**Содержание**

**Введение**

**& 1. Понятие залога**

**а. Источники залогового права**

**б. Вещный характер права залога**

**& 2. Основные виды залога и их подвиды**

**а. Ипотека**

**б. Заклад**

1. **Договор о залоге и возникновение права залога**
2. **Стороны залогового правоотношения**

**& 3. Защита и реализация права залогодержателя**

**Заключение**

**Список литературы**

**Введение**

Институт залога имеет давнюю историю. Он получил большое развитие практически во всех странах мира. Институт залога существовал и в советском праве не одно десятилетие. Но с прекращением нэпа и становлением государственной монополии во всех сферах экономики, которая в первую очередь проявлялась в преобладании государственных предприятий, в превращении в государственные органы управления банковско-финансовых института, В исключительно плановом характере экономики и административном механизме хозяйствования, залог не получил должного развития и применения. Умалению значения залога также способствовали существовавшие ограничения в правоспособности государственных предприятий, составлявших подавляющее большинство хозяйственных субъектов, законодательный запрет на обращение взыскания на их основные фонды, отсутствие коммерческого кредитования в банковской сфере.

Начально кардинальному изменению роли залога дали реформы в экономике 80-х начала 90-х годов. Получение Казахстаном независимости и выбор пути рыночных преобразования экономики предопределили развитие залоговых правоотношений в имущественном обороте и, следовательно, реформирование законодательной базы данного института права.

Этому способствовали и произошедшие изменения в теории гражданского права в связи с развитием рыночных отношений и необходимостью создания законодательной базы реформируемой экономики Казахстана. В первую очередь необходимо отметить изменения в определении права собственности в новом Гражданском кодексе Республики Казахстан и возрождение в законодательстве и теории гражданского права института вещных прав, к которому и относится право залога. С принятием Общей части Гражданского кодекса Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года в регулировании института залога произошли существенные изменения, в том числе наметились различия в регулировании этого института по сравнению с законодательством стран СНГ. Настоящая работа посвящена институту залога.

**& 1. Понятие залога.**

Залог представляет собой способ обеспечения исполнения обязательств, в силу которого кредитор-залогодержатель исполнения должником обеспеченного залогом обязательства имеет право получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество за изъятиями, установленными законодательными актами.

Залоговые операции широко распространены в гражданском обороте, особенно в связи с получением хозяйствующими субъектами коммерческого кредита. По этой причине законодателем уделено большое внимание вопросу регулирования залоговых правоотношений.

Залог является одним из способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных действующим законодательством. В гражданском праве под способами обеспечения исполнения обязательств понимаются предусмотренные законодательством или договором специальные меры имущественного характера, стимулирующие надлежащее исполнение обязательств, должником путем установления дополнительных мер защиты для удовлетворения требований кредиторов. Залог, наравне с неустойкой, удержанием имущества должника, поручительством, гарантией, задатком и иными способами, предусмотренными законодательством или договоров, может использоваться для обеспечения любого обязательства, как-то: кредитного договора, договора аренды и т.п.

Являясь одним из способов обеспечения исполнения обязательств, залог, тем не менее, занимает среди них особое место. Это обусловлено наличием ряда негативных явлений в экономике республики - инфляции, невозврата банковских суд и т.п.

Такие распространенные ранее способы обеспечения обязательств, как неустойка и гарантия, в настоящее время теряют практический смысл, т.к. найти надежного гаранта в условиях кризиса неплатежей очень трудно и кредитор практически лишается возможности проверить платежеспособность гаранта. То же самое можно сказать и о неустойке. Если должник не имеет возможности оплатить основную сумму долга, то говорить об оплате им штрафных санкций за ненадлежащее исполнение обязательств уже не приходится.

В отличие от вышеназванных способов обеспечения исполнения обязательств залог имеет ряд преимуществ.

Первое - залог является вещным способом обеспечения обязательств и, в силу этого, кредитор уже не зависит от личности должника или гаранта т.к. исполнение обязательств обеспечивает вещь, а не личность.

Второе - обеспеченное залогом обязательство удовлетворяется из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами.

Третье - для должника хорошим стимулом надлежащего исполнения обязательств является реальная опасность лишиться имущества или имущественных прав.

Четвертое - несмотря на инфляцию, кредитор имеет возможность реально возместить все убытки, возникшие по вине должника, так как предметом залога является ценное и ликвидное имущество, сохранность и наличие которого на момент расчета должника с кредитором обеспечено договором залога.

Основным источником залогового права является Гражданский кодекс.

Наряду с ним, правоотношения регулируются рядом законодательных актов. Залог предприятий, зданий, сооружений, квартир, прав на земельные участки и другого недвижимого имущества регулируется специальным законодательным актом - Указом Президента Республики Казахстан, имеющий силу закона от 23 декабря 1995 года «Об ипотеке недвижимого имущества». Причем в соответствии с пунктом 3 статьи 2 Указа «Об ипотеке недвижимости имущества» особенности ипотеки земельных участков и прав на них ( права землепользования, права аренды) устанавливаются Указом Президента Республики Казахстан, имеющим силу Закона от 22 декабря 1995 года «О земле». Общие правила Гражданского кодекса Республики Казахстан о залоге применяются к залогу о недвижимого имущества в случае, если специальными законодательными актами об ипотеке недвижимого имущества не установлены иные правила.

К источникам правового регулирования ипотеке недвижимого имущества также необходимо отнести Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 25 декабря 1995 года « О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

Исходя из того, что залог ценных бумаг акционерных обществ, других хозяйственных товариществ регулируется с учетом законодательства о ценных бумагах, необходимо относить к источникам залогового права и нормативные акты о ценных бумагах и операциях с ними, затрагивающие особенности залога ценных бумаг.

Основные принципиальные положения о залоге содержатся в & 3 гл.18 Гражданского кодекса.

Кроме того, на залоговые правоотношения распространяются и другие нормы части первой ГК, в частности, о возникновении гражданских прав и обязанностей, осуществлении и защите гражданских прав ( ст. 7-9), об очередности удовлетворения требований кредиторов индивидуального предпринимателя в случае признания его банкротом ( ст. 21) , об очередности удовлетворения требования кредиторов юридического лица при его ликвидации (ст. 51) и банкротстве (ст.53), об объектах гражданских прав (ст. 115), о государственной регистрации сделок (ст. 155), праве собственника в отношении имущества, находящегося в хозяйственном ведении ( ст.199), праве оперативного управления (ст. 203), распоряжении имуществом казенного предприятия ( ст.206), об истребовании имущества из чужого незаконного владения ( ст.260), и от добросовестного приобретателя ( ст.261), о защите прав собственника от нарушений не соединенных с лишением владения ( ст.264), защите прав владельца, не являющегося собственником ( ст.265) и др.

Часть вторая Гражданского кодекса также содержит положения о залоге, содержащиеся в отдельных правилах купли-продажи, ренты, аренды, доверительного управления имуществом и др.

В качестве предмета залога по смыслу статьи 301 ГК РК может использоваться всякое имущество, в том числе вещи и имущественные права, за исключением имущества, изъятого из оборота, и требований, неразрывно связанных с личностью кредитора, имеющее стоимостную оценку и на которое, соответственно, допускается обращение взыскания.

Таким образом, предметом залога могут выступать такие объекты гражданских прав, как недвижимые и движимые вещи, а также права требования, вытекающие из различных обязательств.

Не могут быть предметом залога требования, неразрывно связанные с личностью кредитора, в частности об алиментах, о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также права на нематериальные блага - это жизнь, здоровье, имя, честь и т.п., непередаваемость которых прямо оговорено в гражданском законодательстве.

Несмотря на кажущуюся простоту в установлении правового режима имущества, передаваемого в залог, на практике трудно это сделать, и очень часто сложно определить, что является предметом залога. Одним из таких примеров может служить ипотека предприятия или иного имущественного комплекса. Залогодатель, как правило умалчивает, а залогодержатель не пытается выяснить, какое оборудование и механизмы, входящие в имущественный комплекс являются собственностью залогодателя, а 309 Гражданского кодекса РК право какие взяты им в аренду или получены в лизинг. При этом согласно статьи 309 Гражданского кодекса Республики Казахстан право залога распространяется на весь имущественный комплекс.

Итак, мы видим, что без четкого определения предмета залога невозможно правильно определить ликвидность предоставляемого в залог имущества, объем требований, которые может обеспечить залог, способ удовлетворения требований кредитора из залога.

По всей видимости, существенными условиями договора о залоге, предписанными законодательством и требующим достижения соглашения сторон, должны являются предметы залога и его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспеченного залогом, а также соглашения о том, у какой из сторон находится заложенное имущество на время залога, и соглашение о допустимости использования предметов залога.

**2.** **Вещный характер права залога**

Являясь центральным вещным правом, право собственности также является основанием возникновения всех остальных вещных прав. Иные вещные права производны от права собственности и представляют собой отдельные правомочия собственника, ограниченные или отдельными правомочиями владения, пользования или распоряжения, или в объеме правомочий по осуществлению владения, пользования или распоряжения, которые принадлежат несобственнику вещи на законных основаниях - на основании договора или законодательного акта. Статьей 195 ГК не дается исчерпывающий перечен вещных прав. И отнесением тех или иных прав к вещным имеет большое практическое значение, так как обладателю вещных прав в соответствии со статьей 265 ГК предоставляются аналогичные способы защиты своих прав, какие предоставляются собственнику имущества. К тому же лицо имеет право на защиту своего владения также против собственника.

В то же время теория вещных прав является новым направлением гражданского права Казахстана, которое требует еще дальнейшей разработки и изучения.

В соответствии со статьей 379 ГК из договора могут возникнуть обязательственное, вещное, авторское или иное правоотношение. Эта норма распространяется и на договор о залоге - из договора о залоге могут возникнуть как обязательственное, так и вещное правоотношение. Но при всем этом залог все же продолжает оставаться способом обеспечения исполнения обязательств, как не являясь независимым от обеспечиваемого обязательства самостоятельным вещным правом залогодержателя, так и не являясь самостоятельным независимым от обеспечиваемого обязательства отдельным видом гражданско-правовых обязательств. Особенностью правового регулирования залоговых правоотношений является регулирование двух видов правоотношений обязательственных и вещных, что делает вполне справедливым выделение залога в отдельный институт обеспечительного обязательства и расположения его в главе 118 ГК «Обеспечение исполнения обязательств».

Двойственность природы правоотношений, возникающих при сделке, не является чем-то новым и революционным. Аналогичная двойственность проявляется и во многих иных сделках, связанных с передачей имущества. Так, например, при займе прослеживаются отношения между займодавцем и заемщиком, которые характеризуются как обязательственные, и отношения между заемщиком и денежными средствами, поступающими в собственность последнего, которые характеризуются как вещное право. Из данного вещного права, носящего абсолютный характер, могут возникнуть вещные правоотношения, по природе схожие с правоотношениями, связанными с правом собственности. При хранении между хранителем и поклажедателем устанавливаются обязательственные отношения, в то же время между имуществом и хранителем устанавливаются вещные отношения владения или собственности. Поэтому вещное право залога характеризует правовую связь между залогодержателем и иными третьими лицами. Особенной чертой правоотношений, вытекающих из вещного права, является, их абсолютный характер.

И все необходим отметить, что право залога, как право залогодержателя на преимущественное удовлетворение из стоимости заложенного имущества перед другими кредиторами залогодателя, не является безусловно вещным правом в связи с тем, что в соответствии со статьей 115 ГК к имуществу относятся не только вещи, но и деньги, в том числе и иностранная валюта, ценные бумаги, работы, услуги, объективированные результаты творческой интеллектуальной деятельности, фирменные наименования, товарные знаки и иные средства индивидуализации изделий, иные имущественные права и другие имущество. Вещное право на определенное имущество возможно только в случае, если на это имущество возможно право собственности, что возможно только в отношении вещей как составной части имущества. Да и сам термин «вещное право» предполагает право определенного лица на вещь, но не на имущественные права требования или иное имущество, не относящееся к вещам. В соответствии с этим, право залога будет относиться к вещным правам только в случае использования в качестве предмета залога вещей.

Исходя из вышеизложенного, необходимо классифицировать право залога как вещное право, когда предметом залога выступает вещь, и как обязательственное право требования, когда предметом залога выступает иное имущество.

Право залога, являясь вещным правом, предоставляет его обладателю возможность защиты своего права способами, предусмотренными для защиты права собственности и иных вещных прав. При этом залогодержатель вправе предъявлять как виндикационные, так и негаторные требования к любым лицам, нарушающим его права, в том числе и к собственнику имущества или залогодателю.

Однако следует отметить, что право залога не является вещным правом с неизмененным и определенным набором и объемом правомочий, какими являются, например, право собственности или хозяйственного ведения, хотя бы потому, что существующая в казахстанском праве конструкция залога довольно широка. Она включает к себя и такой вид залога вещей, который нельзя однозначно и безусловно охарактеризовать как обладающий вещным правом, - залог товаров в обороте. Поэтому спор о вещно-правовом или обязательственно-правовом характере залога должен быть решен в форме признания двойственной природы залога: залог порождает два вида отношений - между залогодателем и залогодержателем, и между залогодержателем и вещью, то есть, с одной стороны, залог - способ обеспечения обязательства должника путем установления относительно правовой связи с кредитором, а с другой стороны - непосредственная правовая связь залогодержателя и вещи. Поэтому залог вещи можно охарактеризовать как вещный способ обеспечения обязательства.

Необходимо, также классифицировать вещное право залога на подвиды с определенным набором правомочий его обладателя. Наиболее удобным основанием такой классификации является, по нашему мнению, деление залога вещей на ипотеку и заклад. При этом закладное право залогодержателя можно охарактеризовать как право владения и ограниченного распоряжения, а ипотечное право как право залогодержателя на ограниченное распоряжение предметами залога даже без их владения. В свою очередь, необходимо выделять ипотечное право на недвижимое имущество в связи с особенностями правового регулирования залога недвижимости.

Ограниченное право распоряжения заложенным имуществом является специфичной особенностью залогового вещного права. Являясь производным от права собственности, сущность такой составной части вещного права залога, как ограниченное право распоряжения имуществом, заключается в прекращении права собственности на вещь, используемую в качестве предмета залога, при наступлении определенных условий, предусматриваемых залоговым правом, - неисполнение обеспечиваемого обязательства. Именно право ограниченного распоряжения предметом залога обуславливает, абсолютный характер залога, так как оно применимо при распространении права залога на определенную вещь независимо от прав собственника или иного законного обладателя вещи.

Относя право залогодержателя на вещь, используемую в качестве залога, к вещным правам, основное соотношение права залога на вещь и права собственности, заключается в производности прав залогодержателя от прав собственника.

Производность права залога от права собственности усматривается, в частности, в основаниях возникновения залогового права кредитора.

Сущность соотношения права собственности и права залога заключается также в соотношении прав залогодержателя и прав собственника вещи, используемой в качестве предмета залога, специфика чего проявляется в праве следования залога за вещью и в абсолютности прав залогодержателя.

**& 2. Основные виды залога и их подвиды.**

Гражданский кодекс Республики Казахстан статья 303 выделяет два основных вида залога, а именно ипотека и задаток, которые в зависимости от того, какое имущество выступает в качестве предмета залога делятся на следующие подвиды: залог товаров в обороте (ст.327) , залог вещей в ломбарде (ст. 328).

***а) Ипотека***

Квалифицирующим основанием выделения ипотеки является предоставление залогодателю или третьему лицу при заключении договора о залоге права владения и пользования предметом залога.

В соответствии с действующим законодательством под термином «ипотека» понимается не только залог недвижимого имущества, как это принято в правовых системах многих стран, но и залог любого имущества, в том числе и движимого, а также имущественных прав с оставлением его во владении и пользовании залогодателя. Именно оставление заложенного имущества во владении и пользовании залогодателя и является классифицирующим признаком ипотеки и как вида залога в соответствии с Гражданским кодексом Республики Казахстан.

Предметом ипотеки может быть любое имущество - вещи и имущественные права требования,- которое может быть использовано в качестве залога ( статья 301 ГК), кроме определенной категории имущества, правовое регулирование залога которого не допускает оставление его по владении и пользовании у залогодателя, или ипотека которого ограничена или запрещена законодательными актами. Например, не могут быть предметом ипотеки денежные средства, залог которых предполагает в силу обязательных предписаний законодательного акта ( ГК) внесение их в депозит банка или нотариальной конторы. Также не могут быть предметом ипотеки право землепользователя, являющегося государственным, в силу запрета, установленного статьей 44 Указа «О земле».

По общим правилам на отделимые плоды, полученные в ходе использования заложенного имущества, право залога распространяется только в случаях, предусмотренных договором или законодательным актом ( статья 309 ГК). При ипотеке же отделимые плоды могут быть предметами залога только при условии, если они не становятся с момента отделения объектом прав третьего лица. Например, нельзя распространить право залога при ипотеке садового участка на урожай сада, если садовый участок находится в аренде.

Ипотека недвижимости, транспортных средств и космических объектов подлежит регистрации в органах, осуществляющих регистрацию таких объектов. В соответствии со статьей 155 Гражданского кодекса Республики Казахстан залог недвижимости и приравненных к недвижимости вещей считаются совершенными после их регистрации, если иное не предусмотрено законодательными актами. В частности, иные подпадающих под перечисленные в подпунктах 1-8 статьи 2 Указа «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним».

В случае уклонений одной из сторон от регистрации сделки залога недвижимости или транспортных средств и космических объектов регистрация может быть совершена по решению суда.

Особенности ипотеки недвижимого имущества отмечены в Указе «Об ипотеке недвижимого имущества». В соответствии с пунктом 2 статьи 299 ГК РК, ипотека предприятий, зданий, квартир, прав на земельные участки и другое недвижимое имущество регулируется специальным Законом Республики Казахстан об ипотеке недвижимого имущества, а общие нормы о залоге, содержащиеся в Гражданском кодексе Республики Казахстан, будут применяться к ипотеке недвижимого имущества в случаях, когда специальным Законом об ипотеке недвижимого имущества не будет установлено иное.

С принятием Указов «Об ипотеке недвижимости» и «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», тесно связанных с Указом о земле и взаимосвязанных между собой, ипотека недвижимого имущества получили дальнейшее развитие в регулировании недвижимого имущества и сделок с ними.

Принятие Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» в комплексе с другими нормативными актами в сфере предпринимательства является фактором, способствующим стабилизации сфер производства и распределения, а также созданию устойчивых рыночных стимулов и регуляторов.

В Указе «Об ипотеке недвижимого имущества» отмечается дополнительность ( субсидиарность) норм ГК по регулированию отношений по ипотеке недвижимого имущества. Аналогичные положения имеются и в кодексе. Следовательно, при наличии противоречий с нормами Гражданского кодекса при регулировании отношений по ипотеке недвижимого имущества будут применяться нормы Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» как специального законодательного акта.

Особенностью Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» является отнесение, как и в Указе «О земле», к понятию недвижимости земельных участков против иного понимания недвижимости в ГК.

В соответствии со ст. 1 Указа «О земле» под залогом земельного участка или права землепользования понимается основанное на договоре о залоге право кредитора ( залогодержателя) в случае неисполнения собственников земельного участка или землепользователем (залогодателем) обеспеченного залогом обязательства получить удовлетворение из стоимости заложенного земельного участка или права землепользователя преимущественно перед другими кредиторами залогодателя из изъятиями, установленными законодательными актами.

Указом «Об ипотеке недвижимого имущества» введено понятие «доверенное лицо», которым производится реализация заложенного имущества во внесудебном порядке. Доверенное лицо может определяться сторонами в ипотечном договоре. В случае если доверенное лицо в ипотечном договоре не определено, оно назначается залогодержателем. Возможность определения в договоре доверенного лица, против установленного общими правилами о залоге порядка назначения доверенного лица залогодержателем в соответствии со статьей 320 ГК, является охранной мерой защиты интересов залогодателя. И при заключении ипотечного договора залогодателю предпочтительно было бы обратить внимание на данное положение, установленное статьей 25 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества».

Сама процедура внесудебной реализации ипотеки несколько отличается от установленного порядка общими нормами о залоге, содержащимися в статье 320 ГК. Так, введены новые процессуальные сроки, сроки для защиты интересов и обращения в суд - фактически, сроки исковой давности. Дополнительно введены возможности защиты своих интересов как залогодателем или должником, так и залогодержателем. Так, в частности, Указом «Об ипотеке недвижимого имущества» вводится дополнительный обязательный процессуальный срок - с момента первой публикации объявления о торгах и до момента их проведения должно пройти не менее одного месяца.

От способа оформления ипотеки - договором или договором с выдачей ипотечного свидетельства - зависит и правовой режим регулирования ипотечных правоотношений. Основными различиями в зависимости от этого являются права залогодателя по отчуждению заложенного имущества, передача прав залогодержателем по ипотеке, возможности перезалога залогодержателем прав по ипотеке, а также правила исполнения основного обязательства и прекращении ипотеки. Именно этими различиями и особенностями правового регулирования ипотеки при оформлении ее путем заключения ипотечного договора без выдачи или с выдачей ипотечного свидетельства, а также путем выдачи ипотечного свидетельства без заключения ипотечного договора и объясняется предусмотренное статьей 12 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» требование об отметке о выдаче ипотечного свидетельства на всех экземплярах ипотечного договора.

При оформлении ипотеки только ипотечным договором без выдачи ипотечного свидетельства залогодатель имеет право отчуждать предметы ипотеки с согласия залогодержателя в порядке, установленном статьей 315 ГК. И в этом случае в соответствии со статьей 323 ГК право залога по общим правилам сохраняет силу в порядке универсального правопреемства, если соглашением приобретателя и залогодержателя не установлено иное. При заключении ипотечного договора и выдаче ипотечного свидетельства или оформлении ипотеки выдачей только ипотечного свидетельства не допускается отчуждение залогодателем предметов ипотеки. Данная норма императивная, и никакое иное соглашение сторон по сделке с ипотекой о предоставлении права залогодателю от отчуждение предметов ипотеки недопустимо.

Предусмотренные статьей 8 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» последствия нарушения правил об отчуждении заложенного недвижимого имущества имеют отличие от установленных общими нормами Гражданского кодекса правил защиты права собственности и иных вещных прав. Так, Гражданским кодекс усилил защиту прав залогодержателя в случае нарушения правил о порядке отчуждения предметов залога. Залогодержатель вправе в соответствии с подпунктом 2 статьи 8 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» истребовать имущество и обращать взыскания на него даже в случае добросовестного приобретения. В случае же недобросовестного приобретения недобросовестный приобретатель несет солидарную ответственность наравне с должником в пределах стоимости приобретенного предмета ипотеки за исполнение обеспечиваемого обязательства. Необходимо также отметить, что данные последствия могут наступить как при оформлении сделки ипотечным договором и отчуждении залогодателем предметов залога без согласия залогодержателя, так и при оформлении сделки ипотечным договором с выдачей ипотечного свидетельства или оформлении сделки по ипотеке выдачей ипотечного свидетельства и факта отчуждения залогодателем предмета ипотеки.

Другим отличием является передача прав по ипотеке. В соответствии со статьей 9 Указа "Об ипотеке недвижимого имущества" передача прав по ипотечному договору осуществляется с соблюдением положений об уступке требований, т.е. статьями 339-347 ГК. В случае же заключения договора с выдачей ипотечного свидетельства или оформления ипотеки выдачей ипотечного свидетельства передача прав по ипотеке совершается согласно статье 16 Указа "Об ипотеке недвижимого имущества" – в порядке, предписанном законодательством для передачи прав по ценной бумаге – ипотечному свидетельству, с учетом требований статьи 15 Указа "Об ипотеке недвижимого имущества" о регистрации последующих передач другим владельцам.

С учетом же присущего залогу, как одному из способов обеспечения исполнения основного обязательства, свойства следования за обеспечиваемым (основным} обязательством необходимо отметить", что передача прав по ипотеке возможна только при передаче прав по обеспечиваемому (основному) обязательству. В принципе невозможна передача прав по ипотеке без передачи прав по обеспечиваемому обязательству. В связи с этим хотелось бы отметить, что существующие различия в соответствии со статьей 9 Указа "Об ипотеке недвижимого имущества" по передаче прав по ипотеке касаются только формы*,* но никак не существа.

В соответствии с общими положениями Гражданского кодекса об обязательстве и одоговоре невозможно передать или оформить передачу прав требования по ипотечному договору без предварительной передачи или оформления передачи прав требования по обеспечиваемому обязательству.

Имеются особенности определения законного владельца ценной бумаги, обладающего правом собственности на нее. Помимо фактического обладания ценой бумагой как вещью, необходимого для осуществления выраженных ею прав, право собственности на ипотечное свидетельство и соответственно права, удостоверенные данной ценной бумагой, должны подтверждаться непрерывным рядом имеющихся на нем передаточных надписей. Но все же необходимо отметить недостаточность одного непрерывного ряда передаточных надписей для легитимизации держателя ипотечного свидетельства надлежащим образом. С учетом требований законодательства об обязательной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним ( статьи 118, 155 ГК, а также статьи 2, 3, 23 Указа «О регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», статью 6 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества»), а также положений о возникновении, изменении и прекращении прав на недвижимое имущество и совершения сделок с недвижимостью с момента регистрации, необходимым условием законности владения ипотечным свидетельством, содержанием которого является выраженное в нем вещное право - право залога на недвижимое имущество, является регистрация как выдачи ипотечного свидетельства, так и каждой последующей передаточной надписи в регистрирующем органе по месту нахождения имущества в порядке, установленном для регистрации прав на недвижимое имущество. В случае совершения передаточной надписи и передачи ипотечного свидетельства без регистрации передаточной надписи ( факта передачи права собственности на данную ценную бумагу) у нового материального держателя не возникает права собственности на ценную бумагу и его никак нельзя назвать законным владельцем. Ему также никак не могут принадлежать ни права, вытекающие из содержания ипотечного свидетельства, ни прав последующей передачи ипотечного свидетельства другим лицам.

Данная специфика определения законного владельца имеет большое практическое значение при сделках с этой ценной бумагой, в том числе и при передаче прав собственности на ценную бумагу, а также при залоге ипотечного свидетельства, что означает залог права требования по основному обязательству, а также по ипотечной сделке - залог права требований по ней, своеобразный перезалог предметов ипотеки залогодержателем.

Имеются особенности и различия и по основаниям прекращения ипотечного и основного обязательства в зависимости от способа оформления ипотеки.

Ипотека оформленная ипотечным договором без выдачи ипотечного свидетельства, прекращается по основаниям, предусмотренным общими нормами о прекращении залога, закрепленными в статье 322 ГК.

В случае утраты ипотечного свидетельства и отказа суда в восстановлении прав по ней. В соответствии со статьей 14 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» при осуществлении прав, предусмотренных сделкой об ипотеке и при выдаче ценной бумаги, владелец ипотечного свидетельства обязан предъявить ее залогодателю. Залогодатель же не обязан учинять исполнение в этом случае лицу, не предъявившему ценную бумагу. Именно ипотечное свидетельство и будет удостоверять статус предъявителя как надлежащего кредитора по получению исполнения. В этом ситуации утрата ипотечного свидетельства и отказ суда в восстановлении прав по утраченному ипотечному свидетельству также должно привести к прекращению права требования по основному договору, по крайней мере для последнего держателя.

Как особую разновидность ипотеки движимого имущества необходимо отметить залог товаров в обороте. Предметом данного залога являются товарные запасы, сырье, материалы, полуфабрикаты, готовая продукция и т.п.

Залог товаров в обороте имеет следующие отличительные особенности:

-предметом залога выступает имущество, обладающее родовыми признаками, которое может отчуждаться, изменять состав и натуральную форму при условии сохранения общей стоимости, соразмерной основному обязательству;

-регистрацию залога производит сам залогодатель путем внесения в книгу залогов записей обо всех операциях;

-имущество перестает быть предметом залога с момента его перехода в собственность приобретателя;

-имущество становится предметом залога с момента возникновения у залогодателя на него права собственности ( ст. 327 ГК).

Изложенные особенности позволяют сделать вывод, что залог товаров в обороте не имеет одного из основных вещно-правовых признаков залога - права следования. Выбывшие из собственности залогодателя имущество перестает быть предметом залога в отличие от общего правила, предусмотренного ст. 311 ГК, в соответствии с которым переход права собственности на заложенное имущество к другому лицу не прекращает залогового права.

Рядом специфических признаком обладает и договор в залоге товаров об обороте. Наряду с общими требованиями к договору о залоге, установленными Гражданским кодексом, в отношении договора о залоге товаров в обороте сохраняет свое действие ст.307 ГК, в соответствии с которой в указанном договоре должны быть определены родовые признаки предмета залога, место, в котором он находится, виды товаров, которыми он может быть заменен.

***б) Заклад***

Классифицирующим основанием выделения заклада является передача предметов залога во владение залогодержателя.

Хранение при закладе может осуществляться залогодержателем или третьими лицами по соглашению с последним. Предмет залога при закладе может быть оставлен на хранении также и у залогодателя.

Примерами оставления предметов залога у залогодателя на хранение при закладе являются приравненный к закладу залог с оставлением с согласия залогодержателя залогового имущества у залогодателя под замком и печатью залогодержателя или оставление предметов залога во владении ( без права пользования) залогодателя с нанесением знаков, свидетельствующих о залоге ( твердый залог). В этих случаях залогодатель, хоть и является собственником предметов залога, выступает в качестве хранителя залогового имущества без права пользования и распоряжения. Конструкцию договора хранения подтверждает и право залогодержателя истребовать предметы залога из чужого незаконного владения, в том числе и у самого залогодателя в случае нарушения им условий оставления предметов залога к его владении.

Особое разновидностью заклада является залог вещей в ломбарде. Имея все признаки заклада - передачу предметов залога залогодержателю, залог вещей в ломбарде имеет и ряд особенностей в виде специального правового регулирования, специфики способа оформления, законодательного определения, как лиц являющихся залогодержателями и залогодателями, так и перечня имущества, используемого в качестве предмета залога вещей в ломбарде.

Залогом вещей в ломбарде обеспечивается только краткосрочный кредит (заем), предоставляемый гражданам для личного потребления. Так как выдача кредитов (займов) в качестве предпринимательской деятельности является лицензируемым видом деятельности, а также в связи с тем, что залогодержателем может быть только кредитор по обеспечиваемому обязательству (ст. 299, 325 ГК), залогодержателем залога вещей в ломбарде может являться только специализированная организация, занимающаяся выдачей краткосрочных кредитов гражданам под залог их личных вещей и имеющая на это лицензию - ломбард.

Согласно пункту 6 статьи 328 ГК правила кредитования граждан ломбардами под залог принадлежащих гражданам вещей, а также порядок лицензирования ломбардов регулируются законодательными актами в соответствии с Гражданским кодексом. Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 31 августа 1995 года «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» и Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу Закона, от 22 декабря 11995 года «О лицензировании», регламентируют деятельность по выдаче кредитов и осуществлению деятельности ломбардов.

В настоящее время деятельность ломбардов, в связи с внесением изменением в Указ «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан» относится к банковской деятельности и требует в соответствии со статьей 11 Указа «О лицензировании» получения лицензии в Национальном банке Республики Казахстан.

Предметами залога вещей в ломбарде могут быть вещи, принадлежащие гражданам и предназначенные для личного потребления. В качестве предметов залога вещей в ломбарде могут быть использованы также ценные бумаги, ювелирные изделия. НЕ могут быть предметами залога транспортные средства.

Залогодателем могут быть только физические лица, получающие потребительский кредит в ломбарде.

Основание возникновения залога вещей в ломбарде - договор. Особенностью оформления залога вещей в ломбарде является оформление договора выдачей ломбардом залогового билета. При этом подобная выдача залогового билета приравнивается к совершению сделки в письменной форме ( ст. 307 ГК).

Оценка предметов залога вещей в ломбарде должна согласно статье 328 ГК производится в соответствии с ценами на вещи такого же рода и качества, обычно взимаемыми в торговле в момент их принятия в залог, то есть оценка предметов залога должна быть максимально приближена к действительной.

При залоге вещей в ломбарде установлено обязательное страхование передаваемых ломбарду предметов залога ломбардом за свой счет в полной сумме оценки. В случае неисполнения этой обязанности или страхования заложенного имущества в меньших, чем указано, размерах ломбард отвечает перед залогодателем за убытки, которые понес последний, не получив полностью или в части страховое возмещение за свое погибшее, утраченное или поврежденное имущество.

Ломбард не вправе пользоваться и распоряжаться предметами залога во время действия договора о залоге вещей в ломбарде. Данная норма императивная и не допускающая иного порядка даже по соглашению сторон.

Ломбард несет повышенную ответственность за утрату и повреждение заложенных вещей по сравнению с общими правилами ответственности залогодержателя при закладе ( ст. 313 ГК). Вина ломбарда за гибель, утрату или повреждение предмета залога, как и вина залогодержателя при закладе, предполагается и обязывает его к возмещению убытков залогодателя. Он отвечает за утрату, недостачу, или повреждение заложенного имущества, а также и за случайный ущерб, причиненный этому имуществу. Только ущерб, вызванный непреодолимой силой, освобождает его от ответственности.

Прекращение залога товаров в ломбарде принудительном обращением взыскания на заложенное имущество влечет прекращение основного обеспечиваемого обязательства в любом случае, даже если вырученная сумма после реализации предмета залога недостаточна для полного удовлетворения требования ломбарда по основному обеспечиваемому обязательству. Данное положение статье 328 ГК императивное и не может быть изменено ни договором между залогодателем и ломбардом, ни внутренними правилами ломбарда о порядке выдачи краткосрочных кредитов и принятия в залог в обеспечение выдаваемого займа имущества граждан (физических лиц).

**2.1.** **Договор о залоге и возникновение**

**права залога**

Наиболее распространенным основанием возникновения залога является договор.

Существенными условиями договора о залоге на недвижимое имущество являются: предмет залога и его денежная оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом, определение , у какой из сторон должно находится имущество ( п. 1 ст.307 ГК).

Пункт 2 статья 307 Гражданского кодекса предусматривает заключения договора о залоге «в письменной форме». Несоблюдение сторонами этого требования влечет не общие последствия несоблюдения письменной формы сделок ( пункт 1 ст. 153 ГК), а недействительность договора о залоге ( пункт 3 статьи 307 ГК). Необходимо отметить, что в соответствии с действующим законодательством в настоящее время не имеется требований по нотариальному оформлению договора о залоге. Нотариальная форма может быть применена по соглашению и желанию сторон, и это никак не влияет на действительность договора о залоге, в том числе и ипотечного договора.

Кроме того, обязательным элементом и непременным условием договора о залоге подлежащего государственной регистрации имущества, является регистрация самого залога ( ст.308 ГК) такого имущества в органе, производящем регистрацию такого имущества. Залог такого имущества считается совершенным только с момента его регистрации.

Несоблюдение порядка регистрации договора о залоге, а также его существенных условий и формы влечет недействительность договора о залоге.

В соответствии со статьей 6 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» для ипотеки недвижимого имущества установлены иные последствия несоблюдения письменной формы, чем предусмотренные статьей 307 ГК. При несоблюдении простой письменной формы ипотечного договора наступают общие последствия несоблюдения письменной формы сделок. Но в любом случае при ипотеке недвижимого имущества, требующего государственной регистрации ипотечного договора и законодательного закрепления ее совершения с момента регистрации ( статья 23 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества»), необходимо соблюдение требований пункта 2 статьи 23 Указа «Об ипотеке недвижимого имущества» - наличие письменного документа, необходимого для регистрации и содержащего подписи и полные имена совершивших их лиц, краткое описание объекта недвижимости, указание на его местонахождение, а также сведения о регистрируемом праве.

Особенности правила при оформление договора о залоге имеются при ломбардном залоге и ипотеке недвижимого имущества.

При залоге вещей в ломбарде договор оформляется выдачей ломбардом залогового билета, являющегося распорядительным документом на предъявителя, близким по значению и сущности к именным ценным бумагам.

При ипотеке недвижимого имущества права залогодержателя могут подтверждаться или оформляться выдачей ипотечного свидетельства. Ипотечное свидетельство является, в соответствии со статьей 12 Указа « Об ипотеке...». ордерной ценной бумагой, и исполнение обязанным лицом обязательств по ипотечному свидетельству предъявителю ипотечного свидетельства считается исполнением по ипотечному договору.

Гражданским кодексом установлены моменты возникновения права залога. Пункт 1 статья 310 ГК, включает в себя совокупность имущественных прав залогодержателя, предоставляемых ему для того, чтобы обеспечить сохранение предмета залога ,- право владения переданным ему предметом залога ( пункт 2 статьи 303 ГК) или право проверять по документам фактически наличие, размер, состояние и условия хранения заложенного имущества, находящегося у залогодателя ( пункт 2 статьи 312 ГК), право определенным образом ограничивать распоряжение заложенным имуществом со стороны залогодателя (статьи 311, 315 ГК), право истребовать предмет залога из чужого незаконного владения (статья 316 ГК). Кроме того, в состав права залога входит право залогодержателя обратить взыскание на заложенное имущество в случае неисполнения должником обеспеченного залогом обязательства (статьи 299, 317, 318 ГК). В случае, если договором о залоге залогодержателю предоставлено право самостоятельно реализовать находящееся в залоге имущество ( статьи 318 ГК), право залога также включает в себя право ограниченного распоряжения имуществом - право реализации заложенного имущества при неисполнении должником требований кредитора по обеспечиваемому основному обязательству.

В статье 310 ГК предусматривается возникновение права залога при использовании в качестве предмета имущества, подлежащего регистрации, с момента регистрации договора о залоге такого имущества, при закладе - с момента передачи имущества залогодержателю, при ипотеке и иных видах залога, при котором залоговое имущество не передается залогодержателю, - с момента заключения договора о залоге.

При применении этих правил следует иметь в виду, что залогом может обеспечиваться лишь действительное требование ( статьи 292, 299 ГК). Поэтому если обеспечиваемое залогом обязательство должника еще не возникло, право залога также не может возникнуть, несмотря на заключение договора о залоге и даже регистрацию залога или на передачу предмета залога залогодержателю. Подобное положение может создаваться при заключении договора займа. При заключении договора о залоге в обеспечение займа право залога до получения должником денежных средств не возникает даже в случае подписания сторонами договора займа. Аналогичная ситуация возникает и при заключении договора о залоге в обеспечение обязательства, которое возникает в будущем ( пункт 2 статьи 302 ГК) - право залога может возникнуть только с возникновением и действительностью обеспечиваемого требования кредитора.

Существует и другое обстоятельство, ограничивающее применение правил, изложенных в статье 310 ГК, - отсутствие в натуре предмета залога или отсутствие права собственности у залогодателя на предмет залога к тому моменту, с которым статьей 310 ГК связывается возникновение права залога.

Право залога на товары в обороте, определен в пункте 2 статьи 310 ГК, и представляет собой особый набор правомочий залогодержателя, вытекающий из правил статьи 327 ГК. Право залога при залоге товаров в обороте включает в себя право залогодержателя проверять как по книге записи залогов, обязанность ведения которой возлагается на залогодателя, так и фактически наличие, размер, состояние и условия хранения заложенного имущества, а также соблюдение залогодателем условий по замене предметов залога и обязанности по сохранению общей стоимости предметов залога товаров в обороте. В состав права залога при залоге товаров в обороте входит и право залогодержателя по приостановлению операций с товарами в обороте путем наложения на них своих знаков и печатей в случае нарушения залогодателем залога товаров в обороте и обращение взыскания по общим правилам на заложенное имущество в случае неисполнения должником обеспеченного залогом товаров в обороте обязательства.

Право залога на товары в обороте возникает на предметы залога в момент заключения договора, а в случае замены предметов залога - с момента возникновения у залогодателя на них права собственности или хозяйственного ведения ( статья 327 ГК).

Утрата или полное повреждение предмета залога влечет прекращение права залога ( статья 322). Но если заложенное имущество было застраховано, происходит замена права залога на другое право - залогодержатель имеет право в этом случае получить удовлетворение из страхового возмещения за утрату или повреждение заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество, за изъятиями, установленными законодательными актами, независимо от того, в чью пользу оно застраховано, если только утрата или повреждение не произошли по причинам, за которые залогодержатель отвечает.

Имеются особенности возникновения права залога и при залоге денежных средств. Особенность залога денежных средств - обязательное внесение в депозит банка или нотариальной конторы в соответствии с пунктом 4 статьи 301 ГК.

**2.2. Стороны залогового правоотношения**

Сторонами залогового правоотношения являются залогодатель ( должник) - лицо. Которое передает свое имущество в залог и залогодержатель - лицо, принимающее в залог имущество залогодателя с целью обеспечения исполнения обязательства.

В соответствии с общим правом ст. 305 ГК залогодателем вправе выступать не только должником, но и третье лицо. Данное положение означает, что по соглашению должника с третьим лицом в залог может быть передано имущество последнего.

При этом необходимо требованием к залогодателю вещи является наличие на нее права собственности или права хозяйственного ведения ( п. 2 ст. 335), поскольку залог имущества предполагает принципиальную возможность его продажи, осуществить которую или дать га это согласие правомочен только собственник. Следует отметить, что согласие собственника государственного или муниципального предприятия обязательно только в том случае, если в залог отдается недвижимое имущество. В отношение же остального имущества действует правило, в соответствии с которым указанные предприятия вправе заложить это имущество без согласия собственника, если иное не предусмотрено законами или иными нормативными правовыми актами.

В отношении залога права аренды или иного права на чужую вещь установлено, что лицо, которому принадлежит право на эту вещь, не может без согласия ее собственника или лица, имеющего на не право хозяйственного ведения, выступать залогодателем, если законом или договором запрещено отчуждение этого права без согласия указанных лиц ( п. 3 ст.305).

Из содержания статьи 305 ГК не ясно, может ли быть залогодателем юридическое лицо, обладающее правом оперативного управления (казенное предприятия) , однако согласно пункта 2 ст.206 ГК, предоставляющей казенному предприятия, право распоряжения имуществом с согласия собственника этого имущества, представляется, что это возможно.

Согласно общему правилу ( п. 1 ст.315 ГК), залогодатель праве пользоваться предметом залога, в том числе извлекать из него плоды и доходы. Однако пользование должно иметь целевой характер и не ухудшать качества имущества. Вместе с тем, в интересах залогодержателя, договором может быть установлено ограничение этого права.

Залогодатель имеет право (п. 2 ст. 315) осуществлять в отношении заложенного имущества правомочие распоряжения, т.е. отчуждать предмет залога, передавать его в аренду и т.п., но с согласия залогодержателя, если иное не предусмотрено законом или договором.

Залогодателю предоставлено право перезалога уже заложенного имущества, но при условии, если он не запрещен предшествующими договорами о залоге, пункт 2 статьи 311 ГК. Данная оговорка защищает интересы залогодержателя, так как предоставляет ему возможность запретить перезалог в течение определенного времени, если могут быть нарушены его интересы.

Для обеспечения интересов последующих залогодержателей п. 3 ст. 313 ГК установлена обязанность залогодателя сообщать им сведения о предшествующих залогодержателях и существенных условиях договоров о залоге. Залогодатель отвечает за убытки, причиненные залогодержателям невыполнением этой обязанности.

В соответствии с пунктом 1 статьи 313 Гражданского кодекса залогодатель несет риск случайно гибели или случайного повреждения оставленного у него заложенного имущества, если иное не предусмотрено договором о залоге. Эти последствия определены с учетом того, что залогодатель является собственником имущества и несет все риски собственника.

В случае, если предмет залога, переданный залогодержателю, поврежден, в результате чего не может быть использован по прямому назначению, залогодатель вправе от него отказаться и потребовать возмещения за его утрату.

В качестве принципиальных общих правил, регулирующих права залогодержателя (право залога), его обязанности и ответственность, выделяются следующие:

-распространение права залога не только на вещь, но и на ее принадлежности, если иное не предусмотрено договором, а также на полученные в результате использования плоды, продукцию и доходы в случаях, предусмотренных договором (п. 1 ст. 309 ГК);

-право залогодержателя пользоваться имуществом, переданным ему в качестве залога, в тех случаях, когда это прямо установлено договором (п.1.ст.315)

-обязанность залогодержателя извлекать из предмета залога плоды и доходы в целях погашения основного обязательства или в интересах залогодателя, если это предусмотрено договором (п.1ст.315 ГК);

-императивная ответственность залогодержателя за причиненный залогодателю, в результате утраты или повреждения предмета залога, ущерб в размере действительной стоимости имущества или суммы, на которую она понизилась ( п.3 ст.313 ГК) Это положение имеет значение поскольку реальная рыночная стоимость может значительно превышать залоговую;

-обязанность залогодержателя возместить залогодателю упущенную выгоду, причиненную утратой или повреждением предмета залога в случае, если это предусмотрено договором.

Поскольку заложенное имущество может находиться как у залогодателя, так и залогодержателя, Гражданский кодекс возлагает на них общие обязанности и наделяет общими правами в отношении содержания и сохранности заложенного имущества (п.1 ст.312), а именно:

-принимать меры, необходимые для обеспечения сохранности имущества, в том числе для защиты его от посягательств и требований третьих лиц;

-уведомлять другую сторону о возникновении угрозы утраты или повреждения имущества;

-проверять наличие, состояние и т.п. заложенного имущества, находящегося у другой стороны.

Следует отметить, что характер установленных обязанностей приравнивает их к бремени собственника по содержанию имущества ( ст.189 ГК).

Гражданский кодекс допускает перемену сторон о договоре о залоге.

Общим правилом является норма, согласно которой у лица, приобретающего заложенное имущество, вместе с правом собственности на него появляется и залоговое обременение, т.е. оно становится на место бывшего залогодателя в договоре.

Залогодержатель вправе передать свои права по договору о залоге другому лицу по правилам уступки требования. При этом предусмотрено, что уступка требований по залогу может осуществляться только в случае уступки прав по основному обязательству.

**& 3.** **Защита и реализация прав залогодержателя**

Гражданский кодекс, учитывая двойственную природу залога, предоставляет залогодержателю в определенных случаях вещно-правовую защиту.

Так, в соответствии с п. 1 ст. 316 Гражданского кодекса залогодержатель имеет право истребовать заложенное имущество из чужого незаконного владения, в том числе и у самого залогодателя по правилам об истребовании из чужого незаконного владельца(ст.260 ГК), от добросовестного приобретателя (ст.261 ГК), о защите прав владельца, не являющегося собственником (ст.265 ГК). Пункт 2 статьи316 Гражданского кодекса установлено, что в случаях, когда по условиям договора залогодержателю предоставлено право пользоваться заложенным имуществом, он может требовать от других лиц, в том числе и от залогодателя, устранения всяких нарушений своего права (негаторный иск) согласно положениям ст.264 ГК о защите прав собственника от нарушений, не связанных с лишением владения и вышеупоминаемой ст.265 ГК.

Как уже отмечалось, смысл залога заключается в том , что залогодержатель в случае неисполнения должником своих обязательств получает возможность удовлетворить свои требования за счет заложенного имущества, обратив на него взыскание.

Основанием для обращения взыскания на имущество является ненадлежащее исполнение или неисполнение обязательства залогодателем ( п.1 ст.317 ГК)

Кроме того, предполагается, что убытки залогодержателя должны быть соотносимы со стоимостью заложенного имущества ( п.2 ст.317 ГК). Это означает, что если допущенное должником нарушение обеспеченного залогом обязательства незначительно, то суд вправе отказать залогодержателю в обращении взыскания на заложенное имущество.

Порядок обращения взыскания на заложенное имущество, установленный ст. 318 ГК, предусматривает дифференциацию правового регулирования обращения взыскания на предмет залога в зависимости от вида имущества, переданного в залог.

Общим правилом, регламентирующим порядок обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество, является положение, согласно которому требования залогодержателя удовлетворяются из стоимости такого имущества по решению суда (п.1 ст.318 ГК). При этом возможность бесспорного обращения взыскания на заложенную недвижимость по исполнительной надписи нотариуса исключается. Такое ограничение представляется оправданным с точки зрения обеспечения особой устойчивости прав на недвижимое имущество, имеющее высокую стоимость, поскольку осуществить проверку обоснованности требований кредитора с оценкой всех конкретных обязательств может только суд.

Вместе с тем предусмотрен один случай, когда залогодержателем может быть обращено взыскание на заложенное недвижимое имущество без предъявления иска в суд, а именно: если между залогодержателем и залогодателем имеется нотариально удостоверенное соглашение, заключенное поле возникновения оснований для обращения взыскания на предмет залога.

Здесь следует отметить то, что указанное соглашение стороны имеют право заключить только после того, как должником в установленный срок не исполнено или ненадлежаще исполнено обязательство. Следовательно, всякое условие в договоре о праве залогодержателя на внесудебное обращение взыскания на заложенное недвижимое имущество должно признаваться недействительным. Соглашение о внесудебное обращении взыскания может быть оспорено в суде как залогодержателем или залогодателем, так и любым лицом, чьи права нарушены указанным соглашением.

Указанное правило имеет важное значение для субъектов предпринимательской деятельности, поскольку в отдельных случаях предоставляет залогодержателю возможность оперативно удовлетворить свои требования к должнику, а залогодателю - избежать судебных издержек.

Порядок обращения взыскания на заложенное движимое имущество регулируется с учетом предоставления залогодержателю и залогодателю более широкой возможности обойтись без суда при решении вопроса об удовлетворении требований залогодержателя за счет заложенного имущества.

Правило статьи 318 ГК предусматривает, что требования залогодержателя удовлетворяются за счет предмета залога по решению суда, если иное не предусмотрено соглашением залогодержателя и залогодателя. Законодатель не указал момент заключения этого соглашения. Однако по смыслу этой нормы представляется, что соглашение может быть оформлено как до возникновения основания для обращения взыскания на заложенное имущество, так и после их возникновения. Данное положение действуют, если заложенное имущество не передается залогодержателю.

В отношении же предмета залога, переданного залогодержателю, п. 2 ст. 318 содержит особое правило, согласно которому взыскание на такое имущество может быть обращено в порядке, установленном договором, если законом не установлен иной порядок.

Предусмотрены следующие три случая, когда независимо от вида имущества, переданного в залог, взыскание на предмет залога может быть обращено только по решению суда (п.3 ст.25 Указа «Об ипотеке...):

-если заключения договора и залоге требовалось согласие или разрешение другого лица или органа. Так, например, унитарное предприятие не вправе отдавать в залог недвижимое имущество без согласия собственника(ст.199 ГК);

-если предметом залога является имущество, имеющее значительную историческую, художественную ценность для общества;

-если залогодатель отсутствует и установить место его нахождения невозможно.

Вторым этапом удовлетворения претензий залогодержателя является реализация заложенного имущества.

Независимо от того, в каком порядке обращено взыскание на заложенное имущество: по решению суда или без обращения в суд - предмет залога должен быть реализован с соблюдением правил, установленных ст. 319 ГК

Прежде всего необходимо отметить обязательность продажи заложенного имущества с публичных торгов (п. 1 ст. 319 ГК), что исключает его комиссионную продажу. Данное положение имеет важное значение, так как предоставляет возможность в короткий срок продать предмет залога по наивысшей цене и тем самым удовлетворить требование залогодержателя.

Интересам залогодержателя служит правило (п.3 ст. 319 ГК) о том, что суд при обращении взыскания по решению суда по просьбе залогодателя вправе отсрочить продажу заложенного имущества на срок до одного года. Эта норма рассчитана в основном на те случаи, когда предметом залога является единственная квартира, жилой дом и т.п. Однако с учетом того, что действие указанной нормы может в определенной мере ущемлять интересы залогодержателя, п.3 ст. 319 ГК содержит оговорку в соответствии с которой отсрочка не освобождает должника от возмещения возросших за время отсрочки убытков кредитора и неустойки.

С точки зрения максимального удовлетворения интересов залогодателя, и залогодержателя большое значение имеют следующие предоставленные им права:

-определять соглашением начальную продажную цену заложенного имущества (кроме случаев обращения взыскания в судебном порядке) ;

-заключить соглашение (при объявлении торгов несостоявшимися) о приобретении залогодержателем предмета залога и зачете в счет покупной цены своих требований, обеспеченных залогом (п.5 ст.319).

Принципиальным для обеспечения гарантии прав залогодержателя удовлетворять свои требования независимо от результата торгов ( не состоялись повторные торги, вырученная сумма недостаточна) и залогодателя на возврат излишней суммы являются следующие положения:

-о праве залогодержателя (если сумма, вырученная при реализации предмета залога, недостаточная для покрытия требования) получить недостающую сумму из прочего имущества должника, при отсутствии иного указания в законе или договоре (п.6 ст. 318 ГК);

-об обязательном возврате залогодателю денежной разницы в случае, если сумма, вырученная при реализации заложенного имущества, превышает размер обеспеченного залогом требования залогодержателя (часть вторая п. 6 ст.318 ГК).

В соответствии со ст. 322 ГК, одним из установленных ей оснований прекращения залога являются продажа заложенного имущества с публичных торгов, а также невозможность реализации предмета залога по причине несостоявшихся торгов (п.5 ст. 319 ГК).

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Из вышеизложенного видно, что существующая в казахстанском праве конструкция залога довольно широка. При рассмотрении темы о залоге, мы увидели, что в цивилистической науке велся большой спор о том, относится ли залог к числу институтов вещного или обязательного права. Но в связи с принятием нового Гражданского законодательство видно, что институт залога расположен в разделе вещных прав.

Между тем, следует отметить, что теория вещных прав является новым направлением гражданского права Казахстана, которая требует еще дальнейшего изучения, для определения места права залога в системе вещных прав.

Следует также отметить, что залог не является вещным правом с неизмененным и определенным набором и объемом правомочий, какими являются, например, право собственности или хозяйственного ведения. Она включает в себя и такой вид залога, который нельзя однозначно и безусловно охарактеризовать как обладающий вещным правом,- залог товаров в обороте. И здесь поэтому, можно сказать о двойственной природе залога: залог порождает два вида отношений - между залогодателем и залогодержателем, и между залогодержателем и вещью, то есть, с одной стороны, залог - способ обеспечения обязательства должника путем установления относительной правовой связи с кредитором, а с другой стороны - непосредственная правовая связь залогодержателя и вещи.

С учетом сказанного выше видно, что основанием возникновения залога является договор или законодательный акт. В соответствии со статьей 379 ГК из договора могут возникнуть обязательственное, вещное, авторское или иное правоотношение. Из договора о залоге могут возникнуть как обязательственное, так и вещное правоотношения. Но при всем этом залог все же продолжает оставаться способом обеспечения исполнения обязательств, поэтому он не выступает как самостоятельное вещное право, независимо от обеспечиваемого обязательства залогодержателя, или как отдельный вид гражданско-правовых обязательств. Особенностью правового регулирования залоговых правоотношений является регулирования двух видов правоотношений - обязательственных и вещных, что делает вполне справедливым выделение залога в отдельный институт обеспечительного обязательства и расположение его в главе 18 ГК «Обеспечения исполнения обязательств».

**Список использованной литературы:**

Конституция Республики Казахстан. Алматы: 1995г.

Гражданский кодекс Республики Казахстан (общая часть) от 27 декабря 1994 года.

Закон Республики Казахстан «О земле» от 22 декабря 1995 года.

Закон Республики Казахстан от 23 декабря 1995 года «Об ипотеке недвижимого имущества»

Закон Республики Казахстан от 25 декабря 1995 года «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»

Гражданское право. Т.1 Учебник, Под ред. Е.А.Суханова. М., 1994,

Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. М. Изд-во «Бек» 1996.

Гражданское право. Словарь-справочник. М., 1996.

Залоговое право. М.К. Сулейменов, Е.Б. Осипов. Алматы: Издательство «Адилет пресс», 1997г.

10.Гражданское право. Словарь-справочник, М., 1996,

11. Предприниматель и право. № 25 1998г.

12. Юридический мир № 9-10, 1998г.