

В. А. Мочалова

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ
ВОПРОСЫ ОБРАЩЕНИЯ
ВЗЫСКАНИЯ
НА ЗАЛОЖЕННОЕ
НЕДВИЖИМОЕ
ИМУЩЕСТВО

Научно-практическое пособие

Вера Мочалова

**Гражданско-правовые вопросы
обращения взыскания на
заложенное недвижимое
имущество: научно-
практическое пособие**

«Юстицинформ»

2013

Мочалова В. А.

Гражданско-правовые вопросы обращения взыскания на
заложенное недвижимое имущество: научно-практическое пособие
/ В. А. Мочалова — «Юстицинформ», 2013

ISBN 978-5-7205-1173-9

В издании на основе анализа норм зарубежного, русского дореволюционного, современного российского законодательства и складывающейся судебной практики освещены основные проблемы гражданско-правового регулирования отношений по обращению взыскания на заложенное недвижимое имущество. В частности, применительно к ипотеке предложена авторская трактовка понятия «обращение взыскания» как стадии осуществления права залога; рассмотрены основные материально-правовые элементы, устанавливаемые при обращении взыскания на предмет ипотеки, – предмет взыскания, объем взыскания, начальная продажная цена, способ реализации объекта взыскания. В работе сформулированы рекомендации по применению действующего ипотечного законодательства, а также предложения по его совершенствованию. Книга предназначена для практикующих юристов, специализирующихся на ведении дел об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество, преподавателей, студентов и аспирантов юридических факультетов и вузов.

ISBN 978-5-7205-1173-9

© Мочалова В. А., 2013

© Юстицинформ, 2013

Содержание

| | |
|---|----|
| Введение | 5 |
| Глава I | 10 |
| §1. Ипотека как разновидность залога, ее типы. Способы и формы осуществления права залога | 10 |
| Конец ознакомительного фрагмента. | 22 |

Вера Алексеевна Мочалова

Гражданско-правовые вопросы обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество

Введение

На современном этапе развития рыночных отношений возрастает роль ипотеки как инструмента повышения темпов социально-экономического развития страны. Гарантированные залогом недвижимости кредитные ресурсы обеспечивают приток инвестиций в производственную сферу, формируют многоуровневый фиктивный капитал в виде закладных и производных ипотечных ценных бумаг, повышают платежный спрос на рынке недвижимости, расширяют возможности для развития предпринимательской деятельности, способствуют решению проблемы обеспеченности граждан жильем (экономическая функция ипотеки).

В юридическом смысле ипотека – способ обеспечения обязательств, сущность которого сводится к тому, что специально выделенное для целей залога недвижимое имущество в случае неисполнения должника выступает источником компенсации имущественных потерь кредитора. Преимущества ипотеки по сравнению с иными способами обеспечения обязательств, в том числе залогом движимого имущества, обусловлены прежде всего свойствами недвижимого имущества (функциональная связь с землей, прочность, непотребляемость), а также особым правовым режимом возникновения, перехода и прекращения прав на него.

Однако факт установления ипотеки является не единственной гарантией получения кредитором преимущественного удовлетворения из стоимости ее предмета, не менее важной гарантией выступает наличие действенных правовых средств, обеспечивающих реализацию его права. Еще в конце XIX в. выдающийся русский цивилист Л.В. Гантовер отмечал, что главное условие развития поземельного кредита в России состоит не только в построении ипотечной системы на началах гласности, специальности и бесповоротности, но и в создании правовых средств, позволяющих кредитору легко и быстро удовлетвориться из ценности заложенной недвижимости¹. Эти слова, сказанные более 120 лет назад, сохраняют актуальность и поныне.

В условиях приоритета судебного порядка обращение взыскания и реализация обремененного ипотекой имущества занимают достаточно длительное время, в некоторых случаях – от полутора до двух лет². При этом внесудебная форма удовлетворения требований ипотечного кредитора (как более оперативная по сравнению с судебной), несмотря на внесенные в законодательство поправки³, допустима в ограниченных законодателем случаях, а потому на практике должного развития не получает. Все это негативно сказывается на интересах сторон ипотечных отношений, снижает обеспечительную функцию ипотеки. Причины такого положения дел связаны не только со сложностями организационно-технического свойства, но и с

¹ См.: *Гантовер Л.В.* Залоговое право: Объяснения к положениям главы IV раздела I проекта Вотчинного устава. – СПб., 1890. – С. 4-5.

² См.: *Коневский А.* Упрощение залога // *ЭЖ-Юрист.* – 2009. – № 12; Взыскание – это крайняя мера [интервью с А. Волковой] // *Жилищное право.* – 2010. – № 4. – С. 5-8.

³ Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. № 306-ФЗ (ред. от 6 декабря 2011 г.) «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество» // *СЗ РФ.* – 2009. – № 1. – Ст. 14; Федеральный закон от 6 декабря 2011 г. № 405-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования порядка обращения взыскания на заложенное имущество» // *СЗ РФ.* – 2011. – № 50. – Ст. 7347.

недостаточной правовой регламентацией процедур осуществления права залогодержателя на удовлетворение требований за счет предмета ипотеки, прежде всего нормами материального гражданского права. Поэтому проблема обращения взыскания и реализации заложенного имущества признана доктриной одной из центральных проблем залога в Российской Федерации⁴.

Актуальность исследования ипотечных отношений на этапе обращения взыскания обна- руживает себя на теоретическом, прикладном и правотворческом уровнях.

В теории права не сложилось однозначного понимания того, что такое обращение взыс- кания на заложенное имущество в материально-правовом смысле, его научные интерпретации многообразны. Нередко категория обращения взыскания понимается исключительно в процес- суальном смысле, ее материально-правовое содержание отрицается⁵. Не ясна природа право- мочия ипотечного кредитора обратиться взыскание на залог как составляющей комплекса прав залогодержателя. Очевидно, существующие взгляды требуют систематизации и обобщения, а поставленные вопросы – теоретического обоснования и решения.

В ходе обращения взыскания на заложенное имущество возникают вопросы правопри- менительного свойства, в частности: каким образом обращается взыскание на объекты сово- купной ипотеки; как определить объем взыскания, если основное обязательство изменено; каким критерием следует руководствоваться при установлении начальной продажной цены реализуемой недвижимости. Отсутствие, неполнота, неясность положений законодательства не позволяют найти однозначные ответы на поставленные вопросы. В этой связи задача совер- шенствования гражданского законодательства в указанной сфере сохраняет актуальность. Выработка соответствующих рекомендаций приобретает особую значимость в свете предстоя- щей реформы, предусмотренной Концепцией развития гражданского законодательства⁶ и раз- работанным на ее основе проектом федерального закона «О внесении изменений в Граждан- ский кодекс Российской Федерации»⁷.

Степень разработанности темы. Категория «обращение взыскания на имущество долж- ника» долгое время оставалась процессуальной, ее изучение до сих пор осуществляется пре- имущественно с позиции науки гражданского процесса и норм исполнительного производства. С принятием части первой Гражданского кодекса Российской Федерации⁸ договорные начала привнесены в регулирование отношений по обращению взыскания, а изъятие и реализация имущества должника в предусмотренном договором порядке стали рассматриваться как осно- вание прекращения права собственности, в том числе на предмет залога (ипотеки). Данный аспект этих отношений достаточно подробно исследован в работе А.Н. Спиркиной⁹.

Принятие Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недви- жимости)»¹⁰ обусловило исследование складывающихся в ходе обращения взыскания и реали-

⁴ Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России // Приложение к журналу «Хозяйство и право». – 2009. – № 3. – С. 19.

⁵ Например, см.: Демушкина Е.С. Проблемы применимости акцессорности и вещной защиты ипотеки в российском граж- данском праве. – М.: ИД «Юриспруденция», 2011. – С. 186.

⁶ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации: одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 11.

⁷ Проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации»: разработан Сове- том при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во испол- нение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании гражданского законода- тельства» [Электрон. ресурс] // <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html> (официальный сайт ВАС РФ; дата обращения: 30.11.2010).

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая: принят Государственной Думой Российской Федерации 21 октября 1994 г. (ред. от 6 декабря 2011 г.) // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301 (далее – ГК РФ).

⁹ См.: Спиркина А.Н. Обращение взыскания на имущество должника как основание прекращения права собственности: дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2003.

¹⁰ Федеральный закон от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ (ред. от 6 декабря 2011 г.) «Об ипотеке (залоге недвижимости)» // СЗ

зации обремененного ипотекой имущества в рамках общей ипотечной проблематики. Среди авторов диссертационных работ, посвященных залому недвижимости, вопросы правового регулирования обращения взыскания на предмет ипотеки затрагивали: О.С. Царапкина, В.В. Кулаков, А.А. Киселев, З.В. Хрулева, О.В. Чижова, Е.В. Пантюхина, Е.В. Косенко, А.А. Роньжин, А.В. Кузнецова, А.В. Ильин, В.М. Наумов, А.В. Фиошин, О.А. Ризк¹¹ и другие авторы. Несмотря на значительный объем исследований по вопросам залога недвижимости¹², правореализационный аспект ипотеки, в том числе гражданско-правовые проблемы обращения взыскания на ее предмет, остается недостаточно разработанным в современной науке. Отдельные исследования по данной проблематике не проводились.

Цель исследования состоит в разработке теоретико-правовых основ обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество, а также рекомендаций по совершенствованию гражданского законодательства в указанной сфере.

Данная цель обусловила постановку ряда исследовательских задач, решение которых составляет содержание настоящей работы:

- выявить круг проблемных вопросов, возникающих при обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество (предмет ипотеки);
- обобщить и систематизировать научные представления об обращении взыскания как категории залогового права, предложить соответствующую дефиницию применительно к ипотечным правоотношениям;
- разработать научно обоснованную классификацию оснований обращения взыскания на предмет ипотеки, проанализировать условия, исключающие взыскание;
- определить содержание и природу юридических возможностей сторон ипотеки на этапе обращения взыскания;
- дать оценку соглашению о внесудебном порядке обращения взыскания на заложенное имущество с точки зрения его правовой природы, формы, содержания и момента заключения;
- исследовать материально-правовые условия, определяемые в ходе обращения взыскания на предмет ипотеки (объект взыскания, объем взыскания, начальную продажную цену и способ реализации объекта взыскания), предложить соответствующие дефиниции;

РФ. – 1998. – № 29. – Ст. 3400 (далее – Закон об ипотеке).

¹¹ См.: Царапкина О.С. Правовое регулирование ипотеки: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1998. – С. 135-163; Кулаков В.В. Залог недвижимости как способ обеспечения исполнения обязательств: дис. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 1999. – С. 131-156; Киселев А.А. Ипотека как гражданское правоотношение: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2000. – С. 160-170; Хрулева З.В. Залог недвижимости (ипотека) как способ обеспечения исполнения обязательств по законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 109-122; Чижова О.В. Правовое регулирование ипотеки законодательством РФ: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 161-173; Пантюхина Е.В. Правовое регулирование жилищной ипотеки в законодательстве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 120-138; Косенко Е.В. Залог недвижимости по гражданскому праву Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2004. – С. 104-120; Роньжин А.А. Залог недвижимости по российскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 120-154; Кузнецова А.В. Правовое регулирование ипотеки отдельных видов недвижимого имущества: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 137-152; Ильин А.В. Залог земель сельскохозяйственного назначения: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 115-128; Наумов В.И. Правовое положение субъектов ипотечных правоотношений в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 97-105; Фиошин А.В. Правовое регулирование ипотеки земельных участков в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 2009. – С. 138-167; Ризк О.А. Ипотечное жилищное кредитование в современном гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2010. – С. 134-155.

¹² За 1995-2011 гг. в рамках специальности 12.00.03 по проблемам ипотеки защищено порядка 45 кандидатских диссертаций (в их число не входят диссертации, посвященные залому и ипотечному кредитованию). В основном ипотека исследуется как способ обеспечения обязательств и вид залога (8 работ), как гражданское правоотношение (2 работы), ряд диссертаций посвящен правовому регулированию ипотечных отношений (8 работ), договору ипотеки (6 работ), закладной (4 работы), а также ипотеке отдельных видов имущества (17 работ). Следует заметить, что в диссертациях, посвященных залому (более 30 работ) и ипотечному кредитованию (примерно 17 работ) так или иначе теоретические проблемы ипотеки затрагиваются, в том числе вопросы обращения взыскания.

– выработать предложения по применению и совершенствованию гражданского законодательства в части правовой регламентации обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество.

Объектом исследования избраны общественные отношения, складывающиеся при обращении взыскания на обремененное ипотекой имущество, а **предметом** – нормы гражданского права, регулирующие порядок обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество (предмет ипотеки), правоприменительная и судебная практика, а также теоретические положения, содержащиеся в опубликованных научных работах по теме исследования.

Теоретическую основу исследования составили положения о залоге вообще и об ипотеке в частности, содержащиеся:

в трудах российских дореволюционных юристов: К.Н. Анненкова, Е.В. Васьковского, Д.Д. Грима, Л.В. Гантовера, А.С. Звоницкого, Л.А. Кассо, Д.И. Мейера, К.П. Победоносцева, И.А. Покровского, В.И. Синайского, В.М. Хвостова, Г.Ф. Шершеневича и др.;

в работах советских и современных российских ученых: М.М. Агаркова, В.А. Алексеева, В.А. Белова, М.И. Брагинского, Р.С. Бевзенко, С.П. Гришаева, Б.М. Гонгалло, А.А. Вишневого, И.В. Ершовой, О.С. Иоффе, М.И. Казанцева, Л.А. Лунца, А.А. Маковской, В.П. Мозолина, Л.Н. Наумовой, И.Б. Новицкого, Л.А. Новоселовой, Ю.Н. Рассказовой, О.Ю. Скворцова, К.И. Скловского, Л.А. Щенниковой и др.;

в диссертационных исследованиях: О.В. Белой, А.В. Ильина, Ю.А. Кожинной, Е.Ю. Конева, К.В. Копылова, Е.В. Косенко, В.В. Кулакова, Д.Н. Морозова, В.М. Наумова, Е.В. Пантюхиной, Н.М. Поповой, С.В. Прокофьева, А.А. Роньжина, О.А. Ризк, А.Н. Спиркиной, А.В. Фиошина, З.В. Хрулевой, О.В. Чижовой, О.С. Царапкиной и др.

В ходе исследования использовались многочисленные публикации в периодических научных изданиях, а также работы зарубежных цивилистов: Х. Вебера, М. Венкштерна, Г. Дёрнбурга, Л. Жюллио де ла Морандьера.

Методологическую основу исследования образует совокупность общенаучных и частнонаучных методов познания правовых явлений и процессов, в том числе диалектического, формально-логического и функционального анализа, исторического и сравнительного правоведения, а также технико-юридического.

В частности, **методы анализа и обобщения** позволили выявить основные подходы к пониманию материально-правового содержания категории обращения взыскания в залоговом праве, предложить авторское определение этого понятия применительно к залoгу недвижимости (ипотеке). **Метод исторического и сравнительного правоведения** применялся при решении ряда практических вопросов (о критерии, который может быть положен в основу определения начальной продажной цены заложенного имущества, об объектах и объеме обеспечения ипотекой и др.). **Технико-юридический метод** использовался при оценке норм, составляющих предмет исследования, и обосновании рекомендаций по совершенствованию правового регулирования отношений, образующих объект исследования.

Нормативной основой работы послужили положения гражданского законодательства, регламентирующие порядок обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество (предмет ипотеки), – Гражданского кодекса Российской Федерации, Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)», а также отдельные нормы процессуального законодательства, тесно связанные с предметом исследования, в частности Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»¹³, и другие нормативные акты.

¹³ Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ (ред. от 7 декабря 2011 г.) «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. – 2007. – № 41. – Ст. 4849.

Эмпирическую основу исследования образуют опубликованная практика федеральных арбитражных судов и судов общей юрисдикции за 2003—2011 гг., обзоры и разъяснения Высшего Арбитражного Суда РФ, постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ, статистические данные и аналитические материалы (Федеральной службы судебных приставов, Агентства по ипотечному жилищному кредитованию, Ассоциации российских банков), публикации в СМИ и Интернете.

Научная новизна настоящей работы заключается, во-первых, в систематизации, уточнении и развитии научных представлений об обращении взыскания как категории залогового и ипотечного права; во-вторых, в разработке рекомендаций по совершенствованию гражданско-правового регулирования ипотечных отношений в сфере обращения взыскания на предмет ипотеки.

Теоретическая и практическая значимость исследования определяется возможностью применения его теоретических положений в учебном процессе на юридических факультетах высших учебных заведений при подготовке учебного материала по дисциплинам «Гражданское право», «Предпринимательское право», спецкурсу «Залоговое право», а также в ходе научной работы при дальнейшем исследовании ипотечной проблематики. Сформулированные в работе предложения по совершенствованию гражданского законодательства могут быть использованы в правотворческой деятельности, а практические выводы – в правоприменительной практике.

Глава I

Теоретико-методологические основы обращения взыскания на предмет ипотеки в гражданском праве

§1. Ипотека как разновидность залога, ее типы. Способы и формы осуществления права залога

Hypothéké – термин греческого происхождения, впервые в обиход введен Солоном в начале VI в. до н.э. Ипотекой (с греч. – подпоркой) назывался столб, который размещался на земельном участке должника и означал, что земельный участок заложен в обеспечение возврата долга по кредиту¹⁴.

В римском праве термин «ипотека» официально появился в Своде Юстиниана. Ипотекой именовалась наиболее развитая форма залогового обеспечения без передачи вещи залогодержателю, дающая кредитору право изъять залог, продать его и из вырученной суммы получить удовлетворение на случай неплатежеспособности должника. Поначалу ипотекой назывался залог любой вещи, как движимой, так и недвижимой; позднее, в I в. до н.э., когда деление вещей на движимые и недвижимые приобрело более четкие границы, ипотекой стал именоваться именно залог недвижимого имущества.

С рецепцией римского права ипотека проникла в европейские законодательства, где под влиянием национальных правовых традиций приобрела своеобразные черты. Наряду с классической ипотекой сформировались особые институты залогового обеспечения недвижимостью: поземельный и рентный долг германского (§1191–1203 ГГУ), привилегии и антикрез французского (титуты XVII и XVIII Кодекса Наполеона) права.

В дореволюционном праве термин «ипотека» стал известен с середины XIX в., но в законодательстве не применялся. Залог недвижимости именовался просто залогом и в этом смысле противопоставлялся залогов движимости (закладу)¹⁵.

В российском законодательстве ипотека как форма залогового обеспечения недвижимым имуществом впервые закреплена в Законе РФ от 29 мая 1992 г. № 2872-1 «О залоге»¹⁶ и окончательно оформилась с принятием в 1994 г. части первой Гражданского кодекса РФ и Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

Законодатель определяет ипотеку как залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества (п. 2 ст. 334 ГК РФ). Из приведенного определения следует, что ипотека представляет собой разновидность залога, выделенную по критерию предмета – недвижимому имуществу¹⁷. Аналогичная система принята в ряде европейских стран, например, в Венгрии, Чехии. «Однако в большинстве стран, сохраняющих соответствующие правовые институты в их традиционном виде (Германия, Франция, Нидерланды

¹⁴ См.: Энциклопедия юриста. – М., 2005 (термин «ипотека»; автор – О.П. Плешанова) // http://mirslovari.com/content_uristenc/ipoteka-11785.html (интернет-портал «Мир словарей»; дата обращения: 15.08.2011).

¹⁵ См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902 г. – Изд. 3-е, испр. – М.: Статут, 2003. – С. 545.

¹⁶ Ведомости СНД и ВС РФ. – 1992. – № 23. – Ст. 1239.

¹⁷ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. – Изд. 3-е, стереотип. – М.: Статут, 2001. – С. 545; *Скворцов О.Ю.* Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 270; *Гришаев С.П.* Ипотека на современном этапе. Комментарий законодательства. – СПС, 2009 (глава 1, §4 «Общие положения об ипотеке», абз. 1 и сл.).

и т.п.), ипотека признается наряду с залогом самостоятельным способом вещного обеспечения обязательств...»¹⁸.

В силу легальной формулы залога ипотека порождает у залогодержателя право в случае неисполнения должником обеспеченного залогом недвижимости обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами залогодателя, за изъятиями, установленными федеральным законом, а в предусмотренных законом случаях – путем передачи предмета ипотеки в собственность залогодержателя (п. 1 ст. 334 ГК РФ).

Круг объектов недвижимого имущества, которые могут быть предметом ипотеки, определен в ст. 5 Закона об ипотеке. Пункт 1 данной статьи содержит ссылку на ст. 130 ГК РФ, которая различает два вида недвижимых вещей: 1) вещи, недвижимые по природе; 2) вещи, отнесенные к недвижимости в силу закона. Первые, в свою очередь, подразделяются на: а) земельные участки, участки недр; б) объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства. Среди этих двух категорий недвижимых по природе вещей Закон об ипотеке выделяет: земельные участки, за исключением земельных участков, указанных в ст. 63 Закона; здания и сооружения, непосредственно связанные с землей, незавершенное строительство недвижимое имущество при условии соблюдения правил ст. 69 Закона; жилые дома, квартиры и части жилых домов и квартир, состоящие из одной или нескольких изолированных комнат; предприятия; строения потребительского назначения (подп. 1—4 п. 1, п. 2 ст. 5). Среди вещей, отнесенных к недвижимости в силу закона, Закон об ипотеке, как и ст. 130 ГК РФ, называет воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (подп. 5 п. 1 ст. 5).

Режим ипотеки распространен на ряд имущественных прав: долю в праве собственности (п. 2 ст. 7 Закона об ипотеке); право аренды; права требования участника долевого строительства, вытекающие из договора участия в долевом строительстве (п. 5 ст. 5 Закона), залог которых, строго говоря, ипотекой не является, а представляет собой иную разновидность залога – залог прав. В отличие от зарубежного предмет ипотеки российского законодательства не охватывает прав на недвижимое имущество, как, например, в германском праве, относящем к недвижимым вещам права, связанные с правом собственности на недвижимое имущество (§96 ГГУ), либо французском праве, включающем в состав недвижимости вещные права и вещные требования на нее (ст. 526 ФГК).

Это первая особенность ипотеки как разновидности залога.

Другая ее особенность состоит в обязательности государственной регистрации ипотеки как обременения в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (ЕГРП)¹⁹. Закон об ипотеке последовательно разграничивает государственную регистрацию основания возникновения ипотеки (договора об ипотеке либо договора, влекущего возникновение ипотеки в силу закона) и государственную регистрацию собственно ипотеки (п. 1 ст. 11 и п. 1 ст. 19). Государственная регистрация договора об ипотеке имеет двойное правообразующее значение, с одной стороны, она влияет на действительность ипотечного договора

¹⁸ Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В.В. Залесский. – М.: Норма, 2000. – С. 583.

¹⁹ В зарубежном праве ипотека как вещное обременение подлежит государственной регистрации в специальных реестрах прав; в Германии это поземельная книга, во Франции – бюро хранения ипотек. Регистрация имеет правообразующее значение, как правило, с этого момента ипотека считается возникшей. С записью связано возникновение у кредитора основных прав, обеспечивающих удовлетворение его требований (см.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В.В. Залесский. – М., 2000. – С. 611, 614-615). О государственной регистрации ипотеки как обременения подробнее см: *Алексеев В.А. Сделки с недвижимостью: практич. пособие.* – М.: Велби; Проспект, 2006. – С. 209-223; *Он же. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования.* – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 468-474.

(п. 2 ст. 10 Закона об ипотеке), а с другой – служит основанием для внесения в ЕГРП записи об ипотеке. Для возникновения ипотеки в силу закона требуется также государственная регистрация права собственности на это имущество. В этой связи момент возникновения ипотеки как обременения в зависимости от ее основания определен различно: ипотека в силу договора возникает с момента заключения договора об ипотеке, а ипотека в силу закона – с момента государственной регистрации права собственности на обременяемое законной ипотекой имущество (п. 2 ст. 11 Закона об ипотеке). Именно с момента государственной регистрации ипотека считается возникшей для третьих лиц (п. 7 ст. 20 Закона об ипотеке), с этим же моментом закон связывает и возникновение права залога (п. 3 ст. 11).

Ипотека как обременение порождает у собственника соответствующие ограничения по распоряжению предметом ипотеки, которые выражаются в возможности отчуждения заложенной недвижимости, передачи ее в аренду или безвозмездное пользование другим лицам, совершения иных распорядительных сделок только с согласия залогодержателя (п. 2 ст. 346 ГК).

В гражданском обороте ипотека выполняет две функции – обеспечительную и оборотную.

Наряду с залогом движимых вещей ипотека представляет собой способ обеспечения обязательств, поскольку направлена на создание дополнительных гарантий кредитору на случай неисполнения должником основного обязательства. Ипотечной может быть обеспечено только действительное требование, имеющее денежный характер. 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 (ст. 2 Закона об ипотеке).

В системе способов обеспечения, поименованных в ст. 329 ГК РФ, по характеру предоставленного обеспечения ее относят к числу реальных способов, основанных на предварительном выделении какого-либо объекта из имущественной массы должника для целей обеспечения, а по характеру связи с обеспечиваемым обязательством – к числу акцессорных, т.е. не имеющих самостоятельного значения.

Среди признаков акцессорности ипотеки в специальной литературе обычно указывают на добавочность (производность) ипотечного правоотношения по отношению к обеспечиваемому обязательству и следование его юридической судьбе²⁰. Такую связь основного и ипотечного правоотношений нередко называют строго акцессорной. Вместе с тем нельзя не видеть, что такая связь в некоторых случаях ослаблена, и ипотека может влиять на судьбу обеспечиваемого ею обязательства, в частности, при досрочном обращении взыскания на заложенное имущество вследствие нарушения залогодателем условий договора об ипотеке (ст. 35 Закона об ипотеке), при уступке прав по договору об ипотеке (п. 2 ст. 47 Закона), при установлении объема обеспечения в случае расхождения условий основного и ипотечного договора (п. 1 ст. 50). Еще в русском дореволюционном праве самостоятельное значение залога признавал А.С. Звоницкий, указавший его важнейшие характеристики, не позволяющие считать, что лишь последний следует судьбе основного обязательства, а обратного явления не существует²¹. Вме-

²⁰ См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Том 1 / отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Велби; Проспект, 2004. – С. 685-687 (авт. гл. – Н.Ю. Рассказова); Гражданское право: в 4 т. Т. 3: Обязательственное право: учебник / отв. ред. Е.А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 116-117 (авт. гл. – В.С. Ем). О проявлениях акцессорности ипотеки см.: *Буркова А.Ю.* Акцессорность в гражданском праве // *Нотариус*, 2009. – № 3. – С. 32-36.

²¹ См.: *Звоницкий А.С.* О залоге по русскому праву. – Киев, 1912. – С. 338. В советском праве на частичную, или относительную, акцессорность залога указывал, в частности, М.М. Агарков (см.: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву / Всесоюзный ин-т юрид. наук НКЮ СССР. Ученые труды. Вып. III. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – С. 62), в современном праве эту позицию отстаивают О.В. Белая, В.В. Кулаков, Д.Н. Морозов (см.: *Белая О.В.* Залог имущественных прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 8, 14-16; *Кулаков В.В.* Залог недвижимости как способ

сте с тем российскому праву не известны конструкции абстрактного залога, подобные германскому поземельному долгу (*Grundschuld*), при котором залоговое правоотношение существует вне связи с обеспечением какого-либо другого обязательства.

Оборотная функция ипотеки состоит в вовлечении субъективного права залога в имущественный оборот и связана с его циркуляцией посредством института закладной (гл. III Закона об ипотеке)²².

Ипотека производна от права собственности залогодателя на предмет залога, поскольку основана на конститутивном правопреемстве, а потому в силу характера правообразования должна признаваться правом вещным²³. К иным неотъемлемым характеристикам «вещности» ипотеки помимо ее предмета и способа образования следует отнести присущие ей право следования, право преимуществва и абсолютный характер защиты.

Право следования (ст. 353 ГК РФ, ст. 38 Закона об ипотеке) обеспечивает сохранение ипотеки при смене собственника обремененного ипотекой имущества. Ипотека следует за вещью, обеспечивая тем самым возможность «обратить взыскание на вещь независимо от ее нахождения у первоначального залогодателя или у третьего лица»²⁴.

«Право преимуществва состоит в том, что кредитор-залогодержатель вправе удовлетворить свои требования преимущественно перед другими кредиторами соответствующего должника»²⁵ и находит отражение в легальной формуле залога и нормативной дефиниции договора об ипотеке (ст. 334 ГК РФ, п. 1 ст. 1 Закона об ипотеке). Преимущество залогодержателя простирается в двух направлениях, как по отношению к необеспеченным кредиторам залогодателя, так и по отношению к последующим залогодержателям обремененного залогом имущества (п. 1 ст. 342 ГК РФ, п. 1 ст. 46 Закона об ипотеке).

Для защиты заложенного имущества от притязаний третьих лиц ипотечный кредитор вправе использовать предусмотренные ст. 12 ГК РФ способы защиты своих прав на это имущество, действуя без специальной доверенности от имени залогодателя, если последний отказался от защиты прав на предмет ипотеки или ее не осуществляет. Он также наделен правом, действуя от своего имени, истребовать заложенное имущество из чужого незаконного владения для передачи его во владение залогодателя, если предмет ипотеки оказался в незаконном владении третьих лиц (ст. 33 Закона об ипотеке). В случае неисполнения должником обязательства, обеспеченного залогом недвижимости, залогодержатель вправе независимо от воли залогодателя самостоятельными действиями добиться обращения взыскания на заложенную вещь и ее реализации с торгов, получив тем самым удовлетворение своих требований за ее счет. В направленности иска об обращении взыскания к защите права залога усматривается его вещно-правовой характер. «Неисполнение главного обязательства дает залогодержателю

обеспечения исполнения обязательств: дис. ... канд. юрид. наук. – Ульяновск, 1999. – С. 4243; Морозов Д.Н. Защита гражданских прав участников залогового правоотношения: дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2009. – С. 18-20).

²² Об оборотной функции ипотеки подробнее см.: Роньжин А.А. Залог недвижимости по российскому праву: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 22-31.

²³ Как отмечает Е.А. Крашенинников, «конститутивно приобретенное право производно от правовых возможностей, принадлежащих носителю материнского права, оно имеет тот же объект и обладает тем же правовым характером, что материнское право: дочерние права, которые производны от права собственности, имеют своим объектом вещь и являются вещными; дочерние права, которые производны от требования, направляются против должника и являются обязательственными. Поэтому характер права залога зависит от характера материнского права. Залоговое право является вещным правом, если оно обременяет право собственности, и обязательственным правом, если оно обременяет требование» (см.: Крашенинников Е.А. Заметки о конститутивном правопреемстве // Вещные права: система, содержание, приобретение: Сб. науч. тр. в честь проф. Б.Л. Хаскельберга / под ред. Д.О. Тузова. – М.: Статут, 2008).

²⁴ Вишневский А.А. Залоговое право: учеб. и практич. пособие. – М.: БЕК, 1995. – С. 5. В юридической литературе применительно к залому под правом следования также понимают право истребования заложенной вещи от третьего лица (см.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. – М., 1940. – С. 27).

²⁵ Там же.

право направлять свое взыскание не против должника, а против обладателя вещи, и это взыскание получит здесь характер вещного права»²⁶.

Для целей характеристики ипотеки представляется целесообразным выделять следующие типы ипотеки, отражающие ее наиболее значимые черты как правового явления.

1. По основанию возникновения следует различать договорную ипотеку и ипотеку в силу закона. Первая возникает по воле сторон, на основании заключенного между ними договора об ипотеке (п. 1 ст. 1 Закона об ипотеке), вторая – на основании федерального закона при наступлении указанных в нем обстоятельств (п. 2 ст. 1 Закона об ипотеке) и не зависит от воли сторон²⁷. Ипотеку в силу закона иначе называют легальной, или принудительной, круг ее случаев законом четко не ограничен. Легальная ипотека, в частности, возникает: при передаче недвижимого имущества по договору ренты, а также по договору пожизненного содержания с иждивением (ст. 587 ГК РФ); при приобретении либо строительстве здания, сооружения, жилого дома или квартиры с использованием кредитных средств либо средств целевого займа (ст. 64.1, ст. 77 Закона об ипотеке); при заключении договора об участии в долевом строительстве многоквартирных жилых домов и иных объектов недвижимости (ст. 13 Закона об участии в долевом строительстве).

В зарубежных правовых системах по основанию возникновения наряду с договорной и легальной ипотекой существует ипотека судебная (Франция, Италия), ипотека в силу завещания (Чехия) и ипотека, основанная на одностороннем волеизъявлении (Германия, Швейцария, Италия)²⁸. В российской науке обосновывается целесообразность введения завещательной ипотеки²⁹. Однако проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации» предусматривает сохранение в ГК РФ существующего подхода, последовательно выделяя ипотеку на основании договора и ипотеку на основании закона (ст. 303³⁰ проекта).

2. В зависимости от вида недвижимого имущества, которое может быть обременено ипотекой, различают: залог земельных участков, предприятий, зданий, сооружений, квартир и другого недвижимого имущества (п. 2 ст. 334 ГК РФ, п. 4 ст. 1 Закона об ипотеке).

Выделение данных типов ипотеки обусловлено наличием в законодательстве специальных правил, регулирующих особенности залога соответствующего вида недвижимого имущества – ипотеки земельных участков (гл. IX Закона об ипотеке); ипотеки предприятий, зданий, сооружений и нежилых помещений (гл. XII); ипотеки жилых домов и квартир (гл. XIII). Зарубежному праву такая специализация правового регулирования не свойственна, за исключением ипотеки морского судна, которая и в нашем праве регламентируется отдельно (гл. XXII КТМ³¹).

3. В зависимости от факта выдачи закладной законодатель устанавливает две формы ипотеки – с выдачей и без выдачи закладной. Закладная – инструмент оборота ипотечных прав; она является именной ценной бумагой, удостоверяющей право залога на обремененное ипоте-

²⁶ Кассо Л.А. Понятие о залоге в современном праве. – М.: Статут, 1999. – С. 253.

²⁷ На отсутствие волевого момента при залоге в силу закона указывал О.С. Иоффе (см.: Иоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Госюриздат, 1975. – С. 172).

²⁸ См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В.В. Залесский. – М., 2000. – С. 589, 601, 604.

²⁹ См.: Прокофьев С.В. Правовое регулирование ипотеки (залога недвижимости) в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. – С. 9, 130-131; Морозов Д.Н. Защита гражданских прав участников залогового правоотношения: дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2009. – С. 9—10, 32-34. Проект Гражданского уложения Российской империи также предусматривал возможность установления залога на именье завещанием (завещательный залог) как в обеспечение существующего денежного требования, так и в обеспечение отказанных по завещанию сумм (ст. 1046). Здесь и далее ссылки приводятся по кн.: Проект Гражданского уложения / сост.: РС. Бевзенко, В.А. Хохлов. – Тольятти, 2006.

³⁰ 31 марта 1999 г. (ред. от 7 ноября 2011 г.) // СЗ РФ. – 1999. – № 18. – Ст. 2207.

³¹ Кодекс торгового мореплавания: принят Государственной Думой РФ

кой имущество и право на получение исполнения по денежным обязательствам, обеспеченным ипотекой (п. 2 ст. 13 Закона об ипотеке). Закладная может составляться как при установлении договорной ипотеки, так и при возникновении ипотеки в силу закона. Составление и выдача закладной не допускаются, если предметом ипотеки является предприятие как имущественный комплекс либо право его аренды, а также в случае обеспечения ипотекой денежного обязательства, сумма долга по которому на момент заключения договора не определена (п. 4 ст. 13 Закона об ипотеке). Зарубежным аналогом закладной, пожалуй, можно назвать залоговое свидетельство германского права.

4. *Сообразно рангу ипотечного кредитора* ипотека делится на предшествующую и последующую, что связано с обеспечением разрешения коллизии нескольких залоговых прав на одну и ту же недвижимость и определением порядка их реализации. В зарубежных законодательствах старшинство залоговых прав зависит от времени внесения. Так, во французском праве ипотечный ранг определяется по дате записи в бюро хранения ипотек³², в германском – по времени регистрации этих прав в поземельной книге (§879 ГГУ). В нашем праве критерием определения старшинства выступает дата совершения регистрационной записи об ипотеке в ЕГРП (п. 1 ст. 43 Закона об ипотеке). Вместе с тем Закон об ипотеке, в отличие от зарубежных право порядков, не допускает сделок об уступке старшинства либо об установлении очередности удовлетворения ипотечных кредиторов³³. Право обратиться взыскание на имущество, обремененное предшествующей и последующей ипотекой, при наличии приоритета предшествующей ипотеки, предоставлено и младшему кредитору, но при соблюдении установленных законом условий (п. 2, 3 ст. 46 Закона об ипотеке). Примечательно, что в проекте федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации» по аналогии с нормами проекта Гражданского уложения Российской империи (ст. 1061, ст. 1064) предусмотрена возможность уступки старшинства, а также сохранения старшинства в определенной сумме для будущего требования (ст. 303¹³ проекта).

5. *По объему предоставляемого обеспечения* представляется возможным выделять ипотеку с полным обеспечением, при которой требования залогодержателя обеспечиваются в том объеме, какой они имеют к моменту их удовлетворения (п. 2 ст. 3 Закона об ипотеке), и ипотеку с предельным обеспечением, когда в договоре об ипотеке указана твердая сумма обеспеченных требований залогодержателя, сверх которой он не вправе претендовать на преимущественное удовлетворение за счет стоимости предмета ипотеки (п. 3 ст. 3 Закона об ипотеке). Очевидно, ипотека в силу закона с точки зрения объема обеспечения может конструироваться только по первому типу. Оба типа ипотеки, как с полным, так и с предельным обеспечением, существуют и в зарубежном праве. Например, §1190 ГГУ предусматривает возможность установления ипотеки с предельной суммой (максимальной верхней границей), которая в силу закона считается обеспечительной ипотекой и на практике, как правило, служит обеспечению текущего счета³⁴.

6. *В зависимости от того, какая вещь является главной* при предоставлении обеспечения – земельный участок либо расположенное на нем здание, сооружение, – Закон об ипотеке различает: ипотеку земельного участка без одновременной ипотеки расположенных на нем здания, сооружения (ст. 64) и ипотеку здания, сооружения с одновременной ипотекой

³² См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В.В. Залесский. – М., 2000. – С. 620-621.

³³ В германском праве ипотечным кредиторам предоставлена возможность договориться о порядке очередности до или после внесения записи (§879-880 ГГУ); собственник вещи вправе оставить за собой право на установление очередности (§881 ГГУ). Во французском праве тоже возможна уступка старшинства записи в реестре ипотек, что означает одновременную уступку очереди погашения требований (см.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В.В. Залесский. – М., 2000. – С. 621).

³⁴ См.: Будилов В.М. Залоговое право России и ФРГ – СПб.: Фарватер, 1993. – С. 45; Василевская Л.Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. – М.: Статут, 2004. – С. 477; Вебер Х. Обеспечение обязательств / пер. с нем. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 344-346.

земельного участка, на котором это здание, сооружение расположено (ст. 69)³⁵. Их существование в значительной степени связано с затянувшимся во времени процессом ввода земли в гражданский оборот. Реализация в законодательстве идеи «единого объекта» (т.е. земельного участка и находящегося на нем объекта недвижимости) должна привести к исчезновению указанных типов ипотеки, на что нацелены положения ст. 303⁵ «Ипотека здания» и ст. 303⁶ «Ипотека земельного участка» проекта федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации».

7. По фигуре залогодателя можно выделить ипотеку, предоставленную должником по обеспечиваемому обязательству, и ипотеку, предоставленную третьим лицом, а в зависимости от наличия осложнения в субъектном составе ипотечного правоотношения – ипотеку с множественностью лиц на стороне залогодателя. Значение выделения данных типов обусловлено различным объемом «залоговой ответственности». Залогодатель – третье лицо «отвечает» перед залогодержателем в пределах действительной стоимости заложенного имущества, а при возникновении множественности на его стороне и неделимости предмета ипотеки «залоговая ответственность» может трансформироваться в солидарную (п. 2 ст. 38 Закона об ипотеке).

Проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации» в зависимости от степени связанности с обеспечиваемым требованием предусматривает введение акцессорной и независимой форм ипотеки. Первая предполагает указание в договоре об ипотеке данных о существе, размере и сроках исполнения обеспечиваемого обязательства (ст. 303³⁶), вторая, напротив, с таким указанием не связана и позволяет залогодержателю самостоятельно определять, какое обязательство такой ипотекой обеспечивается (ст. 303²)¹.

Способы и формы осуществления права залога

Генезис юридических конструкций, опосредующих реализацию права залога, неразрывно связан со становлением и развитием форм залогового обеспечения, а последние обусловлены уровнем социально-экономического развития общества. Так, в римском праве залог, пройдя в развитии три формы – *fiducia*, *pignus*, *hypotheca*, – эволюционировал из права присвоения в право продажи заложенной вещи частным порядком (*ius distrahendi*), снабженное специальным вещным иском для целей ее изъятия (*actio hypothecaria*); возможность присвоения залога могла быть оговорена лишь в особом соглашении. Но в эпоху принципата *lex commissoria* была запрещена, а поступление залога в собственность залогодержателя допускалось через специальную судебную-административную процедуру (*impetratio dominii*)³⁷.

В европейских законодательствах, воспринявших римские традиции, в частности в германском и французском праве, с развитием поземельной собственности и системы укрепления прав на недвижимое имущество ипотека трансформировалась в право требовать продажи обремененной залогом недвижимости судебным порядком, тогда как частная продажа стала

³⁵ Подробнее о проблемах правового регулирования и практического использования данных типов ипотеки см.: *Маковская А.А.* Противоречия в регулировании ипотеки земельного участка и расположенных на нем зданий и сооружений, принадлежащих одному лицу // *Гражданское право современной России* / сост. О.М. Козырь и А.Л. Маковский. – М.: Статут, 2008. – С. 87-102; *Чередишченко С.П.* Анализ правовых конструкций ипотеки зданий, сооружений и земельных участков, на которых они расположены, принадлежащих одному лицу // *Право и экономика*. – 2010. – № 7. – С. 30-37.

³⁶ В литературе выделяют типы ипотеки и по иным основаниям (по характеру платежей, по виду кредита и проч.), но все они представляют интерес для экономической науки и не находят отражения в действующем ипотечном законодательстве (подробнее см.: *Скворцов О.Ю.* Сделки с недвижимостью в коммерческом обороте. – М.: Волтерс Клувер, 2006. – С. 281-282).

³⁷ О залоге по римскому праву подробнее см.: *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. – М: Зерцало, 2003. – С. 285-306; *Дерибург Г.* Пандекты. – Т 1. – Ч. 2: Вещное право / под ред. А.Ф. Мейендорфа. – Изд. 6-е, испр. – СПб., 1905. – С. 268-335; *Дыдынский Ф.* Залог по римскому праву. – Варшава, 1872; *Ефимов В.В.* Догма римского права. – I. Общая часть. Вещное право. – Посмертное перераб. изд. – Пг., 1918. – С. 373-395; *Покровский И.А.* История римского права. – Изд. 4-е, испр. – Пг., 1918. – С. 277-289.

признаваться допустимой лишь в отношении заложенных движимых вещей. Таким образом, применительно к ипотеке сформировался институт принудительной публичной продажи, т.е. «особый судебный процесс, имеющий целью подробное исследование условий публичной продажи и, по их утверждению и осуществлении, присуждение вещи одному из участников, на основаниях, указанных предписаниями закона»³⁸. Однако предоставленный залогодержателю иск, направленный к открытию процедур принудительного исполнения залога, значение вещного не утратил. Как справедливо заметил Л.В. Гантовер, «...все различие между римским правом и современными законодательствами заключается лишь в том, что согласно последним иск по залогу направлен не на передачу вотчинному кредитору заложенного имущества, а на получение удовлетворения из имущества посредством публичной продажи оно»³⁹.

Наряду с публичной продажей оформились особые институты удовлетворения ипотечного кредитора посредством временного пользования заложенной недвижимостью с целью направления полученных доходов в счет погашения основного долга и наросших процентов. Таков институт принудительного управления германского права⁴⁰, институт ввода во владение русского дореволюционного права⁴¹.

Потребность в более оперативном по сравнению с судебным порядком продажи залога побудила многие правовые порядки к созданию упрощенных процедур осуществления права ипотечного кредитора, основанных на согласии залогодателя, но не исключающих судебного контроля при продаже заложенной недвижимости. В частности, в германском праве, не допускающем заключения каких-либо соглашений с залогодателем, направленных на передачу права собственности на предмет залога кредитору до наступления срока по основному обязательству, функционирует институт немедленного принудительного исполнения, позволяющий с согласия залогодателя и на основании нотариально оформленного исполнительного документа перейти непосредственно к принудительной продаже заложенного земельного участка⁴².

Другие законодательства пошли по иному пути, установив возможность осуществления права ипотечного кредитора в частном порядке на основании особого соглашения сторон, заключаемого, как правило, после наступления оснований для обращения взыскания (Чехия); некоторые законодательства предусматривают возможность заключения подобных соглашений одновременно с договором ипотеки (Венгрия)⁴³.

В русском дореволюционном праве удовлетворение залогодержателя по залогу между частными лицами допускалось только судебным порядком через публичную продажу, тогда как казенные и кредитные учреждения были вправе обращать заложенное имущество в продажу самостоятельно, в порядке бесспорного взыскания через полицию⁴⁴; поступление залога в собственность залогодержателя становилось возможным лишь в случае безрезультатности торгов (ст. 1171 Устава гражданского судопроизводства).

³⁸ Энциклопедический словарь / под ред. И.Е. Андреевского, К.К. Арсеньева и О.О. Петрушевского. – СПб.: Издание Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона, 1890/1907 (термин «публичная продажа») // <http://www.vehi.net/brokgauz/> (дата обращения: 07.09.2010).

³⁹ Гантовер Л.В. Залоговое право: Объяснения к положениям главы IV раздела I проекта Вотчинного устава. – СПб., 1890. – С. 690-691.

⁴⁰ Подробнее см.: Будилов В.М. Залоговое право России и ФРГ. – СПб., 1993. – С. 54; Вебер Х. Обеспечение обязательств / пер. с нем. – М., – С. 331-332. В литературе высказывается точка зрения о целесообразности введения в российское право института принудительного управления земельным участком по аналогии с германским правом (см.: Ильин А.В. Залог земель сельскохозяйственного назначения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2007. – С. 12-13, 29-30).

⁴¹ Подробнее см.: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 года). – М., 1995. – С. 249.

⁴² Подробнее см.: Будилов В.М. Залоговое право России и ФРГ. – СПб., 1993. – С. 52; Вейкитерн М. Основы вещного права // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / пер. с нем. – М., 2001. – С. 200-201; Вебер Х. Обеспечение обязательств / пер. с нем. – М., – С. 327-328.

⁴³ См.: Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. кол. В.В. Залесский. – М., 2000. – С. 634, 637.

⁴⁴ См.: Ашеников К. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. – СПб., 1898. – С. 411.

Таким образом, изучение правовых конструкций, опосредующих реализацию права ипотечного кредитора на получение удовлетворения из ценности предмета ипотеки в римском, европейском и русском дореволюционном праве, позволяет применительно к ипотеке выделить три способа осуществления права залога:

извлечение из предмета залога его меновой стоимости, т.е. продажа заложенного имущества;

потребление приносящих недвижимостью доходов, т.е. извлечение потребительной стоимости предмета залога;

приобретение (поступление) залога в собственность кредитора на основании соглашения с залогодателем либо путем присвоения предмета залога в результате несостоявшихся повторных торгов.

Сообразно этому подходу еще в конце XIX в. проф. Е.В. Васьковский в зависимости от способа извлечения ценности залога выделил соответствующие типы залогового обеспечения: «...Овладеть и воспользоваться ценностью можно не иначе, как чрез посредство заключающей ее вещи: нужно либо присвоить саму вещь, либо обменять ее на деньги, либо извлечь из нее ценность путем того или иного пользования ею. В первом случае залог состоит в праве присвоения вещи, во втором случае – в праве продажи вещи (*Distraktionspfand*), а в третьем – в праве пользования ею (*Nutzpfand*). Вот три основных типа залога, которые могут сочетаться между собой и образовывать смешанные формы»⁴⁵. При этом автор выделил в качестве господствующей в иностранных законодательствах и в нашем праве форму залога, состоящую в праве продажи вместе с правом присвоения ее в случае невозможности продать⁴⁶. И в современном российском праве ипотека (залог недвижимости), хотя и определена в законе как право на преимущественное удовлетворение за счет стоимости ее предмета (ст. 1 Закона об ипотеке), но по способу осуществления вполне может быть отнесена к данному типу.

Помимо обозначенных способов допустимо говорить и о двух возможных формах осуществления права залога:

судебной, или принудительной, при которой взыскание на залог обращается по решению суда и заложенное имущество реализуется в рамках публичной продажи, организуемой органами государственной власти;

внесудебной, или добровольной, предполагающей удовлетворение ипотечного кредитора в порядке, предусмотренном соглашением сторон; однако момент заключения такого соглашения в законодательстве может быть определен различно – до либо после наступления срока по обеспеченному ипотекой обязательству.

В европейских законодательствах континентальной системы права наличествует либо судебная форма осуществления прав по ипотеке, либо сочетание обеих форм, к которым могут присоединяться институты, обеспечивающие беспорное взыскание (как правило, нотариат).

В российском праве судебный порядок обращения взыскания на заложенную недвижимость применяется приоритетно, а внесудебный (по соглашению сторон) рассматривается как исключение и не допускается в тех случаях, когда взыскание на заложенное имущество может быть обращено исключительно по решению суда (п. 6 ст. 349 ГК, п. 2 ст. 55 Закона об ипотеке). Подобный законодательный прием в специальной литературе объясняется тем, что «судебный порядок призван в первую очередь обеспечить соблюдение прав залогодателя, предотвратить необоснованное обращение требования на его имущество, злоупотребления при реализации предмета залога»⁴⁷. Вместе с тем подчеркивается, что «использование сторонами внесудебного

⁴⁵ *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского права. – М.: Статут, 2003. – С. 371.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ *Новоселова Л.* Обращение взыскания на предмет залога (в связи с вступлением в силу Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве») // *Хозяйство и право.* – 2008. – № 4. – С. 23.

порядка обращения взыскания на заложенное имущество позволяет им, с одной стороны, ускорить и упростить процедуру удовлетворения требований залогодержателя, а с другой стороны – существенно сократить расходы по обращению взыскания»⁴⁸.

Судебный порядок обращения взыскания обязателен в силу прямого указания закона и зависит от двух факторов: 1) вида недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки; 2) цели защиты прав и законных интересов залогодателя, третьих лиц, иных участников гражданского оборота, общества и государства⁴⁹.

Сообразно этому подходу из сферы внесудебного взыскания законодатель изъял следующие виды обремененного ипотекой недвижимого имущества: жилые помещения, принадлежащие физическим лицам на праве собственности; земельные участки сельскохозяйственного назначения; государственное и муниципальное имущество, в том числе земельные участки, находящиеся в муниципальной собственности, и земельные участки, государственная собственность на которые не разграничена, предназначенные для жилищного строительства или для комплексного освоения в целях жилищного строительства; объекты, имеющие значительную историческую, художественную или культурную ценность; предприятия как имущественные комплексы.

В целях защиты прав и законных интересов залогодателя, третьих лиц, иных участников гражданского оборота, общества и государства обращение взыскания на предмет ипотеки осуществляется в судебном порядке, если: для заключения договора о залоге имущества физического лица требовалось согласие или разрешение другого лица либо органа; залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно; предметом ипотеки является имущество, находящееся в совместной собственности, при отсутствии в установленной законом форме согласия кого-либо из собственников на внесудебный порядок обращения взыскания.

Очевидно, судебный порядок будет применяться также в случаях, когда стороны ипотечного правоотношения соглашения о внесудебном порядке обращения взыскания не достигли либо когда в установленном сторонами порядке обращение взыскания на заложенное имущество невозможно.

Следует упомянуть, что Федеральным законом от 30 декабря 2008 г. № 306-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием порядка обращения взыскания на заложенное имущество»⁵⁰ процедуры обращения взыскания и реализации заложенного имущества существенно изменены. Однако оценка внесенных в законодательство изменений в литературе неоднозначна⁵¹.

С одной стороны, законодатель допустил возможность заключения соглашения об обращении взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке в любое время, в том числе путем включения его условий в договор ипотеки⁵², с другой – расширил перечень слу-

⁴⁸ Гришаев С.П. Ипотека на современном этапе. Комментарий законодательства. – СПС, 2009 (гл. I, §4, разд. «Обращение взыскания на заложенную недвижимость», абз. 20).

⁴⁹ См.: Копылов К.В. Залоговое обязательство в гражданском праве Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2001. – С. 162.

⁵⁰ СЗ РФ. – 2009. – № 1. – Ст. 14.

⁵¹ Об оценке законодательной реформы порядка обращения взыскания на заложенное имущество, осуществленной в рамках Федерального закона от 30 декабря 2008 г. № 306-ФЗ, см.: Бевзенко Р.С. Новое в законодательстве о залоге // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 3. – С. 112-137; Губин П., Смирных А. Обращение взыскания на заложенное имущество во внесудебном порядке // Право и экономика. – 2010. – № 9. – С. 29-34; Гуреев В.А. Обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество: новеллы законодательства об исполнительном производстве // Современное право. – 2009. – № 7. – С. 52-57; Мочалова В.А. Новеллы законодательства об обращении взыскания на предмет ипотеки // Хозяйство и право. – 2009. – № 7. – С. 9-19; Скрипичников Д., Резе А. Совершенствование обращения взыскания на заложенное имущество // Арбитражный управляющий, 2009. – № 1. – С. 4-8; Сошишкова М.П. Совершенствование порядка обращения взыскания на заложенное имущество: сравнительно-правовой аспект // Исполнительное право. – 2010. – № 1. – С. 16-20.

⁵² Ранее такое соглашение могло быть заключено только после наступления оснований для обращения взыскания, что препятствовало развитию внесудебных форм реализации заложенной недвижимости, поскольку залогодатель отказывался от

чаев, когда взыскание на заложенную недвижимость допускается исключительно в судебном порядке; тем самым сфера внесудебного обращения взыскания на предмет ипотеки оказалась еще более суженной.

Кроме того, допущение возможности включения в договор ипотеки условий соглашения, предусматривающего удовлетворение ипотечного кредитора путем поступления предмета ипотеки в его собственность, по существу, привело к деформации формулы ипотечного залога, поскольку соединение договора ипотеки с соглашением об отступном в науке рассматривается как противоречащее природе залоговых отношений.

Вызывает нарекания и осуществленная регламентация внесудебных процедур реализации заложенного имущества, связанная с заменой диспозитивного метода регулирования на императивный и унификацией правил проведения аукциона (организуемого залогодержателем) и публичных торгов (организуемых судебным приставом-исполнителем), что сужает при внесудебном порядке возможности решения ряда вопросов на уровне соглашения сторон ипотеки (о сроках проведения аукциона, о порядке и сроках внесения покупной цены и проч.). Сфера внесудебной реализации залога сопряжена с инициативой субъектов залоговых правоотношений, поэтому здесь допустимо лишь установление границ дозволенного поведения.

На совершенствование гражданского законодательства, в том числе правового регулирования ипотечных отношений, нацелены Концепция развития гражданского законодательства⁵³ и разработанный на ее основе проект федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации»⁵⁴. В проекте указанного федерального закона ипотеке посвящена гл. 20⁴ «Ипотека», состоящая из 17 статей. Ипотека отнесена к числу ограниченных вещных прав (п. 2 ст. 224) и определена как право распоряжения заложенной недвижимостью в порядке и на условиях, определенных законом (ст. 303); термин «обращение взыскания» сохранен для характеристики механизма осуществления права ипотечного кредитора (ст. 303¹¹, 303¹⁴), тем же термином именуется соответствующее требование залогодержателя. Вместе с тем ни ныне действующее ипотечное законодательство, ни проект закона о внесении изменений в ГК РФ не позволяют дать однозначные ответы на ряд вопросов, возникающих в сфере обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество, актуальность решения которых очевидна. Комплекс этих вопросов условно может быть разделен на два блока:

проблемы теоретического свойства, возникающие в сфере научных представлений об обращении взыскания как категории материального гражданского права, обслуживающей залоговые, в том числе ипотечные, правоотношения на этапе осуществления права залога;

проблемы прикладного характера, возникающие в сфере применения соответствующих норм гражданского законодательства, регламентирующего материально-правовые условия и порядок обращения взыскания на предмет ипотеки.

Так, законодатель, оперируя термином «обращение взыскания» применительно к осуществлению ипотечным кредитором права на получение преимущественного удовлетворения за счет ценности заложенного имущества, не раскрывает содержание данной категории. Существующие в теории права подходы к ее пониманию многообразны; некоторые авторы в сущность используемого в залоговом праве термина «обращение взыскания» нередко вкладывают процессуальное содержание либо вообще отрицают за обращением взыскания значение кате-

заклучения подобных соглашений с залогодержателем и полагался на гарантии защиты его интересов, реализуемые судом, в частности по отсрочке реализации предмета ипотеки (ст. 54 Закона об ипотеке).

⁵³ Одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. // Вестник ВАС РФ. – 2009. – № 11.

⁵⁴ Разработан Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства» [Электрон. ресурс] // <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html> (официальный сайт ВАС РФ; дата обращения: 30.11.2010).

гории материального гражданского права. В этой связи становится неясным существо правовых возможностей сторон ипотеки в ходе обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество. В научных исследованиях, посвященных ипотечной проблематике, дается лишь оценка оснований обращения взыскания, но каких-либо классификаций этих оснований не приводится вовсе. Применительно к внесудебному порядку обращения взыскания, осуществляемому на основании соглашения сторон ипотеки, с учетом принятых Федеральным законом № 306-ФЗ поправок, имеется неопределенность относительно существования и правовой природы такого соглашения, возникают юридические трудности в оценке нотариального согласия залогодателя, предшествующего его заключению.

Прикладные вопросы, возникающие при обращении взыскания на предмет ипотеки и нашедшие отражение в судебной практике, касаются главным образом определения материально-правовых условий, позволяющих приступить к реализации заложенного имущества. К их числу следует, в частности, отнести:

проблему установления объекта взыскания, в том числе при одновременном обременении ипотекой по одному договору совокупности объектов недвижимого имущества, поскольку ни ГК РФ, ни Закон об ипотеке правового регулирования совокупного обеспечения не содержит;

проблему определения объема взыскания, особенно в тех случаях, когда основное обязательство изменено, а государственная регистрация соответствующих изменений в договоре ипотеки не произведена;

проблему выбора критерия, который может быть положен в основу установления начальной продажной цены объекта взыскания, поскольку из положений законодательства такой критерий четко не усматривается;

проблему правового регулирования способов реализации заложенной недвижимости: содержащиеся в Законе об ипотеке нормы о публичных торгах, проводимых в рамках исполнительного производства, и аукционе, организуемом залогодержателем, дают основания к их отождествлению, а правила проведения торгов, как показывает практика, страдают низкой эффективностью.

Думается, решение обозначенных вопросов позволит развить учение об ипотеке, а также усовершенствовать законодательство в сфере обращения взыскания и реализации заложенного недвижимого имущества, повысив тем самым востребованность ипотеки как обеспечительного средства. Попыток комплексного освещения обозначенного круга проблем ранее не предпринималось.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.