

Правовой режим закладных в государствах – участниках Содружества Независимых Государств

В. Г. СКУРАТОВ

Введение

На современной территории стран – участниц СНГ закладная как документ, составляемый при ипотеке и представляющий собой способ одновременного оформления залоговых и заемных правоотношений, имеет достаточно продолжительную историю. Закладная как инструмент системы «кредитования» под залог недвижимости была известна еще древнерусскому залоговому праву. Достаточно широко использовалась закладная в практике залоговых правоотношений в дореволюционной России. Однако изменение отношения к праву собственности на недвижимое имущество, а соответственно и к ипотеке, произошедшее после революции 1917 года, привело к невозможности составления и использования такого инструмента залогового права как закладная.

Интерес к данному виду документа на территории СНГ возобновился только в начале 90-х годов XX века. При этом закрепление правового режима закладной как особого вида ценной бумаги явилось первым шагом в формировании механизма рефинансирования национальных моделей ипотечного кредитования государств – участников СНГ.

Необходимо отметить, что закладная в законодательстве различных государств – участников СНГ имеет свои особенности, анализ которых должен быть учтен при закреплении правового режима такой ценной бумаги в белорусском законодательстве.

Общая характеристика правового режима закладных в государствах – участниках СНГ

Впервые правовой режим закладной как особой категории ценной бумаги в государствах – участниках СНГ был закреплён в законодательстве Республики Казахстан (Указ Президента Республики Казахстан от 23.12.1995 г. № 2723 "Об ипотеке недвижимого имущества"). В Российской Федерации такая ценная бумага в гражданский оборот была введена Федеральным законом "Об ипотеке (залоге недвижимости)" от 16.07.1998 г. № 102-ФЗ, в Украине – Законом «Об ипотеке» от 05.06.2003 г. № 898-IV, в Азербайджанской Республике – Законом «Об ипотеке» от 15.04.2005 № 883-III, в Республике Узбекистан – Законом «Об ипотеке» от 04.10.2006 г. № ЗРУ-58. При этом следует обратить внимание, что законодатель Республики Узбекистан при разработке закона «Об ипотеке» взял за основу закон Российской Федерации «Об ипотеке (залоге недвижимости)».

Инструмент, подобный закладной (закладной лист), основной функцией которого являлось не рефинансирование ипотечных кредитов, а правовое закрепление отношений по залоговому недвижимому имуществу, с 1992 года применялся в Литве и был введен Законом «Об ипотеке», действующим сегодня в редакции Закона от 10.06.1997 г. № VIII-251 (более подробно см. Скуратов В.Г. Отдельные аспекты правового режима закладных в постсоветских государствах// Экономико-правовая парадигма хозяйствования при переходе к цивилизованному рынку в Беларуси: Сб. науч. статей. Серия: Экономика. – Мн.: ИООО "Право и экономика", 2004. С. 208–217).

Анализ законодательства государств – участников СНГ показывает, что ценная бумага, удостоверяющая одновременно право на получение исполнения по основному обязательству, обеспеченному ипотекой имущества, и право залога на такое имущество, имеет различ-

ное название. Так, в России, Украине и Узбекистане такая ценная бумага называется «закладная», в Казахстане – «ипотечное свидетельство» (далее – закладная), а в Азербайджанской Республике – «ипотечный лист» (далее – закладная).

Обязанным лицом по закладной является должник-залогодатель (если это одно и то же лицо) или должник по обеспеченному ипотекой обязательству и залогодатель (если это разные лица). При этом характер основного обязательства по закладной четко определен только в законодательстве России, Украины и Узбекистана. В законах об ипотеке названных государств указывается, что такое обязательство является денежным, что вполне соответствует институту залога. В соответствии с законодательством Казахстана и Азербайджанской Республики в содержание закладной допускается включение и неденежного обязательства.

Что же касается второго права по закладной – права залога, то можно утверждать, что в большинстве государств-участников СНГ оно понимается одинаково. Исключение составляет Закон Азербайджанской Республики «Об ипотеке». Так, согласно ст. 17 названного закона, закладная, помимо права требования по основному обязательству, удостоверяет одновременно и право «ипотеки на предмет ипотеки», и право на «обращение взыскания на предмет ипотеки в случаях, предусмотренных ст. 34» названного закона. Однако что означает «право ипотеки» закон не раскрывает. В ст. 1 данного закона дается понятие только «ипотечного права», но не «права ипотеки».

В законодательстве об ипотеке большинства государств – участников СНГ указывается, что предметом ипотеки при составлении закладной является именно недвижимое имущество. Буквальное толкование азербайджанского закона «Об ипотеке» говорит о том, что предметом ипотеки по закладной может быть и движимая вещь, право собственности на которую зарегистрировано в официальном реестре.

Рассматривая общие вопросы правового режима закладной, следует обратить внимание, что составление закладной влечет наложение определенных ограничений на последующую ипотеку, а в соответствии с законодательством отдельных государств является основным применением специальных норм в системе ипотечных правоотношений.

При этом в законодательстве государств – участников СНГ по-разному закреплена возможность последующей ипотеки при составлении закладной. В российском и узбекском законах об ипотеке установлен запрет на заключение последующего договора об ипотеке, предусматривающего составление и выдачу закладной. Согласно законодательству Казахстана, не допускается составление более одной закладной в отношении одного и того же недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки по ипотечному жилищному займу или его части. В законе Азербайджанской Республики «Об ипотеке» содержатся достаточно противоречивые нормы. Так, в соответствии с подпунктом 9.6 ст. 9, в случае, если ипотека оформляется закладной, последующая ипотека не допускается. В соответствии же с п. 10 ст. 13, в закладной в обязательством порядке должно содержаться указание на то, имеются ли на недвижимое имущество, являющееся предметом ипотеки, или на часть этого имущества другие закладные, за исключением закладных по договорам ипотечного жилищного займа. Таким образом, можно утверждать, что в Казахстане и Азербайджанской Республике допускается составление нескольких закладных на одно имущество (кроме случаев, когда основным обязательством, обеспеченным ипотекой, является жилищный заем), а в России и Узбекистане на одно имущество может быть составлена только одна закладная, независимо от характера обеспеченного обязательства.

В соответствии с украинским законодательством, в случае выдачи закладной прекращаются денежные обязательства должника по договору, которым обусловлено основное обязательство, и возникают денежные обязательства должника по платежам по закладной. После оформления закладной исполнение основного обязательства и обращение взыскания на предмет ипотеки может быть осуществлено только на основании требований собственника закладной. При этом целесообразность закрепления нормы о прекращении денежных обязательств должника по основному договору, в частности по кредитному договору, вызывает сомнения, так как система нормативных правовых актов, всесторонне регулирующих правоотношения в области кредитования, не может быть заменена нормами, закрепляющими

только правовой режим закладной. Речь в данном случае может идти только о приоритете условий закладной над условиями кредитного договора и договора об ипотеке, что и закреплено в ч. 3 ст. 21 Закона Украины «Об ипотеке», в соответствии с которой, если содержание закладной не соответствует положениям ипотечного договора и договора, которым обусловлено основное обязательство, верными считаются положения закладной. Причем в отличие от норм, закрепленных в российском и узбекском законах об ипотеке, указанные правила распространяются и на случаи, когда владельцем закладной является первоначальный залогодержатель. Абсолютный характер украинской закладной подтверждается также отсутствием возможности законного владельца закладной требовать устранения несоответствия закладной основному договору и договору об ипотеке. Кроме того, после оформления закладной изменения и дополнения ипотечного договора и основного договора могут вноситься только после аннулирования закладной и выдачи новой закладной. При этом аннулирование закладной и выдача новой закладной допускается по соглашению между ипотекодателем, должником, когда он отличен от ипотекодателя, и собственником закладной. Однако аннулирование закладной (если не выдается новая закладная) предполагает возобновление действия денежного обязательства по кредитному договору и договору об ипотеке, а порядок такого возобновления в Законе Украины «Об ипотеке» не предусмотрен.

Кроме того, в украинском законе «Об ипотеке», в отличие от законов других государств – участников в СНГ при выпуске закладной установлены определенные ограничения по распоряжению предметом ипотеки. Так, в частности, в случае оформления украинской закладной переход права собственности на предмет ипотеки не допускается до полного удовлетворения требований по закладной, кроме перехода права собственности на предмет ипотеки в порядке наследования или правопреемства. При этом такое требование украинского закона «Об ипотеке» создает некоторые осложнения применения статьи 6 Закона Украины «Об ипотечном кредитовании, операциях с консолидированным ипотечным долгом и ипотечных сертификатах», согласно которой ипотекодержатель может организовать продажу предмета ипотеки путем составления договора купли-продажи между ипотекодателем и покупателем, если это предусмотрено ипотечным договором или об этом достигнуто письменное соглашение между ипотекодателем и ипотекодержателем. Буквальное понимание двух вышеназванных требований означает, что если в процессе ипотечного кредитования обязательства ипотекодателя (должника) закреплены в закладной, то купля-продажа предмета ипотеки может быть оформлена только после погашения или аннулирования закладной. В данном случае более целесообразно было бы закрепить норму, в соответствии с которой ипотекодатель, с согласия ипотекодержателя (владельца закладной), был бы вправе в любом случае продать предмет ипотеки с направлением средств от его реализации на счет ипотекодержателя (владельца закладной) для погашения основного обязательства, после чего оставшаяся сумма и закладная подлежали бы передаче ипотекодателю (должнику).

Выдача и передача закладной

Выдача и передача закладной подлежат регистрации в органах, осуществляющих государственную регистрацию прав на недвижимое имущество и сделок с ним, что отличает закладную от иных ценных бумаг. Это закреплено в законах об ипотеке всех рассматриваемых государств – участников СНГ. В российском и азербайджанском законах об ипотеке указывается, что для государственной регистрации закладной представляется также ее копия, которая хранится в регистрирующем органе. При этом, в случае утраты азербайджанской закладной, ее копия является основным документом для составления и выдачи дубликата закладной. Однако в азербайджанском законе ничего не говорится о порядке (обязанности регистрирующего органа) проставления на копии закладной «копии индоссаментов» или о совершении каких-либо других отметок, без чего копия закладной сохраняется как первоначальный документ и, таким образом, не может быть использована как основной документ для выдачи дубликата закладной.

Защита интересов кредитора по закладной осуществляется не только посредством механизма государственной регистрации, но и закреплением в законах об ипотеке норм о стра-

ховании предмета ипотеки. В Украине такое страхование является обязательным, в России и Узбекистане – обязательным, если иное не предусмотрено договором, а в Азербайджане – добровольным.

В большинстве государств – участников СНГ, в связи с тем, что закладная носит неэmissionsный характер, она может оформляться в произвольной форме. При этом применение закладной в гражданском обороте и, особенно, в системе ипотечного кредитования требует правового закрепления стандартной (типовой) формы данного документа. Однако только в украинском законе об ипотеке указывается, что закладная составляется на бланке стандартной формы. Данную форму в Украине устанавливает Государственная комиссия по ценным бумагам и фондовому рынку.

Применение закладной в системе ипотечного кредитования приводит к тому, что в содержание закладной переносится текст кредитного договора. В соответствии с российской и узбекскими законами об ипотеке, данный договор может прикладываться к закладной в качестве ее приложения, и поэтому закладная может иметь достаточно большой объем. При этом, как указывает Ю. Туктаров, бумажный размер закладной может быть уменьшен благодаря возможности сослаться в закладной на опубликованные в печати примерные условия, которые будут касаться как договора об ипотеке, так и кредитного договора [1, с. 23].

Обращаясь к порядку передачи закладной необходимо отметить, что он непосредственно зависит от того, является ли закладная именной ценной бумагой или ценной бумагой на предъявителя.

В законодательстве России, Узбекистана и в Азербайджанской Республики закладная определяется как именная ценная бумага, в Казахстана – как ордерная ценная бумага. Закладная, в соответствии с Законом Украины «Об ипотеке», названа долговой ценной бумагой без прямого указания на то, является она именной или ордерной.

Отличие ордерной ценной бумаги от именной состоит как в субъекте прав, удостоверенных ценной бумагой, так и в порядке передачи ценной бумаги. При этом именные ценные бумаги передаются по сделке, оформленной отдельно от ценной бумаги, а ордерные – по передаточной надписи (индоссаменту), составленной непосредственно на ценной бумаге. Анализ законодательства об ипотеке показывает, что закладная в Азербайджанской Республике, Казахстане и Украине передаются путем проставления индоссамента (передаточной надписи). Таким образом, можно утверждать, что украинская и азербайджанская закладная является именно ордерной ценной бумагой, несмотря на то, что в законе Азербайджанской Республики «Об ипотеке» она определяется как именная ценная бумага.

Следует отметить, что правовое закрепление закладной как ордерной ценной бумаги имеет как положительные, так и отрицательные стороны. К положительной можно отнести относительную простоту передачи, что особенно важно, когда закладная (совокупность закладных) является базовым активом при выпуске ипотечных облигаций. Именно это свойство закладной как ордерной ценной бумаги подчеркивается в п. 4.1 Концепции долгосрочного финансирования жилищного строительства и развития системы ипотечного кредитования в Республике Казахстан. К отрицательной стороне ордерной ценной бумаги относится возникновение ответственности лица, передающего права по такой ценной бумаге (индоссанта) не только за существование права, но и за его осуществление, о чем указывается в Гражданских кодексах всех государств – участников СНГ, в которых допускается выпуск закладных. Однако применение такого рода ответственности в отношении закладной является достаточно необоснованным.

Передача прав по российской и узбекской закладной совершается путем заключения сделки в простой письменной форме. Лицо, передающее закладную, производит на ней отметку о новом владельце. При этом такая отметка не может рассматриваться как передаточная надпись, что говорит об ошибочности точки зрения И.В. Довдиенко, высказанной в описании правового режима закладной [2, с. 141]. Передача прав по закладной в данном случае влечет последствия уступки требований (цессии). Данный порядок соответствует правилам перехода прав, удостоверенных именными ценными бумагами, и более отвечает характеру закладной как особой категории ценных бумаг. Как отмечал Ю. Туктаров, отметка на закладной о ее вла-

дельце позволяет приобретателю быть уверенным в том, что продавец закладной является ее собственником, а двойная продажа в таком случае полностью исключена.

Несмотря на кажущуюся простоту обращения закладных, нельзя согласиться с высказанным В. Шапраном мнением о высокой ликвидности данной ценной бумаги. Приобретение прав по каждой конкретной закладной, являющейся фактически производным документом, составленным на основе кредитного договора и договора об ипотеке, как отмечает Н. Пастухова, требует от инвестора тщательного изучения всех существенных условий как по основному, так и по обеспечивающему обязательствам, зафиксированным в ней [3, с. 68]. Любой покупатель, вкладывающий средства в закладные, как отмечал Минц В., должен уметь определять рискованность такого инвестирования (кредитный риск и риск ликвидности) [4, с. 21]. Кроме того, при использовании закладных в системе ипотечного кредитования, когда множество закладных, объединенных в один пул, передаются как одно целое и являются обеспечением эмиссии ипотечных ценных бумаг, действующий (индивидуальный) порядок передачи закладных, как отмечает Ю. Туктаров, создает высокие издержки и снижает ликвидность закладных [1, с. 24]. В целях развития оборота закладных Ю. Туктаровым, В. Николкиным и др. предлагается ввести институт депозитарного учета прав на закладные [1, с. 24; 5, с. 37].

Согласно российскому и узбекскому законам об ипотеке, новый владелец закладной вправе потребовать от органа, осуществившего государственную регистрацию ипотеки, зарегистрировать его в качестве залогодержателя. Однако в данном случае говорится только о праве, но не обязанности регистрации в качестве нового владельца. Правовой режим украинской закладной не включает возможности укрепления прав законного владельца закладной путем его регистрации, что потенциально может иметь достаточно негативные последствия в случае утраты закладной. Так, в соответствии с Законом Украины «Об ипотеке», в случае утраты закладной ипотекодатель и должник, если он не является ипотекодателем, выдают дубликат закладной при условии, что лицо, которое требует выдачи дубликата, может доказать свое право собственности на утраченную закладную путем восстановления всех предыдущих индоссаментов, а для законного владельца закладной это может вызвать определенные осложнения, особенно, если закладная неоднократно передавалась. Причем восстановление всех индоссаментов предполагает также восстановление всех оговорок, которые могут содержаться в передаточных надписях и изменять объем ответственности прежних законных владельцев закладной.

По полном исполнении обеспеченного ипотекой обязательства ипотекодатель обязан передать закладную ипотекодателю. В случае частичного исполнения, согласно российскому, узбекскому, азербайджанскому и казахстанскому законам об ипотеке, на закладной об этом делается специальная отметка (запись). В казахстанской закладной такая отметка не может производиться реже одного раза в год. Украинским же законодательством не предусматривается возможность внесения каких-либо записей в закладную, которые отражали бы изменения обязательств должника. Если основное обязательство подлежит исполнению частями, владелец украинской закладной обязан выдавать должнику письменную квитанцию о получении платежа и вести надлежащий реестр платежей по закладной, который предъявляется должнику по его требованию, а не делать соответствующие отметки на самой закладной. Причем в случае несоответствия между квитанциями о получении платежей и их реестром квитанции о получении платежей имеют верховенство. Таким образом, реестр платежей можно было бы назвать неотъемлемой частью закладной. Однако об этом прямо не указано в украинском законе «Об ипотеке». Ведение реестра платежей, несомненно, упрощает учет поступлений в счет погашения основного обязательства и уменьшает «бумажную» работу по их отражению непосредственно на самой закладной, что возможно посредством использования такого реестра в электронном виде. Однако без отметки на закладной частичного исполнения основного обязательства закладная не отражает размера денежного обязательства, являющегося составной частью прав, удостоверенных данной ценной бумагой. Данный вывод объясняет необоснованность предложений Ю. Тукратова, касающихся, в частности, российской закладной, о возможности закрепления в российском законе «Об ипотеке (залоге недвижимости)» нормы, согласно которой «в закладной может быть указано, что удостоверение частичного исполнения обязательства по закладной не производится» [7, с. 53].

Необходимо отметить, что нахождение закладной у залогодателя не может рассматриваться как свидетельство выполнения должником основного обязательства по закладной, так как возможна и добровольная передача закладной залогодателю. Так, в частности, в соответствии с законодательством Казахстана и Азербайджанской Республики добровольная передача ипотекодателя закладной влечет ее прекращение. Однако речь в данном случае идет именно о прекращении закладной как ценной бумаги, но не прекращении обязательств по договорам, лежащим в ее основе.

Кроме того, как указывают В.А. Зюзин, А.Н. Королев, завершение взаиморасчетов сторон по кредитному или иному договору, то есть возврат заемщиком займодавцу суммы долга и выплата установленных договором процентов, а также нахождение закладной у ипотекодателя не означают автоматического снятия ипотеки с недвижимого имущества, являющегося предметом ипотеки. Для освобождения недвижимого имущества от установленного обременения, в соответствии с российским законодательством, как отмечали В.А. Зюзин и А.Н. Королев, необходимо совершить особое юридическое действие – погасить регистрационную запись об ипотеке в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним. При этом регистрационная запись об ипотеке (и соответственно обязательства и права по закладной) погашается на основании заявления законного владельца закладной или совместного заявления залогодателя и залогодержателя.

Закладная в Республике Беларусь

Правовой режим белорусской закладной закреплен в Законе Республики Беларусь «Об ипотеке» от 20 июня 2008 г. № 345-З (далее – Закон «Об ипотеке»).

Закладная, в соответствии с п. 4 ст. 16 вышеуказанного Закона, является именной ценной бумагой, удостоверяющей:

- право владельца закладной на получение исполнения по обязательству, обеспеченному ипотекой, без представления других доказательств существования этого обязательства;
- права залогодержателя по ипотеке, обеспечивающей исполнение обязательства.

Из содержания вышеуказанных прав по закладной видно, что в белорусском Законе «Об ипотеке», в отличие от аналогичных законов России, Украины и Узбекистана, не указан характер основного обязательства по закладной. Буквально это означает, что в содержание закладной допускается включение любых обязательств, которые могут быть обеспечены ипотекой, а именно: обязательства по кредитным договорам, договорам займа, купли-продажи, аренды, подряда и иным договорам, а также из причинения вреда, если иное не установлено законодательными актами. Однако закрепление в Законе возможности составления закладной при обеспечении ипотекой неденежных обязательств является необоснованным. При этом в проекте Закона Республики Беларусь «Об ипотеке», принятом 14 декабря 2006 года Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь в первом чтении, указывалось, что обязательство, обеспеченное ипотекой, при составлении закладной является денежным, что должно быть закреплено и в действующей редакции Закона.

Предметом ипотеки при составлении белорусской закладной могут быть недвижимое имущество и иное имущество, приравненное законодательными актами к недвижимым вещам, за исключением имущества, которое поступит залогодателю в будущем и которое на момент заключения договора об ипотеке не считается созданным в соответствии с законодательством. В последнем случае закладная составляется после государственной регистрации создания этого имущества, возникновения права собственности на него и ипотеки.

Закладная в соответствии с белорусским Законом «Об ипотеке» составляется организацией по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним. Закрепление за данной организацией обязательств по составлению закладной, с одной стороны, обеспечивает единообразный подход к порядку оформления такой ценной бумаги, но, с другой, возлагает на нее специальные функции (например, по проверке действительности основного обязательства, обеспеченного ипотекой) и дополнительную ответственность за вред, причиненный ошибками нетехнического характера, допущенными при составлении закладной.

По соглашению сторон закладная может быть составлена в документарной (документарная закладная) либо бездокументарной (бездокументарная закладная) форме.

Форма белорусской документарной закладной, как и украинской, устанавливается уполномоченным государственным органом. Так, в соответствии с п.5 ст. 16 Закона «Об ипотеке», примерная форма (бланк) документарной закладной, а также порядок ее составления устанавливаются Советом Министров Республики Беларусь.

Закрепление возможности составления закладной в бездокументарной форме является одним из основных отличий белорусского Закона «Об ипотеке» от аналогичных Законов государств-участников СНГ. Бездокументарная форма закладной предполагает детальную проработку на законодательном уровне порядка депозитарного учета прав по бездокументарным закладным и осуществлению расчетов по операциям с такими ценными бумагами, т.к. действующее законодательство и депозитарная система Республики Беларусь разработаны для осуществления депозитарной деятельности в отношении эмиссионных ценных бумаг (акций, облигаций, государственных облигаций), а закладная таковой не является. В Закон «Об ипотеке» включены нормы, устанавливающие отдельные правила составления и передачи бездокументарной закладной на централизованное хранение в центральный депозитарий ценных бумаг в Республике Беларусь, а также учета прав по бездокументарной закладной в депозитарной системе. При этом эти правила являются базовыми и должны быть более детально урегулированы Советом Министров Республики Беларусь. Введение института депозитарного учета прав на закладные, как отмечают российские исследователи, является одним из шагов, направленных на развитие оборота закладных, и имеет особое значение при использовании такой ценной бумаги в системе ипотечного кредитования.

Необходимо отметить, что в Законе «Об ипотеке» предусмотрена возможность внесения в содержание закладной изменений только при передаче прав по такой ценной бумаге. Это касается отметок в документарной закладной о частичном исполнении обеспеченного ипотекой обязательства и о новом владельце закладной. В бездокументарных закладных эти изменения фиксируются депозитарием, в котором учитываются права на такие ценные бумаги. Однако такое ограничение возможности внесения изменений в закладную не является обоснованным. Так, вне правового регулирования остались вопросы внесения изменений в закладную при изменении:

- должника в связи с переводом долга по обязательству, обеспеченному ипотекой, если залогодатель дал кредитору согласие отвечать за нового должника;
- залогодателя в связи с переходом права собственности на предмет ипотеки в порядке наследования, правопреемства;
- заложенного недвижимого имущества, в том числе при замене погибшего или поврежденного имущества;
- условий обязательства, обеспеченного ипотекой, и т.д.

На основании вышеизложенного обоснованным является правовое закрепление порядка внесения в перечисленных случаях соответствующих изменений в содержание закладной. Так, в частности, в ст. 16 Закона «Об ипотеке» необходимо включить норму, допускающую внесение изменений в содержание закладной на основании соглашения должника по обеспеченному ипотекой обязательству, залогодателя и законного владельца закладной. Кроме того, в указанную статью подлежат включению нормы, устанавливающие обязанность организации по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним по внесению по своей инициативе соответствующих изменений в содержание закладной в связи с изменением собственника имущества, являющегося предметом ипотеки. При этом правового закрепления требует порядок внесения таких изменений как в документарную, так и бездокументарную закладные.

Рассматривая правовой режим белорусской закладной, особое внимание необходимо также уделить вопросу соотношения условий (содержания) закладной и договора об ипотеке и(или) договора, содержащего обязательство, обеспеченное ипотекой, положенные в основу закладной, т.к. это непосредственно касается прав и обязанностей владельца закладной и обязанных по ней лиц. В соответствии с Законом «Об ипотеке» приоритет содержания за-

кладной над условиями вышеуказанных договоров установлен только, если несоответствие между ними возникло в результате передачи (уступки) прав по закладной. При этом характер такого несоответствия в Законе не раскрывается. В данном случае владелец закладной вправе требовать исполнения обязательства по закладной в соответствии с ее содержанием, за исключением случаев, когда несоответствие вызвано ошибками, допущенными по вине самого владельца закладной.

Однако вне правового регулирования остались вопросы соотношения условий закладной и договора об ипотеке и(или) договора, содержащего обязательство, обеспеченное ипотекой, положенные в основу закладной, если их несоответствие возникло до передачи закладной и не связано с ошибками, допущенными при составлении закладной. Так, в частности, такое несоответствие может возникнуть в связи с изменением условий договора об ипотеке либо договора или иного обязательства, обеспеченного ипотекой, по соглашению предыдущего владельца закладной, залогодателя и должника без внесения соответствующих изменений в содержание закладной. Соответственно покупатель закладной может и не знать о таких изменениях.

В данном случае обоснованным является включение в ст. 17 Закона «Об ипотеке» нормы, устанавливающей приоритет закладной в случае несоответствия содержания такой ценной бумаги условиям договоров, положенных в ее основу, в зависимости не от причины возникновения такого несоответствия («в результате передачи (уступки) прав по закладной»), а от степени осведомленности об этом покупателя.

В соответствии с белорусским Законом «Об ипотеке», как и аналогичными российским и узбекским Законами, не допускается заключение последующего договора об ипотеке, предусматривающего составление и выдачу закладной.

Передача (уступка) прав по белорусской закладной совершается путем заключения договора в письменной форме и влечет за собой последствия уступки прав требования (цессии), что характерно порядку передачи прав по именованным ценным бумагам. При передаче (уступке) прав по закладной в белорусском Законе «Об ипотеке», в отличие от законодательства об ипотеке иных государств-участников СНГ, закреплена обязательная государственная регистрация новым владельцем закладной своих прав залогодержателя. На документарной закладной в данном случае производится отметка, в которой должны быть указаны имя (наименование) лица, которому переданы (уступлены) права по документарной закладной, и основание передачи (уступки). Следует обратить внимание, что такую отметку на белорусской закладной производит не лицо, передающее право по такой ценной бумаге, как это закреплено в российском и узбекском Законах об ипотеке, а организация по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним. Совершение отметки о новом владельце закладной вышеуказанным органом на основании договора о передаче закладной и факта государственной регистрации перехода прав залогодержателя по такой ценной бумаге обеспечит правильность и полноту содержания отметки. При этом недостаточно обоснованным является включение в п. 1 ст. 35 белорусского Закона «Об ипотеке» требования, в соответствии с которым отметка о переходе прав по документарной закладной должна быть подписана предыдущим владельцем закладной, т.к. его соблюдение осложняет порядок передачи прав по такой ценной бумаге, что недопустимо при использовании закладных в качестве базисного актива при выпуске ипотечных ценных бумаг, являющихся инструментом рефинансирования в системе ипотечного кредитования.

Заключение

С учетом проведенного анализа правового режима закладных в государствах – участниках СНГ обоснованным является закрепление в Законе Республики Беларусь «Об ипотеке»:

1 нормы, согласно которой обязательство, обеспеченное ипотекой, при составлении закладной является денежным (ст. 16);

2 нормы, согласно которой в содержание закладной допускается внесение изменений на основании соглашения должника по обеспеченному ипотекой обязательству, залогодателя

и законного владельца закладной (ст. 16). Кроме того, в ст. 16 подлежат включению нормы, устанавливающие обязанность организации по государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним по внесению по своей инициативе соответствующих изменений в содержание закладной в связи с изменением собственника имущества, являющегося предметом ипотеки. При этом правового закрепления требует порядок внесения таких изменений как в документарную, так и бездокументарную закладные;

3 нормы, устанавливающей приоритет закладной в случае несоответствия содержания такой ценной бумаги условиям договоров, положенных в ее основу, в зависимости не от причины возникновения такого несоответствия («в результате передачи (уступки) прав по закладной»), а от степени осведомленности об этом покупателя (ст. 17);

Особый правовой режим современной закладной определяет сферу применения данного инструмента фондового рынка. При этом использование закладной как инструмента рефинансирования в системе ипотечного кредитования отличает ее от других категорий ценных бумаг возможностью, наряду с применением таких форм рефинансирования как отчуждение (продажа) закладной, продажи на условиях РЕПО, передачи закладной в залог для обеспечения собственных обязательств перед другими кредиторами, также и эмиссии (выпуска) ипотечных ценных бумаг с использованием закладной в качестве базового актива.

Закрепление в законодательстве Республики Беларусь, как и в других государствах-участниках СНГ, правового режима только закладных не может обеспечить банкам возможность рефинансировать выдаваемые ипотечные кредиты. Это утверждение основано на том, что при использовании закладной для рефинансирования банка стоимость данной ценной бумаги будет близка к размеру основной суммы долга по ипотечному кредиту. Учитывая, что ипотечные кредиты, как правило, выдаются на строительство, реконструкцию или приобретение жилья, стоимость закладной будет достаточно велика, что осложняет ее использование в качестве конечного инструмента рефинансирования и предполагает необходимость разработки (совершенствования) законодательства об ипотечных ценных бумагах.

Abstract. In the paper the legal regime of mortgages in the CIS is considered, similarities and differences of the mortgage as a special category of securities in the legislations of Russia, Ukraine, Kazakhstan, Azerbaijan, Uzbekistan and Belarus are analysed.

Литература

1. Туктаров, Ю. "Отсылочные" и депозитарные закладные / Ю. Туктаров // Рынок ценных бумаг. – 2006. – № 5. – С. 22–24.
2. Ипотека. Управление. Организация. Оценка: Уч. пособие для студентов вузов / И.В. Довдиенко, В.З. Черняк В.З. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2-05. – 464 с.
3. Пастухова, Н. Использование ценных бумаг как инструмента рефинансирования долгосрочных жилищных ипотечных кредитов / Н. Пастухова // Рынок ценных бумаг. – 2001. – № 6. – С. 66–70.
4. Минц, В. Готов ли рынок? Перспективы использования ипотечных ценных бумаг для жилищного финансирования / В. Минц // Рынок ценных бумаг. – 2002. – № 4. – С. 20–24.
5. Складов, Е. Проблемы развития системы рефинансирования российской ипотеки / Е. Складов, А. Скоморохин // Рынок ценных бумаг. – 2006. – № 22. – С. 36–38.
7. Туктаров, Ю. Закладные в контексте жилищного кредитования / Ю. Туктаров // Рынок ценных бумаг. – 2006. – № 17. – С. 52–55.