**Виды залога в немецком и английском праве**

Ерёмичев Николай Евгеньевич, аспирант кафедры Международного частного права, Московской государственной юридической академии

1. В германской правовой доктрине и законодательстве право залога прочно осело в среде вещных прав [1]. В отличие от России [2] перечень вещных прав в ФРГ является закрытым [3].

Регулированию вещных прав в Германии полностью посвящена книга третья Германского гражданского уложения. Кроме права собственности в ней предусмотрено большое количество ограниченных вещных прав, среди которых наследственное право застройки (раздел четвертый ГГУ), сервитуты (раздел пятый ГГУ, в котором регулируются земельные сервитуты, узуфрукты на права и имущество и ограниченные личные сервитуты), преимущественное право покупки (раздел шестой ГГУ), вещные обременения (раздел седьмой ГГУ), поземельный и рентный долги (раздел восьмой ГГУ) и, наконец, залог (Pfandrecht) и ипотека (Hypothek) движимых вещей и прав (девятый раздел ГГУ) помещаются в числе ограниченных вещных прав [4], как права использования имущества и иные обеспечивающие права. Поэтому подобные вещные отягощения имущества признаются также абсолютными и обладают аналогичной защитой [5], как то к ним применимы виндикационный (§985 ГГУ) и негаторный (§1004 ГГУ) иски. Залогодержатель же, не будучи собственником вещи, может отказаться удовлетворять виндикационный иск в отношении вещи, находящейся в его владении (§986 ГГУ). Объектами залогового права в Германии могут быть как движимые вещи (§§1204-1258 ГГУ), так и права (§§1273-1296 ГГУ), в свою очередь подразделяемые на вещные, права из обязательств, ценные бумаги, и недвижимость (§§1113-1190 ГГУ). Вещное право ФРГ согласно принципу определенности предполагает возможность распоряжения только индивидуально определенными вещами, поэтому в отличие от Российского, «передача предприятия в залог в целом в германском праве не допускается» [6]. Залоговое отягощение земельных участков выражается, как правило, в виде Renteschuld - обязательства владельца выплатить определенную сумму в погашение долга. В практике наибольшее распространение имеют именно залоговые обязательства в отношении недвижимости [7], в виду её наибольшей стабильности.

2. В отношении залога движимого имущества в Германии возможна лишь одна форма залога (Faustpfand) с передачей вещи залогодержателю (используя традиционное русское наименование – заклад, §1204-1259 ГГУ). Кредитор гарантирован от неисполнения должником за счет стоимости заложенной вещи путем продажи её с публичных торгов или по текущим ценам (предметы, находящееся в обороте). В силу обязательности передачи вещи (§1205 ГГУ) кредитору (согласно §868 ГГУ соглашение об вступления во владение вещью недопустимо) заклад не имеет широкого применения, тем более в предпринимательских отношениях. Германское право допускает заклад без обязательной передачи вещи только в отношении судов (§1260-1265 ГГУ), но залог должен быть обязательно занесен в судовой реестр. §1204 ГГУ допускает право залога в отношении не только вещей и имущественных прав, но и в отношении будущих или условных требований. Определенной обязательной формы для договора залога немецким законом не установлено [8].

Залоговые права могут возникать из договора, путем наложения имущественного ареста (§803 ГПУ) и из оснований, закрепленных в законе. Причем последние содержатся не только в ГГУ, но и в ГТУ [9]. Помимо комиссионера правом залога в отношении имущества должника обладают хозяин гостиницы (на внесенные внутрь гостиницы вещи - §704 ГГУ), арендодатель и наймодатель (на внесенные на территорию участка вещи - §559 ГГУ). Основным критерием выступает исполнение обязательства указанной категорией лиц до соответствующей оплаты, что отводит им роль кредиторов, а их клиента – роль должников в обязательстве. Между тем основания залога, закрепленные в ГГУ, имеют непосредственное отношение и к международному частному праву, поскольку участниками подобных правоотношений нередко становятся иностранные туристы.

Из приведенного перечня лиц, являющихся субъектами законодательного права залога, проистекает и основная сфера применения данного вида обеспечения – хозяйственно-бытовые сделки с участием граждан, не носящие, как правило, предпринимательского характера, за исключением случаев, прямо предусмотренных ГТУ, как то упоминавшийся §397, §410 (устанавливающий право залога на вещь, находящуюся во владении экспедитора), §421 (право залога со стороны хозяина склада), §440 (право залога у перевозчика на перевозимую вещь), а так же предусмотренных §647 ГГУ права залога, существующее у подрядчика, выполняющего ремонтные работы. По договору о выполнении ремонтных работ подрядчик как правило получает во владении движимые вещи заказчика, а на основании законного права залога (§1257 ГГУ) подрядчик становится владельцем вещи до оплаты его работ (§986 ГГУ), в противном случае он вправе реализовать вещь для оплаты произведенных работ согласно §1228-1234 ГГУ. В качестве предмета залога германское право допускает использование денег (§233 ГГУ): «С момента внесения в депозит правомочное лицо приобретает залоговое право на депонированные деньги или ценные бумаги, а если деньги или ценные бумаги переходят в собственность казны или учреждения, в котором произведено депонирование, — залоговое право на требование о возмещении» [10].

3. Право залога на движимую вещь носит акцессорный характер (§1252 ГГУ). Для установления права залога необходимо согласно §1204 и §1205 ГГУ помимо соглашения сторон и передачи владения вещью кредитору (или уступка требования о выдаче вещи с уведомлением фактического владельца, если это не собственник, о передаче вещи в залог) еще и существование обеспеченного требования, которое, однако, может быть условным либо будущим. Залогодержатель вправе пользоваться предметом залога на основании соответствующего соглашения (§1213 и §1214 ГГУ). Наиболее ярким примером использования договора залога движимого имущества в Германии является основной вид деятельности ломбардов, поскольку драгоценности, слитки благородных металлов и ценные бумаги не представляют особой трудности для хранения ввиду небольших габаритов подобных вещей. Из общего порядка реализации заложенного имущества в случае неисполнения основного обеспеченного обязательства (§1233-1240 ГГУ) допускается несколько исключений. В частности, при реализации ценных бумаг (§1221 ГГУ) допустима продажа по выбору залогодержателя, причем стороны могут договориться об условиях (§1245ГГУ). Залог движимых вещей прекращается путем возврата собственнику предмета залога, либо путем заключения договора о его отмене. В случае перехода обеспеченного залогом обязательства другому лицу, залоговое право следует судьбе основного обязательства (§401, абз.1 §1250 ГГУ), если только стороны не согласились прекратить залоговое обязательство должника (абз.2 §1250 ГГУ).

4. В связи со своеобразием развития британской правовой системы подход к анализу английского права несколько отличается от привычной российским юристам системы Дигест или Институций. В качестве основных критериев для разграничения видов английских залоговых обременений выбраны следующие:

-объем прав (титульные и владельческие обременения);

-правовое основание возникновения (на основании общего (статутного) права или на основании права справедливости).

Данное деление более полно иллюстрирует рассматриваемое право, чем знакомое нам разграничение на заклад (залог движимости) и ипотеку. На примере залога товаров, как часто используемых в качестве предмета обеспечения в сделках между иностранными контрагентами, можно выделить отличия между тремя основными формами залога.

-Залог товаров с уступкой титула (mortgage) - оставляет владение товарами заемщику, но передает кредитору титул. Форма купчей, под угрозой недействительности, должна точно соответствовать предусмотренной ст.9 Билем о Купчих 1878-82 (Bills of Sale Acts 1878-82). С подобным залогом товаров не часто сталкиваются, поскольку Биль о Купчих 1878-82 требует регистрации обременений в Центральном Офисе Верховного Суда в течение семи дней после возникновения залога. В силу публичности регистра, и поскольку сведения о регистрации купчих будут изданы в различных каталогах, это связано с ненужной рекламой, негативно воспринимаемой многими предпринимателями.

-Ручной залог или заклад (Pledge) наоборот оставляет титул на товары заемщику, но сами товары передает во владение кредитору. Заклад возникает при предоставлении товара (или документов на право собственности на товары) заемщиком (pledger) кредитору (pledgee) в качестве обеспечения долга, а кредитор в свою очередь обязуется возвратить их обратно по погашении долга. Если в соглашении содержится точна дата исполнения обязательства должником, кредитор вправе продать предмет заклада при неисполнении должника. В том случае, если соглашение сторон не содержит никакой установленной даты, кредитор должен сперва потребовать выплаты долга, а затем только осуществить продажу, предварительно уведомив должника о своем намерении совершить продажу. Заклад представляет собой наиболее распространенный способ обременения товаров.

-Ипотека (Hypothecation) обременяет товары без передачи титула или владения кредитору. Данное обременение может возникнуть только в случае отсутствия у заемщика фактического или подразумеваемого владения товарами, поскольку в данном случае заклад неприменим.

Характерный для континентального права критерий деления типов залога по предмету на залог движимого имущества, залог недвижимости и залог прав в системе общего права практически неприменим, поскольку все перечисленные виды имущества могут быть предметом, к примеру, залога с уступкой титула. Также стоит помнить об относительности используемых терминов, поскольку перевод их в римские понятия при относительной легкости восприятия таит в себе угрозу субъективного соотнесения видов залога двух различных систем при огромном различии их содержания. Характерным для общего права является с одной стороны трудноуловимые критерии отличия сходных понятий, а с другой практика использования идентичных названий для различных институтов, обусловленная тем, что англичане ставят во главу угла содержание конкретного института. К примеру, под Hypothecation может пониматься как указанное выше определение, так и непосредственно ипотечный залог недвижимости, а иногда и морской залог, бодмерея.

5. В настоящее время общая мировая тенденция развития залоговых правоотношений проявляется в заметном увеличении доли титульных залогов над поссессионными, в силу гибкости применения первых, отсутствия риска гибели имущества у кредитора с одновременным правом распоряжения товаром. Именно на анализе залога с уступкой требования и будет сделан основной акцент.

Залог с уступкой титула (mortgage). Сущность залога состоит в использовании залогодателем (mortgagor) принадлежащей ему собственности [11] в качестве средства обеспечения перед залогодержателем (mortgagee). В случае неспособности залогодателя отвечать по своим обязательствам, залогодержатель может вернуть долг и проценты с него через реализацию заложенной собственности. Залог недвижимости может быть основан на статуте (формальный, с передачей титула залогодержателю) или на праве справедливости (неформальный, без передачи титула).

Залог недвижимости, основанный на статуте (Законный залог - Legal mortgage). Для большинства объектов права собственности, согласно нормам общего права Англии, под законным залогом понимается передача залогодателем имущества залогодержателю, а он в свою очередь обязывается вернуть полученное имущество залогодателю после выплаты им долга и процентов. Относительно недвижимости, в силу особого развития английского права земельной собственности, это было невозможно до 1925 года, когда был принят Закон о собственности. Закон о собственности 1925 г. (Law of Property Act 1925, далее по тексту LPA 1925) называет залогом с уступкой титула «предоставление имущества для обеспечения долга, которое может выражаться в ипотеке земли, в передаче движимого имущества (включая имущественные права), в обременении любого интереса в движимом и недвижимом имуществе или в соглашении создать такое обременение для обеспечения денежных обязательств или обязательств, подлежащих денежной оценке» [12].

Существуют два пути создания законного залога, позволяющие залогодателю сохранить титул: залог через аренду и залог обременением недвижимости.

Залог через аренду возникает в случае передачи залогодателем собственности залогодержателю на основании договора аренды с условием прекращения его выкупом (выплатой ссуды и процентов). Договор должен предусматривать конечную дату выкупа, но должник вправе вернуть себе собственность в любое время, если иное не предусмотрено договором, выплатой суммы займа и процентов по нему.

В том случае, если земля является предметом безусловного права собственности (freehold), арендный договор может заключатся на срок в 3000 лет. Залогодатель может передать свою собственность во вторичный и последующие залоги. Вторичный и последующий залоги устанавливаются договором аренды, который должен быть дольше первого и предыдущих, по крайней мере на один день. Если же предметом договора является недвижимость, принадлежащая залогодателю на ограниченное время [13] (leasehold), то срок истечения арендного договора должен быть хотя бы на один день короче срока действия leasehold. Вторичный и последующие договоры будут иметь срок истечения по крайней мере на один день дольше, чем у предшествующего залогодержателя. Данная форма залога в отношении земельного владения с истекающим сроком давности возможна только в том случае, если условия leasehold допускают субаренду.

Залог обременением недвижимости (Legal charge) имеет место в случае, когда предметом законного залога выступает земельное владение с истекающим сроком давности, где условия leasehold не допускают передачи недвижимости в субаренду. Данная конструкция предоставляет залогодержателю идентичную защиту с формой залога через аренду, и была создана, чтобы залогодатель имел возможность гарантировать исполнение своих обязательств перед залогодержателем. Залогодатель также вправе обременить недвижимость путем оформления вторичного и последующих залогов.

Залог по праву справедливости (Equitable mortgage) так же может быть как первичным, так и вторичным или последующим. Существуют три способа его создания:

-Земельным сертификатом (land certificate), подразумевающим заключение письменного соглашения вместе с передачей свидетельства на землю. В последнее время прослеживается наметившаяся в Англии тенденция по увеличению значимости статутного права с одновременным уменьшением роли права справедливости и установлением четких границ диспозитивного поведения субъектов гражданского права. Очень четко это прослеживается в отношении земельной собственности и залоговых прав на неё. Так, с. 2 Закона о собственности 1989г. (The Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989) подтверждает действительность залога по праву справедливости и иных обременений недвижимости только в том случае, если они были совершенны в форме письменного контракта, подписанного каждой из сторон или от их имени. Соглашение может быть в письменной форме или в форме иного документа, дающего залогодержателю право на судебную защиту, и должно содержать обязательство создания законного залога, давая возможность залогодержателю преобразовать залог по праву справедливости в законный залог. Предоставить залог по праву справедливости с помощью одной только передачи невозможно (United Bank of Kuwait plc v. Sahib [1995] 2 WLR 94).

-Оформлением письменного соглашения без передачи свидетельства на землю. Такое соглашение должно удовлетворять с.2 (The Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989) и быть совершенным в письменной форме или в форме иного документа, дающего залогодержателю право на судебную защиту.

-Соглашением сторон о законном залоге. В случае, если между сторонами заключено подобное соглашение в соответствии ст.2 Закона 1989г., то на его основании с момента подписания между сторонами возникают отношения залога по праву справедливости. Суд впоследствии может путем специальной процедуры преобразовать данное соглашение в законный залог.

6. Залоговые права на недвижимость в Германии разняться между собой. Немецкому закону понятие «залога недвижимости» не известно [14]. Под ипотекой, согласно §1113 ГГУ, понимается земельный участок, который «может быть отягощен таким образом, что лицу, в чью пользу последовало отягощение, подлежит выплате определенная денежная сумма из стоимости земельного участка для удовлетворения принадлежащего ему требования». Требование, обеспеченное ипотекой, может быть будущим или условным. Ипотекой могут обеспечиваться и проценты, и услуги. Ипотека наряду с иными вещными правами на недвижимость регистрируется в поземельной книге. В случае снижения стоимости земельного участка по разным причинам, что создает угрозу надежности ипотеки как способа обеспечения, кредитор вправе назначить собственнику срок для устранения причин снижения стоимости земельного участка, по истечении которого может потребовать удовлетворения из стоимости участка немедленно либо потребовать установления другой ипотеки (§1133 ГГУ) [15]. В ряде случаев кредитор обладает правом подачи негаторного иска, в том числе и против самого собственника имущества (§1134 ГГУ). Ипотека может распространяться и на один, и на несколько земельных участков (общая ипотека - Gesamthypothek). Среди форм ипотеки можно выделить:

-обеспечивающую ипотеку (§1116 ГГУ), напрямую связанную с обязательством и вносимую в поземельную книгу (Buchhypothek). Данная «книжная ипотека» присутствует в случае отказа сторон от выдачи ипотечного свидетельства, которое выдается органом, производящим регистрацию в поземельной книге;

-обменную (Verkehr) или оборотную ипотеку, подтвержденную письменным актом (Briefhypothek), основанную на соглашении между должником и будущим кредитором об установлении ипотеки (§873-902 ГГУ), возникающую после регистрации ипотеки в поземельной книге и передачи специального ипотечного свидетельства (Hypothekenbrief) кредитору (§1116-1117 ГГУ), в противном случае налицо имеется скрытый долг, и ипотека, de jure принадлежит собственнику земельного участка (§1163 ГГУ);

-ипотеку по максимальному требованию (денежная сумма определяется максимальным пределом ответственности).

Следствием отличия Briefhypothek от Buchhypothek является значительно более простой порядок передачи обеспеченного ипотекой требования, как то нет необходимости в регистрации в поземельной книге при ипотеке, подтвержденной письменным актом каждого нового кредитора, достаточно лишь предъявления ипотечного свидетельства и письменного заявления об уступке требования прежним кредитором. Возможность быстрого оборота без сомнения оказывает немаловажное положительное влияние на ликвидность Briefhypothek в качестве способа обеспечения исполнения обязательства.

Ипотека напрямую связана с основным договором и как залоговое обязательство выполняет свою основную функцию – гарантирует его исполнение и носит акцессорный характер – прекращается основное обязательство, прекращается и ипотека. При передаче обеспеченного ипотекой требования другому лицу неотрывно следует за ним и ипотека (§1153 ГГУ).

В целях увеличения эффективности ипотека может распространяться не только непосредственно на земельный участок, но и на требования к арендатору о выплате положенной платы при сдаче земли в аренду (§1123 ГГУ); урожай (§1120 ГГУ), если только он не отчужден и не удален с земельного участка (§1121 ГГУ); а так же требования к страховщику, если участок земли или находящиеся на нем строения были застрахованы (§1127-1130ГГУ).

В качестве способа обеспечения обязательства заказчика перед подрядчиком по оплате работ на земельном участке немецкое право (§648 ГГУ) признает возможность применения кредитной ипотеки (§1184-1190 ГГУ) в отношении земельного участка заказчика. Подобная ипотека устанавливается на основании требования подрядчика и при её регистрации в поземельной книге. Однако все ранее внесенные в поземельную книгу обременения земельного участка имеют приоритет перед кредитной ипотекой, поскольку требования будет реализовываться в хронологическом порядке их регистрации в поземельной книге.

7. Помимо ипотеки в отношении недвижимости в Германии может быть установлен поземельный долг. Grundschuld представляет из себя залоговое обязательство, de iure не зависимое от основного договора, не предусматривает требования, подлежащего обеспечению (§1191 ГГУ), под подобные обязательства кредитные учреждения могут выдавать кредиты и займы. Как его разновидность можно выделить процентное залоговое обязательство, погашаемое в отличие от первого должником не сразу, а частями. Поземельный долг возникает либо согласно §1117 ГГУ – при передаче долгового свидетельства (документально подтвержденный долг), либо согласно §873 ГГУ после оформления соглашения сторон и регистрации. Стороны могут исключить выдачу свидетельства кредитору.

Кредитор и должник оформляют между собой оговорку о гарантии, удостоверяющую невозможность осуществления прав, вытекающих из поземельного долга до истечения срока погашения кредита, поскольку Grundschuld является только обеспечение кредита. Поэтому поземельный долг «представляет собой своего рода абстракцию, ибо служит только экономической защите кредитора» [16]. Нередко оговорка о гарантии содержит заявление о том, что установленный в пользу банка поземельный долг служит обеспечением вообще всех (существующих и будущих) обязательств клиента, а выплаты должника являются выплатами именно по кредиту (если затем не будет иного соглашения), а не в счет поземельного долга.

При оплате долга Grundschuld считается завершенным. Однако клиенты банков нередко оставляют поземельный долг, дабы иметь возможность в будущем на более выгодных условиях и без лишних затрат получить новую ссуду. В противном случае, решив отказаться от услуг конкретного банка, клиент может потребовать отдельного погашения поземельного долга. Не акцессорный характер поземельного долга значительно расширяет возможности по его использованию.

**Список литературы**

 [1] Schwab K.H., Prütting H. Lehrbuch des Sachenrechts. 26 Aufl. München: Beck, 1996. S.3; Wieling H.J. Sachenrecht. 3.Aufl. Berlin; Heidelberg; New York; Tokyo, 1997. S.4-5

[2] См. подробнее: Гонгало Б.М. Учение об обеспечении обязательств. М.: «Статут», 2002. С. 141

[3] Klünzinger E. Einführung in das bürgerliche Recht. Grundkurs für Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. 5 Aufl. München: Vahlen Verlag, 1993. S.411.

[4] Wieling H.J. Sachenrecht. 3.Aufl. Berlin; Heidelberg; New York; Tokyo, 1997. S.6

[5] Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. – М.: Спарк, 2001. С.425.

[6] Венкштерн М. Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. /пер. с нем. – М.: Издательство БЕК, 2001. С.173.

[7] Baur J.F., Stürner R. Lehrbuch des Sachenrechts. 17 Aufl. 1999. S.231.

[8] См. Э.Б. Френкель / Сравнительно-правовое исследование. Руководитель авторского коллектива – д.ю.н. В.В.Залесский. –М.:Издательства НОРМА, 2000. С.366.

[9] См. к примеру §397 ГТУ «Законодательное залоговое право», из которого следует что комиссионер имеет залоговое право на товар, находящийся в его владении, в обеспечение тех расходов, которые он несет для выполнения договора комиссии.

[10] Германское право. Часть 1. Гражданское уложение. Пер. с нем. М, 1996.

[11] В.Ю. Одинцова указывает на существующую в общем праве презумпцию того, «что закладодатель является собственником закладываемого имущества либо управомочен отдавать его в залог». См. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. Руководитель авторского коллектива – д.ю.н. В.В.Залесский. –М.:Издательства НОРМА, 2000. С.360.

[12] Одинцова В.Ю. / Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. Руководитель авторского коллектива – д.ю.н. В.В.Залесский. –М.:Издательства НОРМА, 2000. С.346.

[13] Такой срок может измеряться веками. Буквальный перевод термина leasehold – владение на правах аренды (С.264), однако в настоящее время практическая разница между freehold и leasehold невелика (См. Вишневский С.246)

[14] Венкштерн М. Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. /пер. с нем. – М.: Издательство БЕК, 2001. С.199.

[15] Германское гражданское уложение // Германское право. Ч.1. Международный центр финансово-экономического развития. М., 1996.

[16] Венкштерн М. Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. /пер. с нем. – М.: Издательство БЕК, 2001. С.205.