные правила составления и выдачи (выпуска в обращение) закладных, отчуждения прав по ним, исполнения удостоверенных закладными обязательств.

Профессиональный участник рынка ценных бумаг осуществляет операции с закладными с учетом требований, установленных Федеральным законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

Правила нормативных актов Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг, регулирующих осуществление операций на рынке ценных бумаг, могут применяться по отношению к операциям с закладными лишь при условии, что это не противоречит установленным Федеральным законом «Об ипотеке (залоге недвижимости)» существенным характеристикам закладной и содержанию удостоверяемых ею прав.

Закладные могут использоваться в качестве базового актива с целью выпуска их собственником или доверительным управляющим иных ценных бумаг в порядке и на условиях, устанавливаемых Федеральной комиссией по рынку ценных бумаг. Исходя из содержания правил статей 13 и 14 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», закладная не является эмиссионной ценной бумагой.

Выдача одним лицом двух или более закладных не является их выпуском, не подлежит государственной регистрации в соответствии с правилами Федерального закона «О рынке ценных бумаг».

В соответствии с Федеральным законом «Об ипотеке» закладная составляется, выдается и обращается в форме письменного документа. Права на закладную не могут быть удостоверены ее сертификатом.

Отчуждение имущественных прав, удостоверяемых закладной, осуществляется путем составления на самой закладной передаточной надписи и, фактического вручения закладной ее продавцом покупателю (приобретателю прав).

Передаточная надпись на закладной оформляет собой состоявшуюся уступку права требования по закладной с наступлением последствий, предусмотренных пунктом 2 статьи 146 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Реестровый учет владельцев закладных не ведется.

Лицо, выдавшее две или более закладных, может открывать и вести для собственных целей учет владельцев выданных им закладных. Записи, содержащиеся в таком учете, не могут использоваться для удостоверения прав на закладные.

Брокерская деятельность на рынке закладных может осуществляться на основании заключенного между брокером и его клиентом договора поручения или комиссии.

Договор, заключенный между брокером и его клиентом, может предусматривать право брокера самостоятельно составлять от имени клиента передаточные надписи на отчуждаемых клиентом закладных в пользу их приобретателей.

При исполнении поручений клиента на приобретение закладной брокер с целью избежания претензий со стороны клиента и на основании заключенного им с клиентом договора может осуществлять проверку приобретаемых в собственность клиента закладных на соответствие их формы и содержания, а также формы и содержания, составленных на закладных передаточных надписей требованиям Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», а также, в случае приобретения закладной в совокупности с прилагаемыми к ней кредитным договором, договором ипотеки и иными документами, осуществлять проверку их формы и содержания требованиям Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», Федерального закона «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», иных законов и правовых актов Российской Федерации.

К высокорискованным закладным, в частности, могут относиться следующие:

1) закладные, по которым залогодателями и должниками по обеспеченным ипотекой обязательствам выступают различные лица, за исключением случаев, когда в качестве залогодателей недвижимого имущества выступают Российская Федерация, субъекты Российской федерации и муниципальные образования;

2) закладные, залогом недвижимого имущества по которым обеспечены не обязательства по возврату полученных кредитов (займов), но иные гражданско-правовые обязательства;

3) закладные, законными владельцами и отчуждателями которых являются физические лица;

4) закладные, в качестве первоначальных законных владельцев которых указаны физические лица;

5) закладные, в качестве первоначальных законных владельцев которых указаны юридические лица, которым законодательством Российской Федерации не предоставлено право осуществлять ипотечное кредитование;

6) закладные в отсутствие приложенных к ним договоров кредита и ипотеки, форма и содержание которых соответствуют требованиям гражданского законодательства Российской Федерации, а также законодательства о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним;

7) закладные, недвижимое имущество по которым принадлежит залогодателям на праве хозяйственного ведения;

8) закладные, недвижимое имущество по которым хотя и принадлежит залогодателям на праве собственности, но может являться предметом гражданско-правовых сделок только с согласия третьих лиц, в том числе с согласия уполномоченных государственных органов или органов местного самоуправления;

9) закладные, по которым заложенным является право аренды или иное право владения и пользования недвижимым имуществом;

10) закладные, по которым заложенными являются воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания;

11) закладные, недвижимое имущество по которым находится в совместной (общей или долевой) собственности двух или более залогодателей;

12) закладные на жилые помещения (квартиры, индивидуальные жилые дома) без приложенных к ним справок о характеристике жилой площади, справок о количестве и составе зарегистрированных (прописанных) на жилой площади лиц, оформленных в надлежащем порядке документов о землеотводе, планов земельных участков, пообъектных выписок из реестров регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

Ипотека жилых домов и квартир

В главе XIII ФЗ «Об ипотеке» закреплены правила залога жилых домов и квартир. Нормы этой главы распространяются на предназначенные для постоянного проживания индивидуальные и многоквартирные жилые дома и квартиры, принадлежащие на праве собственности гражданам и юридическим лицам. Не допускается ипотека индивидуальных и многоквартирных жилых домов и квартир, находящихся в государственной или муниципальной собственности. Этот императивный запрет прямо прописан в ФЗ «Об ипотеке».

Что касается гостиниц, домов отдыха, дач, иных строений, которые не предназначены для постоянного проживания, то они могут быть преданы в залог на общих основаниях, правила о залоге жилых домов и квартир к ним не относятся. Если в залог передается часть жилого дома или квартиры, которые состоят из одной или нескольких изолированных комнат, применяются правила об ипотеке жилого дома или квартиры. Критерий изолированности комнат(ы) определяется возможностью её эксплуатации в режиме самостоятельного жилища(обязателен, к примеру выход в коридор или на лестничную площадку, либо непосредственно на улицу, но отнюдь не в другое жилое помещение, - или хотя бы техническая возможность обустройства соответствующего самостоятельного выхода).

Договор об ипотеке, объект которого – жилое помещение, принадлежащее малолетним либо лицам, признанным судом недееспособным вследствие психического расстройства, заключается опекуном. Несовершеннолетние граждане в возрасте от 14 до 18 лет и признанные судом ограниченно дееспособными вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами вправе заключать договор об ипотеке лишь с письменного согласия своих попечителей. Предварительным условием для заключения договора ипотеки опекуном либо для согласия на его заключение попечителем является разрешение органа опеки и попечительства (ч.1 п.2 ст.37 ГК РФ).

Согласно ст.75 ФЗ «Об ипотеке» при ипотеке квартиры в многоквартирном жилом доме, в котором общие помещения, несущие конструкции и др. оборудование, обслуживающие больше одной квартиры, в силу п.1 ст. 290 ГК РФ находится в общей долевой собственности залогодателя и других лиц, заложенной наряду с жилым помещением считается соответствующая доля в праве общей долевой собственности на жилой дом. Наличие указанного правила обусловлено тем, что доля собственников квартир на общее имущество многоквартирного дома не может быть самостоятельным предметом сделки. Она в этом смысле может рассматриваться как принадлежность к главной вещи, поэтому законодатель установил одновременный залог жилого помещения и соответствующей доли в праве общей собственности на жилой дом.

При предоставлении кредита для сооружения жилого дома договором об ипотеке может быть предусмотрено обеспечение обязательства объектом незавершенного строительства и принадлежащими залогодателю материалами и оборудованием, которые заготовлены для строительства (ст. 76 ФЗ об ипотеке). Указанная статья конкретизирует п. 2 ст. 5 этого же Федерального закона, допускающего залог не завершенного строительством недвижимого имущества.

Ипотека незавершенным строительством жилых домов допускается лишь в случае предоставления кредита для сооружения жилого дома. Другими словами, речь идет только о целевом использовании заемных средств в соответствии с правилами ст. 814 ГК РФ.

Нецелевое использование заемных средств, а также непредставление заимодавцу возможности осуществлять контроль за использованием средств по назначению дают возможность последнему право требовать досрочного возврата суммы займа и уплаты причитающихся процентов. Ст. 76 ФЗ «Об ипотеке» предусматривает возможность заключения смешанного договора (п.3 ст.421 ГК РФ), включающего элементы ипотеки (залог незавершенного строительством объекта недвижимого имущества – жилого дома) и обычного залога (залог стройматериалов и строительного оборудования).

Однако при залоге строящегося дома необходимо помнить правила ГК, посвященные регулированию ипотеки в ситуации, когда приходится решать вопрос о соотношениях залога земельного участка с залогом строений на нем (п. 3 ст. 340 ГК РФ). Правило заключается в том, что ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором они находятся, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части. Таким образом, исключается возможность заложить здание или сооружение, находящееся «в воздухе». Если все же это произойдет, соответствующий договор залога будет являться недействительным. В тех случаях, когда залогодатель не является собственником или арендатором земельного участка, на котором расположено здание или сооружение, составляющее предмет ипотеки, он вправе заложить только здание. Такой договор является действительным (см. п.44 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ № 6/8).

ГК РФ (п. 6 ст.340) предусматривает, что предметом договора залога может быть имущество и имущественные права, которые залогодатель приобретет в будущем. В такой ситуации право залога возникает с момента приобретения залогодателем имущества, залогом которого обеспечивается основное обязательство. Данное положение находит свое развитие в Законе об ипотеке. В том случае, когда банковский кредит обеспечивается ипотекой жилого помещения (жилого дома, квартиры), которое построено либо приобретено за счет сумм кредита, обеспечение осуществляется не в соответствии с договором, а на основании закона (ст. 77 Закона об ипотеке).

Ипотека вступает в силу с момента государственной регистрации права собственности заемщика на жилой дом или квартиру, которые служит объектом обеспечения. Представляется, что с момента возникновения права собственности заемщика на объект ипотеки залогодержателю предоставлено право требовать регистрации ипотеки с целью обеспечения режима обременения

Кроме того, ст. 77 Закона об ипотеке защищает права несовершеннолетних: если у органов опеки и попечительства отсутствуют основания для признания того, что права или интересы несовершеннолетних, недееспособных, ограниченно дееспособных не нарушаются, то органы опеки и попечительства вправе дать согласие законным представителям несовершеннолетних, недееспособных или ограниченно дееспособных членов семьи собственника жилого помещения, в котором проживают указанные лица, на отчуждение или на передачу в ипотеку этого жилого помещения в случае.

Решение органов опеки и попечительства о даче согласия должно быть представлено заявителю в письменной форме не позднее 30 календарных дней с даты подачи заявления.

Отказ в даче согласия должен быть мотивирован. Заявитель вправе оспорить решение органов опеки и попечительства в суде.

Статья 78 Закона об ипотеке, регулирующая порядок обращения взыскания на заложенное имущество, претерпела значительные изменения в силу внесений поправок в Федеральный Закон «Об ипотеке».

Существенно изменены нормы, касающиеся обращения взыскания на заложенный жилой дом или квартиру. Ранее обращение залогодержателем взыскания не являлось основанием для выселения совместно проживающих в этом помещении залогодателя и членов его семьи. Теперь это возможно при условии, что данный жилой дом или квартира были заложены по договору об ипотеке в обеспечение возврата кредитных средств, предоставленных на приобретение или строительство этого жилого дома или квартиры. Обращение взыскания на заложенный жилой дом или квартиру возможно как в судебном, так и во внесудебном порядке.

Таким образом, решена проблема с умышленным ухудшением залогодателем и члена его семьи собственных жилищных условий с целью избежания выселения, так как единственность места проживания и пригодность его для проживания теперь не являются основаниями для невыселения.

Ипотека земельных участков

По договору об ипотеке могут быть заложены земельные участки, находящиеся в собственности граждан, их объединений, юридических лиц и предоставленные для садоводства, животноводства, индивидуального жилищного, дачного и гаражного строительства, приусадебные земельные участки личного подсобного хозяйства и земельные участки, занятые зданиями, строениями или сооружениями, в размере, необходимом для их хозяйственного обслуживания (функционального обеспечения).

Если имеет место общая долевая или совместная собственность на земельные участки, указанные выше, 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.

Земельные участки, не подлежащие ипотеке

Вот перечень видов земельных участков, ипотека которых запрещена (ст. 336 ГК РФ). В указанный перечень входят:

а) земельные участки, находящиеся в государственной (федеральной или субъекта Российской Федерации) либо муниципальной собственности;

б) земельные участки (земельные угодья) сельскохозяйственного назначения, находящиеся во владении сельскохозяйственных организаций (хозяйственных обществ и товариществ, а равно сельскохозяйственных кооперативов);

в) земельные участки (земельные угодья) сельскохозяйственного назначения, находящиеся во владении крестьянских (фермерских) хозяйств;

г) полевые земельные участки личных подсобных хозяйств.

Не допускается 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.

Обременённая ипотекой недвижимость должна оставаться во владении и пользовании у залогодателя. Залогодатель лишается лишь права распоряжения соответствующим недвижимым имуществом (продавать, дарить, менять и др.) без согласия залогодержателя (ст. 37 Закона «Об ипотеке»), да и то, если иное не предусмотрено договором об ипотеке.

Впрочем, залогодатель вправе, по общему правилу, предоставлять заложенное имущество в пользование третьим лицам с соблюдением условий о сроке пользования и назначении использования соответствующего имущества.

Норма о запрете передачи предмета ипотеки является императивной, а все сделки, заключенные между залогодателем и залогодержателем, содержащие условия об ином, - ничтожны в части таких условий в соответствии со ст. 168 ГК РФ.

Существует общее правило, согласно которому залог (ипотека), возникающий непосредственно на основании федерального закона или в установленном таким законом порядке, регулируется общими нормами о договорном залоге (ипотеке), поскольку федеральным законом не предусмотрено иное. Возникновение залога недвижимости в силу закона предусмотрено, помимо ст. 77 Закона «Об ипотеке», в частности, п. 1 ст. 587 ГК РФ.

Пункт 3 статьи 1 Закона «Об ипотеке» вслед за п. 2 ст. 334 ГК РФ подтверждает применительно к ипотеке известную юридическую презумпции приоритета специальных норм над общими. При отсутствии специальных норм об ипотеке применению подлежат общие нормы ст. 334 - 358 ГК РФ о залоге.

Правовые основы ипотеки земли

Согласно Закону «Об ипотеке (залоге недвижимости)» предметом ипотеки могут быть земельные участки, находящиеся в собственности граждан, их объединений, юридических лиц и предоставленные для садоводства, животноводства, индивидуального жилищного, дачного и гаражного строительства, приусадебные земельные участки, занятые зданиями, строениями или сооружениями, в размере, необходимом для их хозяйственного обслуживания.

При общей долевой или совместной собственности на вышеперечисленные 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 подлежат ипотеке земли, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, а также земли сельскохозяйственных угодий из состава земель сельскохозяйственных организаций, крестьянских (фермерских) хозяйств и полевых земельных участков личных подсобных хозяйств. Также не допускается ипотека части земельного участка, площадь которой меньше минимального размера, установленного нормативными актами субъектов РФ и нормативными актами органов местного самоуправления для земель различного целевого назначения и разрешенного использования.

По общему правилу залог сельхозугодий запрещен, однако, есть три исключения. Во-первых, могут быть заложены сельхозугодия несельскохозяйственных организаций, принадлежащие им на праве собственности.

Во-вторых, могут быть заложены по договору об ипотеке садовые, огородные земельные участки и приусадебные земельные участки личных подсобных хозяйств граждан.

Сельскохозяйственной организацией признается коммерческая организация, более 50% дохода которой из хозяйственной деятельности по производству сельхозпродукции.

Крестьянское (фермерское) хозяйство с правовой точки зрения представляет собой в настоящее время особую форму предпринимательской деятельности индивидуального предпринимателя - главы такого хозяйства. Остальные (кроме главы) участники крестьянского (фермерского) хозяйства рассматриваются как наемные работники. В состав земель крестьянского (фермерского) хозяйства входят:

1) земельный надел, принадлежащий главе хозяйства на праве собственности или пожизненного наследуемого владения;

2) земельные наделы членов хозяйства, принадлежащие им на праве собственности или пожизненного наследуемого владения;

3) земельные участки, принадлежащие вышеперечисленным лицам на праве постоянного пользования;

4) арендованные или взятые в безвозмездное срочное пользование у иных лиц и органов земельные участки.

При установлении ипотеки на находящееся в государственной (федеральной или субъекта РФ) либо муниципальной собственности здание, строение или сооружение - земельный участок под таким объектом обременяется ипотекой согласно ст. 69 Закону «Об ипотеке (залога недвижимости)». Однако это является исключением из правил.

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. На эти здания и сооружения не распространяется право залога, и залогодатель может распоряжаться ими.

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.

Если ипотека установлена на земельный участок, на котором находится здание или сооружение, принадлежащее не залогодателю, а другому лицу, при обращении залогодержателем взыскания на этот участок и его реализации к приобретателю участка переходят права и обязанности, которые в отношении этого лица имел залогодатель как владелец участка.

Оценка земельного участка не может быть установлена в договоре об ипотеке ниже его нормативной цены.

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.

Ипотека нового строительства

Актуальность ипотечного кредитования заключается в способности решить социальные проблемы многих россиян. Наличие собственного жилья вносит в жизнь людей элемент благополучия и стабильности, и очень важно, по мнению социологов, чтобы жилье появлялось как можно раньше, а не после десятилетних ожиданий. В этом отношении альтернативы ипотечному жилищному кредитованию не существует.

В свою очередь, ипотечные кредиты помогают коммерческому банку диверсифицировать свою клиентскую базу, привлечь депозиты и найти источники доходов, дополняющие и компенсирующие риск по кредитам и депозитам предпринимательских фирм.

Ипотечное кредитование – это предоставление частным лицам долгосрочных кредитов на покупку жилья под залог самого приобретаемого жилья.

Согласно «Временному положению о финансировании и кредитовании капитального строительства на территории Российской Федерации» инвесторами, осуществляющими вложение собственных, заемных и привлеченных средств в создание и воспроизводство фондов в форме капитальных вложений, могут быть:

- органы, уполномоченные управлять государственным и муниципальным имуществом или имущественными правами;

- организации и предприятия, предпринимательские объединения, общественные организации и другие юридические лица всех форм собственности;

- международные организации, иностранные юридические лица;

- физические лица (граждане Российской Федерации и иностранные граждане).

Заказчиками (застройщиками) могут быть инвесторы, а также иные физические и юридические лица, уполномоченные инвесторами осуществлять реализацию инвестиционных проектов по строительству.

Положение распространяется на финансирование и кредитование: нового строительства; расширения, реконструкции, технического перевооружения действующих предприятий; предпроектных и проектных работ, а также приобретения, не требующего монтажа и не входящего в сметы строек оборудования, производственного инвентаря, приспособлений.

Источниками финансирования капитальных вложений могут быть:

- собственные финансовые ресурсы и внутрихозяйственные финансовые резервы инвестора (прибыль, амортизационные отчисления, денежные накопления и сбережения граждан и юридических лиц);

- средства, выплачиваемые органами страхования в виде возмещения потерь от аварий, стихийных бедствий, и другие средства;

- заемные финансовые средства инвестора или переданные им средства (облигационные займы и др.);

- привлеченные финансовые средства инвестора (средства от продажи акций, паевые и иные взносы членов трудового коллектива, граждан, юридических лиц);

- финансовые средства, централизуемые объединениями (союзами) предприятий в установленном порядке;

- средства внебюджетных фондов;

- средства федерального бюджета, предоставленные на безвозвратной и возвратной основе; средства бюджетов субъектов РФ;

- средства иностранных инвесторов.

Финансирование капитальных вложений по стройкам и объектам может осуществляться за счет как одного, так и нескольких источников.

Необходимо учитывать стремительный технический прогресс, поскольку вновь создаваемый или реконструированный объект может оказаться устаревшим. Следовательно, банк может предоставлять кредит на срок не более 10 – 15 лет.

Особенности ипотеки предприятий

Предметом ипотеки предприятия является предприятие в целом как единый имущественный комплекс. В состав заложенного имущества предприятия входят все принадлежащие ему как юридическому лицу на праве собственности или полного хозяйственного ведения материальные и нематериальные активы, в том числе здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, готовая продукция, права требования, патенты и другие исключительные права, а также долги предприятия.

В составе заложенного имущества предприятия включаются: полученные доходы; приобретенное им имущество; произведенные залогодателем улучшения имущества, а также приобретенные предприятием долги в период ипотеки. Договор о залоге предприятия может распространяться как на все его активы, так и на часть активов баланса.

Передача предприятия в ипотеку допускается при наличии согласия собственника имущества предприятия или уполномоченного им органа либо на основании решения органа, уполномоченного учредительными документами предприятия. Договор ипотеки предприятия, заключенный с нарушением этого требования, недействителен.

Ипотекой предприятия может быть обеспечено денежное обстоятельство, сумма которого составляет не менее половины стоимости активов предприятия.

Не допускается передача в ипотеку предприятия, в отношении которого возбуждено дело о банкротстве либо принято решение о ликвидации или реорганизации.

Ипотекой предприятия обеспечивается денежное обязательство, подлежащее исполнению не ранее чем через год после заключения договора ипотеки.

Состав имущества, передаваемого в ипотеку предприятия, и оценка его стоимости определяются на основе полной инвентаризации имущества предприятия. Акт инвентаризации, бухгалтерской баланс и заключение независимого аудитора о составе и стоимости имущества предприятия являются обязательными приложениями к закладной.

Залогодатель вправе продавать, обменивать, сдавать в аренду, предоставлять взаймы и иным образом распоряжаться имуществом, вносить изменения в состав имущества предприятия, переданного в ипотеку, если это не влечет уменьшения общей стоимости его активов, указанной в закладной, и не нарушает других условий договора ипотеки.

Ипотекой предприятия обеспечиваются главным образом долгосрочные инвестиционные кредиты. Поэтому залогодержатель вправе принять меры по оздоровлению финансового положения предприятия.

Рефинансирование путем эмиссии ипотечных ценных бумаг

Данный метод был впервые применен в США, где и является в настоящее время доминирующим. Процесс рефинансирования ипотечных ссуд путем эмиссии ценных бумаг, обеспеченных пулом закладных, в США получил название секъюритизации. Механизм секьюритизации предполагает, как правило, разграничение функций ипотечного кредитора и эмитента ценных бумаг. Первичный кредитор продает принадлежащие ему обязательства по ипотечным ссудам специализированной организации, которая занимается аккумуляцией ресурсов для ипотечного кредитования путем выпуска ипотечных финансовых инструментов, имеющих коллективную гарантию.

Данной организацией проводится так называемое укрепление кредита – дополнительное обеспечение эмиссии. Наиболее распространенным способом укрепления кредита является создание пула закладных (портфеля однородных кредитов). Созданный пул ипотечных кредитов подвергается котировке. На его основе осуществляется структурирование новых финансовых инструментов - ценных бумаг, обеспеченных пулом закладных.

Для повышения надежности данных ценных бумаг институтами, управляющими потоками платежей в счет погашения ипотечных ссуд, создаются резервные фонды. Кроме того, практикуется вовлечение в процесс секьюритизации страховых компаний, которые в случае невыполнения заемщиками обязательств по кредитам осуществляют необходимые выплаты инвесторам. В большинстве стран в организации процесса секьюритизации активное участие принимает государство.

В последнее время в России предпринимаются попытки развития ипотечных программ. Основной проблемой, вызывающей трудности при осуществлении ипотечных программ, в настоящее время является отсутствие реальных возможностей формирования собственных средств агентств за счет государственных ресурсов (в условиях бюджетного дефицита), а также сложность получения зарубежных кредитов.

Августовский кризис привел к существенному ухудшению социально-экономической ситуации в России, что, несомненно, затормозит практическую реализацию программ развития ипотечного кредитования в России. Но, как показывает изучение и анализ опыта развитых стран, в частности США и Германии, возможности формирования системы ипотечного кредитования существуют и в кризисных условиях.

Заключение

В настоящее время ипотека вызывает много разноречивых мнений. Одни утверждают, что при нынешнем уровне жизни этот способ решения жилищной проблемы еще долго останется непопулярным. Другие – что ипотека пришла в нашу страну как раз вовремя. А между тем существующие в стране программы развития ипотеки не работают, да и доверия у населения эти программы вызывают не много.

Развитие ипотечного кредитования в нашей стране способствовало бы оживлению в инвестиционной сфере, повышению социальной стабильности в обществе, преодолению глубокого социально-экономического кризиса в целом. С другой стороны этот финансово-экономический кризис затрудняет создание в России национальной системы ипотечного кредитования. Но если условия ипотечного кредитования будут приспособлены к платежеспособному спросу населения, а источником финансирования ипотечных кредитов станут дополнительные доходы бюджета, возникающие в результате подъема жилищного строительства, то развитие и становление системы ипотечного кредитования возможно и в условиях экономической нестабильности.

Во-первых, ипотечное кредитование в условиях переходной экономики нужно ориентировать в первую очередь на категории населения, которые нуждаются в небольшом ипотечном кредите. Это позволит при ограниченных ресурсах обеспечить кредитами максимальное число заемщиков. Доля населения, нуждающегося в небольших ипотечных кредитах, - значительная и составляет не менее половины желающих улучшить свои жилищные условия.

Во-вторых, для тех граждан, у которых нет достаточных собственных сбережений в денежной форме, это ограничение преодолевается за счет оплаты ими части нового жилья старым жильем. Граждане, получающие в установленном порядке жилищные субсидии и жилищные сертификаты, могут использовать их для оплаты части стоимости жилья в дополнение к собственным средствам и ипотечному кредиту.

В-третьих, условия ипотечного кредитования должны соответствовать доходам основной части населения, номинироваться в рублях, выдаваться на срок до 10 – 15 лет, иметь низкую процентную ставку (7 – 10 % годовых). Такие условия, как показал опыт, даже при весьма малой доле кредита (10 – 20 %) становятся сильным стимулом для принятия населением решения о покупке жилья, обеспечивая мобилизацию собственных средств. По мере роста доходов населения и улучшения финансово-экономической ситуации условия кредитования постепенно будут приближаться к условиям финансового рынка.

В-четвертых, практический опыт подтверждает, что даже при 10 – 20 % ипотечного кредитования в покупке жилья значительно увеличивается спрос на жилье. Это приводит, в конечном итоге, к эффекту мультипликации налогов. Возникающие дополнительные налоги превышают объем кредитования, вызвавший такой доход бюджета.

В-пятых, поскольку ипотечное кредитование создает дополнительные доходы бюджета, то они могут служить одним из источников финансирования ипотечного кредитования вместе с внебюджетными источниками финансирования жилья, которые имеются в каждом регионе и городе. Далее система становится самодостаточной и может расширяться за счет других источников финансирования, в том числе заемных средств финансовых институтов.

В любом случае в России ипотека предназначена для категории людей имеющих постоянно высокий стабильный доход. В Российской федерации более 55 % населения не имеет даже среднего уровня доходов, не говоря уже о стабильности; около 15 % населения покупают недвижимость без привлечения заёмных средств; и только 20 – 25 % (это средний класс) имеют возможность оформить ипотеку и расплатиться за неё в срок или досрочно полностью.

Библиографический список

1. Положение о порядке государственной поддержки граждан в строительстве, достройке, реконструкции и приобретении жилья в омской области (Приложение к Указу Губернатора Омской области от 4 августа 2003 г. № 139).
2. Закон «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (с изм. от 09.11.2001; 11.02.2002, 24.12.2002; 05.02.2004, 29.06.2004). Федеральный закон от 16 июля 1998 года № 102 – ФЗ.
3. Закон «Об ипотечных ценных бумагах» (с изменениями от 29.12.2004 г., 27.07.2006 г.). Федеральный закон от 11 ноября 2003 г. № 152-ФЗ.
4. Закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» (с изм. от 13.05.2008 г.). Федеральный закон от 16 июня 1997 года № 122 – ФЗ.
5. Материалы сайта ОАО «Омская региональная ипотечная корпорация». www.ipotekaomsk.ru.