
**ПЕРЕДАЧА В ЗАЛОГ БУДУЩЕГО НЕДВИЖИМОГО
ИМУЩЕСТВА: ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ**

В условиях активизации в последние годы в Республике Беларусь деятельности в области строительства и девелопмента особую актуальность приобретает вопрос защиты прав и интересов инвесторов, строительных компаний (застройщиков) при реализации инвестиционных проектов, в частности в разрезе привлечения и обеспечения финансирования строительства.

Зачастую до завершения строительства компания-застройщик, нуждающаяся в заемных деньгах, может предложить в качестве обеспечения лишь сам строящийся объект, в отношении которого еще не является титульным владельцем. В экономическом смысле объект незавершенного строительства — это своеобразный актив, который при необходимости может быть вовлечен в экономический оборот. В юридическом смысле возможность распоряжения им, в частности его ипотека, ограничена существующей неопределенностью по отношению к специфике такого объекта.

Цель статьи — исследовать вопросы передачи в залог объекта незавершенного строительства в соответствии с законодательством Республики Беларусь, проанализировать правовой статус объекта незавершенного строительства, изучить подходы, применяемые к залогом такого объекта, определить момент возникновения права залога на данный объект и сформулировать предложения по совершенствованию правового регулирования данного вида залоговых отношений.

Законодательство Республики Беларусь допускает залог вещей и прав, которые на момент заключения договора залога не принадлежат залогодателю, т. е. фактически законодатель вводит в гражданский оборот своеобразные псевдоактивы.

Так, согласно ст. 5 закона Республики Беларусь от 24 ноября 1993 г., № 2586-ХІІ «О залоге» (далее — Закон о залоге), договором могут быть предусмотрены залог имущества, которое может поступить в собственность или в полное хозяйственное ведение залогодателя в будущем, а также залог прав, носителем которых залогодатель может стать в будущем. Формулировка ст. 5 Закона о залоге носит двойственный характер. С одной стороны, позволяет предположить, что речь идет о конкретном существующем имуществе, которое подразумевается быть переданным на законных основаниях залогодержателю в будущем. С другой стороны, некую неопределенность вносит оборот «может поступить в собственность», предполагающий, что законодательство допускает заключение договора залога по поводу имущества, которое может и не поступить в собственность залогодателя в будущем, что, по нашему мнению, противоречит признакам договора залога, не являющемся ни алеаторным, ни договором, заключающимся под отлагательным условием.

Статья 6 закона Республики Беларусь от 20 июня 2008 г. № 345-З «Об ипотеке» (далее — Закон об ипотеке) вносит большую ясность в вопрос ипотеки будущего имущества. Так, согласно п. 1 указанной статьи, предметом ипотеки могут быть недвижимое имущество и иное имущество, приравненное законодательными актами к недвижимым вещам, в том числе которое поступит залогодателю в будущем и которое на момент заключения договора об

Ольга Викторовна ПОЛОЗОВА, аспирантка кафедры гражданско-правовых дисциплин Белорусского государственного экономического университета.

ипотеке не считается созданным в соответствии с законодательством. Закон об ипотеке, во-первых, в силу специфики объекта недвижимого имущества предполагает залог еще не существующего, но создаваемого объекта имущества, во-вторых, устанавливает большую конкретность относительно обязательности поступления такого имущества залогодателю в отличие от вероятности, предполагаемой Законом о залоге. Более того, поступление имущества в будущем залогодателю ставится в зависимость лишь от одной предпосылки — создания имущества. То есть Закон об ипотеке не предполагает ипотеку любого имущества, которое, например, залогодатель приобретет в будущем по договору купли-продажи. Презюмируется, что залогодатель уже имеет конкретное отношение к определенному будущему объекту, но сам объект еще не считается созданным в соответствии с законодательством.

Что же имеется в виду под не созданным в соответствии с законодательством объектом недвижимого имущества, могущим выступить предметом ипотеки? Для ответа на данный вопрос следует обратиться к правовой природе недвижимого имущества.

Как указывает В.Ф. Чигир, особенности правового статуса недвижимого имущества проявляются в специальных правилах возникновения права собственности на вновь создаваемое недвижимое имущество, последствиях нарушения правил строительства отдельных видов недвижимого имущества, правилах, касающихся продажи, дарения, ренты, аренды недвижимости и т. д. [1, 377]. А.В. Тарасов подразделяет создание недвижимой вещи на две основные стадии: стадию фактического возникновения и стадию юридического возникновения. Фактически недвижимая вещь возникает с того момента, когда строительные материалы, из которых она создается, в процессе строительства прочно связываются с землей и их перемещение становится невозможным без разрушения строящегося объекта, т. е. когда такая вещь начинает соответствовать определению, данному недвижимой вещи в п. 1 ст. 130 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее — ГК). Юридически же создание объекта недвижимости требует наличия еще одного юридического факта [2].

Согласно ст. 7 закона Республики Беларусь от 22 июля 2002 г. № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» (далее — Закон о регистрации недвижимости), недвижимое имущество считается созданным с момента государственной регистрации его создания.

Но, как справедливо отмечает О.В. Самосюк, в отличие от российского законодателя, который отнес объекты незавершенного строительства к недвижимым вещам (ст. 130 ГК РФ), белорусский законодатель воспринял данный подход частично: к объектам недвижимого имущества, подлежащим государственной регистрации, отнесено лишь незавершенное законсервированное капитальное строение [3, 87].

Исходя из этого предметом ипотеки будущего имущества выступает строящийся объект, факт создания которого не зарегистрирован в установленном порядке уполномоченным регистрирующим органом. Что же именно передает в ипотеку залогодатель на этапе заключения договора в случае, если объект незавершенного строительства не законсервирован и не считается созданным?

Незаконсервированный объект незавершенного строительства представляет собой лишь набор строительных материалов. Данный подход подтверждают некоторые авторы в своих исследованиях, в частности С.Ч. Белявский [4], О.В. Самосюк [3], А.В. Тарасов [2], а также судебная практика. Так, п. 7 постановления Президиума ВХС Республики Беларусь от 17.12. 2007 г. № 82 «Об отдельных вопросах практики применения хозяйственными судами законодательства о регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» устанавливает, что предметом договора купли-продажи объекта недвижимости, не завершенного строительством и не зарегистрированного в установленном

порядке, могут являться материалы и иное имущество, из которого объект создается. Используя принцип аналогии права, указанный вывод Президиума ВХС можно распространить и на случай ипотеки объекта недвижимости, не завершеного строительством и не зарегистрированного в установленном порядке. Об этом говорится и в Разъяснении ВХС Республики Беларусь от 6 февраля 2008 г. № 03-32/197 «О залоге недвижимости» (далее — Разъяснение ВХС о залоге недвижимости), предлагая применять к предмету залога объекта незавершенного строительства правила о предмете сделки купли-продажи, изложенные в п. 7 постановления Президиума ВХС Республики Беларусь от 17 декабря 2007 г. № 82.

На основании изложенного юридически предметом ипотеки выступает не созданный объект будущего недвижимого имущества, в то время как фактически этот объект на момент заключения договора залога представляет собой лишь набор строительных материалов. Это влечет за собой существенный риск для залогодержателя. Во-первых, между фактическим набором стройматериалов и закладываемым, предполагаемым к созданию объектом недвижимости существует существенный временной и стоимостный разрыв. Во-вторых, механизма, гарантирующего завершение строительства, не существует. В-третьих, не существует юридического основания, позволяющего взыскать «набор стройматериалов», если по договору в залог передан предполагаемый к созданию объект недвижимости. В свою очередь залог строительных материалов также прекращается с момента регистрации создания объекта недвижимого имущества, который тоже невозможно взыскать до или без заключения договора ипотеки созданного объекта недвижимости.

Более того, по мнению А.В. Тарасова, в белорусском законодательстве установлена фикция, предполагающая, что до государственной регистрации создания объекта недвижимости не завершеного строительством объект как объект вещных прав относится к категории движимых вещей, хотя, очевидно, в действительности такой объект уже соответствует определению недвижимой вещи, а строительные материалы, из которых состоит объект незавершенного строительства, как самостоятельные вещи уже погибли в результате их использования в строительстве [2].

На наш взгляд, исходя из трактовки противоречащих друг другу положений п.1 ст. 130 ГК и п.3 ст. 220 ГК, не созданный в соответствии с законодательством объект недвижимости занимает некое промежуточное отношение, который нельзя отнести ни к недвижимым вещам, ни к движимым.

Так, п. 3 ст. 220 ГК предусматривает, что до завершения создания недвижимого имущества, а в соответствующих случаях до его государственной регистрации, если иное не предусмотрено законодательством, к имуществу применяются правила о праве собственности на материалы и другое имущество, из которого недвижимое имущество создается.

В этой связи автор солидарен с Е.И. Шулейко, указывающей на теоретическую неприемлемость такого подхода, состоящей в объективном характере правовой категории «недвижимость». Недвижимая вещь возникает с момента создания и независимо от государственной регистрации прав на нее [5].

Еще одна проблема при залоге будущего объекта имущества — это проблема идентификации создаваемого объекта. Согласно п.1 ст. 12 Закона об ипотеке, в договоре об ипотеке должны быть указаны среди прочего имущество, являющееся предметом ипотеки, его наименование, место нахождения и достаточное для идентификации этого имущества описание. По Разъяснению ВХС о залоге недвижимости вопрос о наличии в подобном договоре данных, достаточных для конкретизации предмета договора как его существенного условия (ч.2 п. 1 ст.402 ГК), должен решаться хозяйственным судом в каждом

отдельном случае с учетом всех обстоятельств дела в совокупности. А значит, в ряде случаев договор ипотеки будущего объекта имущества может впоследствии быть признан незаключенным.

Помимо сложностей с идентификацией предмета залога, практические риски вызывает и подход к определению момента возникновения права залога.

По общему правилу, установленному п. 1 ст. 322 ГК, право залога возникает с момента заключения договора о залоге, а в случаях если необходима регистрация договора, — с момента регистрации договора.

Согласно п. 2 ст. 11 Закона об ипотеке, договор об ипотеке считается заключенным с момента его государственной регистрации. Этим же пунктом предусмотрено исключение для случая ипотеки имущества, которое поступит залогодателю в будущем и которое на момент заключения договора об ипотеке не считается созданным в соответствии с законодательством: договор об ипотеке имущества, которое поступит залогодателю в будущем и которое на момент заключения договора об ипотеке не считается созданным в соответствии с законодательством, считается заключенным с момента придания договору об ипотеке письменной формы.

Соединяя две нормы воедино, логичным предполагается вывод, что право залога при ипотеке имущества, которое поступит залогодателю в будущем, возникает с момента оформления письменной формы договора ипотеки.

Однако в соответствии с п. 3 ст. 8 Закона о регистрации недвижимого имущества право, ограничение (обременение) права на недвижимое имущество, подлежащие государственной регистрации, возникают, переходят, прекращаются с момента государственной регистрации соответственно их возникновения, перехода, прекращения. Согласно п. 2.11 Закона о регистрации недвижимого имущества, возникновение, переход, прекращение права ипотеки подлежит государственной регистрации. А п. 4 ст. 10 указанного Закона устанавливает, что государственная регистрация перехода, прекращения права на недвижимое имущество, возникновение, перехода, прекращения ограничения (обременения) права на недвижимое имущество не может осуществляться ранее государственной регистрации возникновения соответствующего права.

Несмотря на заключение договора, очевидно, что государственная регистрация обременения недвижимого имущества не может быть произведена. Когда в таком случае возникает право залога?

В соответствии с ч. 4 п. 4 постановления Президиума ВХС Республики Беларусь от 04.04. 2007 г. № 26 «О некоторых вопросах обращения взыскания на заложенное имущество», если договором о залоге предусмотрен залог вещей или имущественных прав, которые залогодатель приобретет в будущем (п. 6 ст. 321 ГК), то право залога возникает с момента приобретения залогодателем соответствующего имущества.

Кроме того, в силу положений Закона о регистрации недвижимого имущества право залога по договору о залоге будущего объекта недвижимости возникает только при условии и после осуществления регистрации:

- создания объекта недвижимого имущества;
- права собственности залогодателя на него;
- обременения зарегистрированного объекта.

Напомним, что между заключением самого договора залога и возникновением права залога на его основе могут пройти годы.

Интересным представляется подход Н.Р. Марковника, предлагающего в целях повышения защиты прав залогодержателя в данном контексте предоставлять в качестве обеспечения права залогодателя на получение в будущем объекта недвижимого имущества (залог прав заказчика по договору строитель-

ного подряда). В данном случае до приобретения права собственности на объект недвижимости имеется в наличии вполне конкретное имущество, на которое в случае необходимости можно обратить взыскание, — имущественное право. Для разрешения вопроса о приобретении залогодержателем прав заказчика по договору строительного подряда права залога на созданный объект недвижимости Н.Р. Марковник предлагает предусмотреть в первоначальном договоре обязанность сторон заключить договор залога объекта недвижимого имущества сразу после возникновения права собственности залогодателя на него [6].

Вариантом решения вопроса передачи в ипотеку незавершенного объекта недвижимого имущества может быть предварительная процедура консервации объекта недвижимого имущества. Но отвечает ли залог незавершенного законсервированного капитального строения интересам кредитора-залогодержателя?

Для того чтобы разобраться в этом вопросе, необходимо для начала понять, в каких целях такой механизм залога может быть использован. Как было отмечено, чаще всего передача в залог будущего объекта имущества имеет смысл при необходимости финансирования создания (строительства) самого такого объекта. В соответствии с п.4 ст. 62 закона Республики Беларусь от 05.07. 2004 г. № 300-З «Об архитектурной, градостроительной и строительной деятельности в Республике Беларусь» консервация объекта незавершенного строительства включает в себя помимо прочего прекращение выполнения строительных работ, предусмотренных проектной документацией. Естественно, подобная процедура не отвечает обычным целям инвестиционного проекта. Более того, в случае залога законсервированного капитального строения речь будет идти не о будущем несозданном объекте имущества. В залог будет передано уже существующее законсервированное на определенной стадии строительства капитальное строение. Возникает вопрос, как повлияют производимые работы по продолжению строительства в отношении законсервированного капитального строения на существующие залоговые отношения? Не прекратит ли существовать переданный в ипотеку объект незавершенного строительства и соответственно договор его ипотеки?

Данный вопрос был дискуссионным до закрепления в 2008 г. в Законе о государственной регистрации недвижимого имущества подхода, согласно которому завершение строительства незавершенного законсервированного капитального строения и ввод в эксплуатацию ранее законсервированного объекта были отнесены к понятию изменения недвижимого имущества. Данный подход позволяет предполагать, что переданный в ипотеку законсервированный объект незавершенного строительства, позже расконсервированный, достроенный и зарегистрированный в соответствии с законодательством, признается одним и тем же объектом права, и залогодержатель законсервированного объекта незавершенного строительства сохраняет свои права на уже измененный созданный объект недвижимого имущества. Тем не менее приостановление строительства и проведение процедуры консервации объекта незавершенного строительства не только долгий и дорогостоящий процесс, но и не отвечающий задачам инвестиционного проекта и интересам его участников, а следовательно, неприменимый в целях минимизации рисков по поводу залога объекта незавершенного строительства.

На основании произведенного анализа возникает вопрос, какую юридическую функцию несет договор ипотеки будущего объекта недвижимости, если между заключением договора ипотеки объекта будущего недвижимого имущества и возникновением права залога на него может пройти несколько лет, объект может быть никогда не построен, сложность в идентификации будущего недвижимого имущества в первоначальном договоре вызывает вопрос о действительности договора, отсутствие регистрации договора залога недвижи-

мого имущества дает возможность залогодателю распорядиться достроенным объектом, например продать его третьему лицу?

Кроме того, неэффективность залога будущей недвижимости косвенно подтверждает и ВХС Республики Беларусь, предлагающий использовать в качестве залога принадлежащий залогодателю строящийся объект, когда предметом залога по мере возведения будут становиться части здания (сооружения), т. е. материалы и иное имущество, из которого объект создается (Разъяснение ВХС о залоге недвижимости).

На основании изложенного выше автор делает вывод, что существующий в законодательстве механизм ипотеки будущего недвижимого имущества малоэффективен. Залогодержателю следует учитывать многочисленные риски, сопряженные с данным видом обеспечения:

риск незавершения строительства и отсутствие возможности взыскания, так как до регистрации объекта недвижимости права собственности залогодателя на него и соответственно права залога на него залогодержателя, интересы последнего не защищены;

риск признания договора недействительным ввиду несогласованности существенных условий договора (например, недостаточной идентификации объекта залога);

риск отчуждения залогодателем заложенного имущества третьим лицам и т. д.

В этой связи мы предлагаем ряд мер, направленных на повышение защиты залогодержателя при описанном виде залоговых правоотношений:

– признать незаконсервированный объект незавершенного строительства объектом недвижимости, введя в полноценный гражданский оборот такой объект, как «строящийся объект недвижимости»;

– дополнить подп. 1.2. ст. 3 закона Республики Беларусь от 22.07.2002 г. № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» пп. «1.2-2. строящийся объект недвижимости»;

– пункт 3 ст. 220 ГК РБ изменить, изложив его в следующей редакции: «До завершения создания недвижимого имущества, а в соответствующих случаях — до его государственной регистрации, если иное не предусмотрено законодательством, к имуществу применяются правила о праве собственности на «строящийся объект недвижимости»;

– признать «строящийся объект недвижимости» предметом ипотеки и распространить на него действие ст. 47 гл. 11 закона Республики Беларусь от 20.06.2008 г. № 345-З (ред. от 04.01.2010) «Об ипотеке»;

– государственную регистрацию создания и обременения «строящегося объекта недвижимости» считать не порождающим, а право подтверждающим фактом, тем самым, в частности, признавая существование «строящегося объекта недвижимости» и права залога на него, возникающими с момента начала строительства и заключения договора о залоге соответственно;

– факт государственной регистрации считать имеющим значение в отношении третьих лиц, отсутствие которого не влияет на правоотношения залогодержателя и залогодателя.

Литература и электронные публикации в Интернете

1. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь с приложением актов законодательства и судебной практики (постатейный): в 3 кн. Кн. 1. Разд. I. Общие положения. Разд. II. Право собственности и другие вещные права / отв. ред. и рук. авт. кол. В.Ф. Чигир. — Минск: Амалфея, 2005.

2. *Тарасов, А.В.* Залог не завершенного строительством объекта / А.В. Тарасов // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2012.

3. Самосюк, О.В. Объект незавершенного строительства: единое имущество или набор строительных материалов? / О.В. Самосюк // Промышленно-торговое право. — 2008. — № 05.

4. Белявский, С.Ч. Залог имущественных прав, связанных с недвижимостью: проблемы законодательного регулирования и судебная практика / С.Ч. Белявский // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2012.

5. Шулейко, Е.И. Вопросы правового регулирования оборота недвижимого имущества / Е.И. Шулейко // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2012.

6. Марковник, Н.Р. О некоторых вопросах залога недвижимого имущества / Н.Р. Марковник // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. — Минск, 2012.

*Статья поступила
в редакцию 04.09. 2012 г.*

В.Г. ГОВЗИЧ

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ И СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА В КАЧЕСТВЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

В последние годы теме источников права стало уделяться больше внимания не только в общетеоретических трудах, но и в отраслевых научных разработках. Нередко дискуссии касаются судебной практики и судебных прецедентов. Ранее в большинстве случаев ученые не относили к числу источников права судебную практику и судебные прецеденты, хотя их важное значение в правотворческой и правоприменительной деятельности всегда было несомненно. Ныне все чаще встречается мнение о том, что судебную доктрину и доктрину судебного прецедента следует приравнивать к источникам права. Состоявшееся решение суда зачастую являлось и является для юриста-практика примером, которому можно следовать в схожей правовой ситуации.

Следует отметить, что понятия «судебная практика» и «судебный прецедент» различаются. Судебный прецедент содержит нормы права, сформулированные в решениях вышестоящих судов и обязательные к применению судами нижестоящими. Судебная практика не формулирует нормы права, она дает их толкование, а потому не может рассматриваться как судебское правотворчество. Скорее всего, судебная практика должна трактоваться как правоприменительная деятельность. Раскрытие содержания закона применительно к конкретному случаю — это не правотворчество, а правоприменение [1, 37].

Понятие «судебная практика» определяется как деятельность судов по применению законов при разрешении конкретных дел и как определенная тенденция разрешения судами отдельных категорий дел с учетом вступивших в законную силу решений судов, прежде всего судов высших инстанций. Судебная практика способствует единообразию в применении законов.

В соответствии со ст. 2 закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» акты Кон-

Валерий Георгиевич ГОВЗИЧ, кандидат юридических наук, доцент кафедры экономики предпринимательства и права Белорусского государственного экономического университета.