

3. Зинченко А.И. Мировые соглашения в гражданском судопроизводстве: дисс. канд. юрид. наук. – Саратов, 1981; Давыденко Д.Л. Мировое соглашение как средство внесудебного урегулирования частноправовых вопросов (по праву России и некоторых зарубежных стран): дисс. канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 17, 18; Пилехина Е.В. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: дисс. канд. юрид. наук. – СПб., 2001.

4. Рожкова М.А. Мировая сделка: Использование в коммерческом обороте. – г. Статут, 2005.

5. Рясенцев В. Мировые сделки (соглашения) Социалистическая законность. – 1984. – №

6. Сулейменов М.К., Куанышев Б.Г. Альтернативные процедуры рассмотрения споров. – В кн.: Международный коммерческий арбитраж: сб. статей и документов (на русс. и англ. яз.).

\*\*\*

In the modern Kazakh society more developed market economy and all spheres of life, therefore more likely to have conflicts and disputes that we are used to resolve in court, but it has recently been developed in Kazakhstan Institute of Mediation. It helps to resolve the problem in more modern, rational, and convenient way. Therefore necessary to develop this institution in our state.

\*\*\*

Қазіргі Қазақстандық қоғамда барлығы нарықтық қатынас және тіршілік әрекетінің барлық салалары көп дамыды. Қайшылық және біз соттарда рұқсат беруге дағдыланған даулар осыған байланысты жиірек пайда болады. Таяу мезгілдердің Қазақстанында бірақ медиацияның институты дамыды. Сондықтан осы институтты дамыту біздің мемлекетте керек.

*С.Е. Исетова*

## ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ЗАЛОГА И ЗАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Реформы, проводимые в нашей стране, повлекли и существенное изменение действующего законодательства. Активное вовлечение в хозяйственную деятельность различных субъектов права требовало от государства новых подходов к регулированию такой деятельности.

Принятие первой Конституции Республики Казахстан, Гражданского кодекса Республики Казахстан и других нормативных актов открыло новые возможности в области экономики, отношения в которой регулируются во многом нормами права. Реформирование правовой системы положило начало формированию такого института современного казахстанского права, как залог.

История залога исчисляется многими столетиями. Упоминания о залоге встречаются еще в законах Хаммурапи (VI веке до нашей эры). Однако наиболее развитая форма залога существовала в Древнем Риме, потому что именно там уровень развития экономических отношений начал требовать применения института ссуды. Но нужны были гарантии возврата кредита, иными словами, способы обеспечения обязательств. Именно в это время происходит глубокая детализация правовых норм, и римское право оказало в дальнейшем наиболее сильное влияние на развитие систем права различных стран мира.

Понятие залога в Древнем Риме можно охарактеризовать как «право на чужую вещь». Институт залога получил свою разработку в законах XII Таблиц в форме «фидуции» - залога, основанного на доверии. Залогодержателю мог передаваться предмет залога; в случае, если последний оказывался недобросовестным владельцем, залогодатель мог подать иск (*actio fiduciae*): «...если должник был опутан и обманут по злому умыслу кредитора: обманно поступает тот кредитор, который имеет возможность вернуть залог, не возвращает его» [1].

Установленный в этом виде залог представлял для кредитора более чем полное обеспечение, так как переходил в собственность кредитора. «Становясь одновременно с возникновением залога собственником предмета, его кредитор имел право владеть, пользоваться и распоряжаться им по своему усмотрению; он имел возможность отчуждать его без предварительного согласия должника и, не дожидаясь времени, когда требование будет подлежать исполнению» [2].

Должник же лишался права собственности на предмет залога, а следовательно, лишался права на плоды, приносимые этим имуществом и, кроме того, права истребования его из рук третьих лиц. Наконец, даже удовлетворив требования кредитора, должник не мог быть в полной уверенности, что ему будет возвращено имущество, бывшее предметом залога, так как его могло уже не быть у кредитора или оно было обременено правами в чью-то пользу. В этом случае должник мог получить с кредитора только компенсацию за вред и убытки. Наряду с *fiducia* римское право выработало другую форму залога — *ignus*. Согласно традиционному определению, *ignus* есть форма залога римского частного права, при которой залогодатель (должник) отдает залогопринимателю (кредитору) вещь во владение, при этом для последнего возникает обязательство вернуть вещь в случае уплаты долга [3].

Этот вид залога имел существенные недостатки, которые были связаны, во-первых, с тем, что кредитор считался лишь владельцем заложенного имущества и не имел для защиты своего права вещного иска, а значит, не мог отыскать заложенного имущества у третьих лиц; а во-вторых, кредитор не имел права продать предмет залога с целью получения удовлетворения. И только при империи это право в случае просрочки долга стало признаваться. Кроме того, *fiducia* и *ignus* имели

ряд общих недостатков, которые вытекали, прежде всего, из того, что установление залога связывалось с передачей имущества должника кредитору. Л.В. Гантовер выделял следующее:

“как бы незначителен ни был долг, обеспеченный залогом на имущество должника, кредитоспособность этого имущества оказывалась исчерпаной”

“с передачей залога кредитору, в особенности когда предмет этот составлял недвижимое имущество, должник нередко лишался единственного источника к содержанию себя и своего семейства и возможности удовлетворить долг из доходов этого имущества” [2, с.19].

Pignus явился переходной формой залога. Он пришел на смену древнейшей fiducia как более простой и соответствующий потребностям гражданского оборота вид залога, а затем, в свою очередь, развился в современную гражданско-правовую конструкцию hypotheca («ипотека»).

Римские юристы сумели освободиться от указанных недостатков в другом, наиболее позднем по времени возникновении, виде залога — hypotheca, сложившегося под влиянием восточного греко-египетского права и развивавшегося на почве найма сельскохозяйственных участков. Этот вид залога предусматривал более благоприятное положение должника: о «Pignus» в собственном смысле мы говорим, когда вещь переходит к кредитору, об ипотеке, когда даже владение не переходит к кредитору. Ипотека позволяет свободно закладывать практически любые вещи, без особых хозяйственных затруднений для залогодателя. Вместе с тем при ипотеке определенные иски возникают у залогодержателя, а также у третьих лиц, вступающих в частно-правовые отношения с залогодателем по поводу заложенной вещи, не знающих о ее обременении, т.е. вещь при недобросовестности залогодателя может быть перезаложена. Поэтому был введен принцип старшинства залога – приоритетно получал удовлетворение залогодержатель, чье право на заложенную вещь возникло раньше. Римляне вплотную подошли к институту обязательной государственной регистрации залоговых прав на вещи (во избежание перезаклада), так, в некоторых городах такая регистрация даже существовала, но лишь на факультативной основе, при этом зарегистрированное залоговое право считалось старше незарегистрированного, даже если возникло позже. Со временем римская земля подешевела, залогодержатели не могли продать заложенный участок с тем, чтобы полностью удовлетворить свои требования по неоплаченному долгу. Тогда, чтобы оживить ипотеку, стало дозволяться приобретение заложенных земельных участков самим залогодержателем в собственность. Однако римские юристы долго вели споры относительно тождества и различий видов залога. Знаменитый римский юрист Марциан считал ипотеку и пигнус одним и тем же - договором. Вот какое высказывание мы встречаем в Дигестах: «...Между пигнус и ипотекой разница только в звучании названий». Напротив, юрист Ульпиан проводит различие между этими договорами: «...В собственном смысле мы называем залогом то, что переходит к кредитору, при ипотеке же к кредитору не переходит владение» [4].

Таким образом, на всем протяжении рассматриваемого периода мы видим безусловный прогресс развития института залога. Поражает воображение профессионализм древнеримских юристов, умение выделить главные особенности, точно сформулировать, ясно изложить правовые нормы. Эти свойства позволили в дальнейшем осуществить переход римских юридических выражений и формул в века. Через сотни лет после падения римской империи законы, разработанные еще в древности, не утратили своей актуальности и по сей день.

Долгое время развивающиеся европейские страны применяли римское право в том виде, в каком оно существовало еще в Риме, но постепенно оно подвергалось изменениям и соответствующим дополнениям. Оно легло в основу кодексов, которые были разработаны и приняты многими странами - Западной Европы и бывшими союзными республиками. Рецепция римского права, то есть восприятие (заимствование) его положений правовыми системами других государств более позднего периода, оказала первостепенное значение в развитии института залога в законодательствах многих стран мира.

Одним из ярких примеров рецепции римского права является германское гражданское право XII - XVII вв., впоследствии получившее название пандектного права. «Для постройки Германского права фундамент и столбы доставил Рим» [5].

Специальные нормы об ипотеке появились с принятием в 1783 году Ипотечного устава, который предусматривал, что в случае перемены лиц на стороне кредитора, свои требования новый кредитор предъявляет, исходя из записей, сделанных в книге. В конце XIX века было разработано и утверждено Гражданское Уложение Германской Империи, которое вступило в силу 1 января 1900 г. Названный нормативный акт предусматривал два вида залога - ипотеку и вотчинный долг. Первый характеризуется как «привесок к требованию» и существует до тех пор, пока существует требование. «Об установленной ипотеке выдается свидетельство». Статья 1118 предусматривает, что ипотекой

обеспечиваются законные проценты и издержки по производству дела о получении удовлетворения иска [5].

Германское законодательство подверглось рецепции римского права, которое полностью заменило собой местные обычаи. Однако германские цивилисты начала XX века ужасались размаху рецепции и отзывались об этом явлении далеко не лестно: «В общем, влияние римского права, прямое и косвенное, на германскую организацию обладания недвижимости, где оно проявлялось, было по большей части пагубно» [5].

На наш взгляд, анализ средневекового законодательства говорит о безусловном правовом развитии, ведь вполне естественным следует считать разделение вещей (как индивидуально-определенных предметов) и самой личности должника (в данном случае собственника вещи). Право должно было пройти еще долгий путь, прежде чем прийти к приоритету жизни и здоровья индивида по отношению к собственности. Отдельные нормы римского частного права были заимствованы дореволюционным российским правом, однако, в несколько ином виде. Залог был известен и до разработки единых законодательных актов. В обеспечение обязательств, помимо движимых и недвижимых вещей, мог поступить и сам должник. Речь идет о возможности предъявления к должнику личного иска. В случае неуплаты долга залогодатель поступал в холопы к залогодержателю. Но такое положение продолжалось лишь до отработки долга. Это взыскание могло быть направлено и на имущество.

Первое упоминание о залоге встречается в Псковской Судной Грамоте. В данном документе детально расписывается заклад и поведение сторон в суде в случае спора. Статья 31 Псковской Судной Грамоты содержит следующие указания:

«Хто на ком имет ссуднаго серебра по доскам, а сверх того и заклад положит на него платной, или доспех, или конь, или иное што назрячее и животное, а тот заклад того серебра не судит, чего ищет, отопрется своего закладу, а молвит так: у тебе есми того не закладал, а у тебе есми не взимал ничего ж; ино кто ищет тому человеку тем закладом владети, а тот прав на ком сочат» [6].

Развитие залогового права в XIV-XVII веках привело к отмене обращения взыскания на личность должника. Залог не обязательно должен был быть передан кредитору. Законодательство предусматривало два варианта: залог с передачей вещи и без передачи. Но даже если вещь и находилась у кредитора, речь не идет о праве собственности на вещь, это только владение и пользование. В полное распоряжение последнего предмет залога передавался только с момента просрочки. Характеризуя залоговое законодательство конца XIX - начала XX века, следует отметить, что залог относят к правам на чужую вещь (то же мы наблюдали в римском праве), это «второстепенное» отношение между субъектами по поводу «главного» - обязательственного правоотношения. Предмет залога - только материальная вещь.

Следующим этапом развития ипотеки стало тотальное изменение действующего законодательства и приведение его в соответствие с новой политикой государства в связи с революционными изменениями 1917 года.

Нужно отметить, что советское правительство уделяло пристальное внимание разработке нового законодательства. В.И. Ленин в своем письме народному комиссару юстиции указал: «...должен лично проследить и проверить, кто именно отвечает за каждый важный отдел гражданского кодекса» [7].

Первый советский гражданский кодекс был принят 31 октября 1922 года и вступил в силу 1 января 1923 года. А 11 ноября 1922 года состоялось заседание ВЦИК, на котором было принято решение о принятии гражданских кодексов в союзных республиках. Вслед за Гражданским кодексом РСФСР вскоре были изданы гражданские кодексы всех союзных республик. Нужно отметить, что кодексы союзных республик в точности воспроизводили кодекс РСФСР. Различными были только нумерации статей. Первоначально большинство республик приняли на своей территории кодекс РСФСР, а затем без существенных изменений принимался текст соответствующей республики (на русском и национальном языке — в официальных изданиях).

В Гражданском кодексе РСФСР статьи о залоге помещены в раздел «Вещное право». Норма статьи 85 определяла залоговое правоотношение следующим образом: «...В силу залога кредитор (залогодержатель) имеет право в случае невыполнения должником обеспеченного залогом требования получить преимущественно перед другими кредиторами из ценности заложенного имущества» [8]. Хотя советское законодательство и относило залог к способам обеспечения обязательств, в ГК правила о залоге были помещены в раздел о вещном праве.

Залогодержатель имеет право истребовать залог у любого недобросовестного приобретателя. Договор о залоге должен был заключаться в письменной форме и нотариально удостоверяться. Несоблюдение этих формальностей влекло недействительность договора. Предмет залога, по общему

правилу, передавался кредитору. Это касалось любых предметов, за исключением строений. По соглашению сторон имущество могло быть оставлено у должника под замком и печатью кредитора. В случае неисполнения обязательства кредитор имел право только продать вещь, чтобы получить удовлетворение из вырученной суммы. Правом оставить вещь у себя кредитор не обладал.

Залог недвижимости в СССР существовал только в отношении домостроений. То есть при договоре купли-продажи, если покупатель уплачивал продавцу не всю сумму, нотариальная контора удостоверяла одновременно два договора. Первый - договор купли-продажи, второй - договор, по которому покупатель отдает продавцу купленное им строение в залог, в обеспечение долга. Ссуды гражданам в банке выдавались без залога. Капитальное строительство государственных организаций осуществлялось в порядке финансирования. Естественно, речь не шла о залоге земли, поскольку земля в СССР принадлежала государству, но тем не менее ипотека, хотя и в несколько ограниченном виде, существовала.

В связи с этим вызывает удивление мнение Ю. Головина, который утверждает, что: «...В советский период она (ипотека. — Авт.) утратила свое значение в связи с ликвидацией частной собственности на землю и упразднением деления имущества на движимое и недвижимое» [9].

Ипотека не утратила свое значение, скорее, речь идет о применении ее в тех редких случаях, когда смысл ипотеки отвечал требованиям действующего законодательства. Залогодателем при залоге недвижимости может быть только собственник имущества. Государство отменило право собственности на землю, следовательно, не могло существовать ипотеки земельных участков, но право собственности на строения сохранялось. Значит, можно говорить об ипотеке, в качестве предмета которой выступало соответствующее строение. В заключение, необходимо отметить, что разработанный и применяемый еще в Древнем Риме залог затем был реципирован государствами средневековой Европы, где под воздействием национальных законодательств приобрел совершенно особые черты (например, в Германии и в России того времени обременение имущества залогом означало, что в случае неуплаты долга кредитор мог оставить предмет залога за собой или продать, но если получит больше, чем долг, излишка должнику выдавать не обязан). Такое регулирование залога отличалось от классического и постепенно институт залога трансформировался в сторону римских начал. Использование залога в дореволюционном российском праве осложнялось неудовлетворительной системой регистрации прав на недвижимость и сделок с ней. Разработанный законодателями Проект Вотчинного Устава 1892 года должен был устранить данные правовые преграды на пути развития залоговых правоотношений, но не был введен в действие.

Во времена НЭПа залог опять был востребован субъектами гражданского оборота. В Гражданском кодексе РСФСР 1922 года залог был помещен в раздел "Вещные права". Однако в связи с успешным развитием в стране планового хозяйства сфера его применения стала очень ограниченной. В Гражданском кодексе РСФСР 1964 года залог был отнесен к способам обеспечения исполнения обязательств. Но в условиях стабильной плановой экономики хозяйствующие субъекты отдавали предпочтение неустойке, поручительству и т.д.

Ситуация резко изменилась с 1991 года. Нестабильные политическая и правовая системы страны многократно увеличили коммерческий риск предприятий и предпринимателей, повлекли за собой кризис неплатежей. В этой ситуации залог с его принципом "верю не должнику, а вещи" вышел на первый план среди способов обеспечения исполнения обязательств.

1. Памятники Римского права. Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. С. 4-16.
2. Гантовер Л.В. Залоговое право. – СПб., 1890. – С. 14.
3. Ефимов В.В. Римское право. Лекции, читанные в Санкт-Петербургском университете. – СПб., 1883.
4. Дигесты Юстиниана. Кн. 20. Тит. 1. Ф. 16. § 3.
5. Гражданское право Германии: учебник / под ред. В.М. Нечаева. – СПб., 1910. – С. 4.
6. Российское законодательство X - XX веков. Том 1 / под ред. проф. В.Л. Янина. – М., 1985. – С. 334.
7. Ленинский сборник. Том XXXV. – М., 1945. – С. 334. Письмо датируется 28 февраля 1922 года.
8. Отечественное законодательство XI - XX веков. Пособие для семинаров. Часть 2 / под ред. проф. О.И. Чистякова. - М., 1999. – С. 160.

*А.Е. Акилова*

## **ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Опираясь на положения Конституции РК, Гражданский кодекс РК определяет основные правовые устои экономики рыночного типа: равенство и механизм использования различных форм