

ДМИТРІЙ АЗАРЕВИЧЪ.

---

СИСТЕМА

РИМСКАГО ПРАВА

УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ.

Томъ II.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.



ВАРШАВА.

Въ Типографіи Маріи Земковичъ.

Краковское-Предмѣстье N. 17.

---

1888.

Печатано по опредѣленію Совѣта ИМПЕРАТОРСКАГО  
Варшавскаго Университета.

Ректоръ Тайный Совѣтникъ Н. Лавровскій.

# ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО.

---

*Источники:* Dig. 20, 1 de pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum. Также слѣдующіе tit. 2—6; Cod. 8, 14 de pignoribus et hypothecis. Также слѣдующіе tit. 15—35.

*Пособія:* Glück. Erläuterung der Pandecten Bd. 18 Abth. 2; Bd. 19; Sintenis. Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836; Bachofen. Das römische Pfandrecht Bd. 1, 1847; Dernburg. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1 Bd. 1860, 2 Bd. 1864; Дыдынскій. Залогъ по римскому праву. 1872.

## Понятіе залога <sup>1)</sup>.

Подъ залогомъ разумѣется право на опредѣленный предметъ, служащее обезпеченіемъ по удовлетворенію обязательства. Самый предметъ этого права носить также названіе залога. Обезпеченіе достигается тѣмъ, что по ненаступленіи должнаго выполненія обязательства залогъ можетъ быть кредиторомъ отчужденъ и изъ выручки покрывается обязательственное требованіе. Изъ этого слѣдуетъ, что залоговое право представляетъ форму обезпеченія реальную, мате-

---

<sup>1)</sup> См. *Sohm*. Die Lehre vom subpignus 1864; *Bremer*. Das Pfandrecht u. die Pfandobjekte 1867. *Eaner*. Kritik des Pfandbegriffes 1863. *Pfaff*. Zur Kritik des Pfandbegriffes въ Zeitschr. f. d. Privat. u. off. Recht. Bd. 1, p. 41 и слѣд.

риальную, *cautio realis* <sup>1)</sup>). Кредитора по залогу принято называть залогоприимателемъ, должника по залогу—залогодателемъ.

### Формы римскаго залога.

Источники отмѣчаютъ три формы залога: *fiducia*, *pignus* и *hypotheca*.

*Fiducia*. Изъ древнѣйшихъ преданій слѣдуетъ, что первоначально при строго формальномъ гражданскомъ правѣ Риму не была извѣстна отвѣтственность имущества за долги, не было для того и формы соответствующей сдѣлки <sup>2)</sup>). Для обезпеченія уплаты напр. по займу, всего естественнѣе было воспользоваться формами передачи собственности, а именно вещь, обезпечивающая возвратъ займа, передавалась кредитору по *mancipatio* или *in jure cessio* въ собственность (но „*pignoris jure*“) <sup>3)</sup>, причемъ заемная сумма рассматривалась, какъ покупная цѣна. Въ этомъ состояла форма залога извѣстная подъ именемъ *fiducia* <sup>4)</sup>. Передача сопровождалась торжественнымъ уговоромъ объ обратной передаче вещи по уплатѣ долга, т. наз. *actum fiduciae*. Этимъ только въ извѣстной степени обезпечивалъ себя должникъ отъ нарушенія *добъри* со стороны кредитора. Отсюда и самое названіе этого залога, а также и заложенной вещи <sup>5)</sup>. На случай же неуплаты долга этимъ соглашеніемъ могло быть выговорено право кредитора взять за себя заложенную вещь, *fiducia commissa* <sup>6)</sup>, или продать ее въ свое удовлетвореніе <sup>7)</sup>. Въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ признать право залогодателя на полученный излишекъ (*hyperocha*) <sup>8)</sup>. При *fiducia* кредиторъ получалъ полное и неограниченное право собствен-

---

<sup>1)</sup> См. т. I, стр. 267.

<sup>2)</sup> *Servin*. Du gage en droit romain 1875 p. 5—7.

<sup>3)</sup> *Gajus* 2, 60.

<sup>4)</sup> *Isidor*. Orig. 5, 25 § 23; *Gajus* 2, 59; 3, 201.

<sup>5)</sup> *Paulus* R. S. 2, 13 § 1, 3, 5; *Cic*. pro Flacco 21.

<sup>6)</sup> *Janke*. Das Fruchtrecht d. redlich. Besitzers u. d. Pfandgläubigers 1862 p. 194.

<sup>7)</sup> *Lang* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 28 p. 353.

<sup>8)</sup> *Paulus* 2, 13, 1.

ности на заложенную вещь; онъ могъ свободно распоряжаться ею: измѣнять, обременять сервитутами, продавать, отказывать и т. п. <sup>1)</sup>. Должникъ не имѣлъ никакихъ средствъ этому препятствовать. Онъ могъ только, въ случаѣ невозвращенія вещи по удовлетвореніи долга, вчинить противъ залогопринимателя и его послѣдниковъ *actio fiduciae* <sup>2)</sup>, который былъ изъ числа *actiones famosae* <sup>3)</sup>.

Подобная форма залога была весьма тягостною для должника, такъ какъ лишала его владѣнія и пользованія заложенною вещью. Смягчались эти послѣдствія тѣмъ, что обыкновенно, послѣ переноса вещи въ собственность, она передавалась въ аренду или просто по прекаріуму самому залогодателю <sup>4)</sup>. Кромѣ того, по годовой давности владѣнія должникъ возстановлялъ себѣ собственность въ заложенной вещи, если только владѣніе это не основывалось на воровствѣ или договорѣ найма, или прекаріумѣ, т. наз. *usureceptio fiduciae causa* <sup>5)</sup>. Такая давность, нарушающая законы юридической логики, можетъ быть объяснена только тѣмъ, что надъ юридическою конструкціей взяла верхъ жизненная точка зрѣнія, по которой должникъ не переставалъ разсматриваться собственникомъ отчужденной по *fiducia* вещи <sup>6)</sup>.

Кромѣ *fiducia cum creditore* была извѣстна еще т. наз. *fiducia cum amico*, по которой закладываемая вещь передавалась другу съ тѣмъ, чтобы онъ въ опредѣленный срокъ передалъ ее кредитору въ собственность съ правомъ продажи <sup>7)</sup>.

Выйти изъ употребленія *fiducia* могла только вмѣстѣ съ отмѣною *mancipatio* и *in jure cessio*, т. е. въ царствованіе Юстиніана <sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> Paulus 2, 13, 6; Gajus 2, 220.

<sup>2)</sup> Paulus 2, 13, 6.

<sup>3)</sup> Lex Julia municipalis lin. 37. Cic. pro Roscio 6, 16; Gajus 4, 182.

<sup>4)</sup> Gajus 2, 60.

<sup>5)</sup> Gajus 2, 59, 60; 3, 20, 4; L. 16. D. 44, 7. См. т. I, стр. 399.

<sup>6)</sup> Dernburg cit. 1 p. 23—26.

<sup>7)</sup> Gajus 2, 60.

<sup>8)</sup> См. Bachofen cit. p. 3.

*Pignus*. Залогъ въ формѣ *fiducia* представлялъ многія неудобства, которыя съ расширеніемъ гражданскаго оборота давали себя чувствовать все сильнѣе и сильнѣе. *Fiducia* требовала тѣсныхъ условій: римскаго гражданства сторонъ, квинитской собственности у должника, извѣстныхъ свойствъ вещи *in commercio*, торжественнаго способа передачи вещи въ собственность. Распространеніе залога на случаи, которые не удовлетворяли какому либо изъ этихъ условій, всего естественнѣе могло произойти черезъ передачу закладываемой вещи во владѣніе при договорѣ о возвращеніи ея по выполненіи обязательства. Эта форма залога и была *pignus*.

Начало этого института опредѣлить нельзя. Во всякомъ случаѣ нельзя связывать его происхожденіе съ *legis actio per pignoris capionem* (напр. *Bachofen cit. p. 4*). Юридическая конструкція того и другого совсѣмъ иная. *Legis actio p. pign. capionem* есть односторонній актъ кредитора, которымъ онъ овладѣваетъ вещь должника по наступленіи срока выполненія долга; *pignus* же основывается на договорѣ о передачѣ вещи должника во владѣніе кредитора до наступленія срока выполненія долга (*Dernburg cit. 1 p. 48*).

Что касается производства слова *pignus*, то прежде обыкновенно опирались на Гайя, производившаго *pignus* отъ *pignus*, кулакъ (L. 238 § 2 D. 50, 16), но теперь признано болѣе правильнымъ производство отъ *rago* или *ragno perf. perigi*, греческое *πῆγνυμι*, укрѣплять.

*Pignus* былъ формою залога вполне аналогической съ фидуціей <sup>1)</sup>, но разница была въ предположеніяхъ. Данный залогъ могъ быть установленъ и между негражданами и на предметы не квинитской собственности, какъ напр. на *fundus provincialis*. Самая передача вещи залогопринимателю не лишала залогодателя права собственности на нее (*manente proprietate debitoris*) <sup>2)</sup>, не останавливала теченіе пріобрѣтательной давности <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> *Puchta. Institutionen p. 619.*

<sup>2)</sup> L. 35 § 1 D. 13, 7; *Isidor. 5, 25*; L. 9 C. 4, 24; L. 12 § 2 D. 47, 2.

<sup>3)</sup> L. 16 D. 41, 3.

Отношеніе кредитора къ вещи опредѣлялось словами „*possessio*“, „*possidere*.“

L. 35 § 1 D. 13, 7... *pignus... solam possessionem transfert ad creditorem.*—L. 16; L. 33 § 6 D. 41, 3; L. 13 § 1 D. 6, 2; L. 22 § 3. L. 35 §§ 1, 5; L. 37 D. 13, 7.

Но это было особенное владѣніе, безъ *animus rem sibi habendi*, а скорѣе съ *animus retinendi* <sup>1)</sup> и съ правомъ защищать вещь отъ нарушенія владѣнія третьимъ лицомъ поссessorнымъ интердиктомъ. Оно не вело къ приобрѣтенію вещи залогопринимателемъ по давности <sup>2)</sup> и тѣмъ болѣе онъ не могъ ее отчудить въ третьи руки. Такое владѣніе составляетъ одинъ изъ случаевъ т. наз. производнаго владѣнія <sup>3)</sup>.

При *pignus* заложенная вещь весьма часто, какъ и при фидуціи, отдавалась по найму или прекаріуму залогодателю <sup>4)</sup>.

Благодаря своимъ признакамъ *pignus*, существуя одновременно съ фидуціей, все болѣе и болѣе распространялся на счетъ послѣдней.

*Hypotheca.* Не всегда считалось удобнымъ такое обезпеченіе долга, когда оно выражалось въ лишеніи обладанія обезпечивающею вещью, или ставило это обладаніе въ зависимость отъ воли залогопринимателя. Такъ наниматель помѣщенія или арендаторъ земли никоимъ образомъ не могли лишиться обладанія инвентаремъ, который могъ быть единственнымъ ихъ имуществомъ. Въ этихъ случаяхъ залогъ оставалось установить только простымъ договоромъ, по которому данная вещь, безъ перевода собственности или владѣнія, обезпечивалабы удовлетвореніе по долгу тѣмъ, что залогоприниматель имѣлъ право, не получая удовлетворенія, отчудить эту вещь и такимъ путемъ осуществить свое требованіе. Такая форма залога извѣстна подъ именемъ *hypotheca*.

---

<sup>1)</sup> L. 37 D. 13, 7. L. 15 § 2 D. 47, 2.

<sup>2)</sup> L. 12 C. 4, 24.

<sup>3)</sup> См. т. 1, стр. 346, 347.

<sup>4)</sup> L. 23 pr. D. 20, 1; L. 35 § 1; L. 22 § 3; L. 37; L. 29 D. 13, 7; L. 10 § 1, 2; L. 36; L. 37 D. 41, 2. И др.

L. 9 § 2 D. 13, 7... hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem. Название это заимствовано изъ греческаго права. Залогъ по одному соглашенію и безъ передачи во владѣніе назывался у грековъ ὑποθήκη, θέσις или ὑπόθεσις и примѣнялся главнымъ образомъ къ недвижимымъ вещамъ (домамъ, землямъ, горному промыслу и т. п.). При этомъ было въ обычаѣ ставить передъ заложенными участками каменные доски, ὄροι, на которыхъ записывалось имя, срокъ, сумма долга и имя кредитора. (*Boeckh. Staatshaushalt der Athener 2 Ausg. Bd. 1 p. 180 и слѣд.*).

Время появленія ипотеки въ римской жизни опредѣлить трудно <sup>1)</sup>. Затѣмъ, по всей вѣроятности, появленіе этой формы залога могло быть связано съ тѣми случаями *pignus*, когда при самомъ установленіи выговаривалось прекарное или по найму предоставленіе закладываемаго имущества залогодателю <sup>2)</sup>. Залогодатель продолжалъ владѣть вещью какъ бы прекаристъ или наниматель <sup>3)</sup>. На тотъ случай, что должникъ могъ потерять владѣніе заложенными вещами, залогопринимателю въ разное время были предоставлены различныя средства защиты своихъ правъ. Такъ, онъ могъ препятствовать арендатору вывозить инвентарь (*investa ac illata*) изъ имѣнія <sup>4)</sup>, на случай же арендаторъ успѣетъ его вывести и отчудить кредитору предоставленъ былъ нѣкимъ преторомъ Сальвіемъ особый *interdictum prohibitorium* (наз. *int. salvianum*), которымъ запрещалось препятствовать ему въ полученіи отъ всѣхъ и каждаго владѣнія заложеннымъ инвентаремъ для осуществленія своего права. *Int. salvianum* былъ изъ числа *interd. adipiscendae possessionis* <sup>5)</sup>. Позднѣе хозяинъ арендуемаго имущества получилъ общій вещный искъ на заложенный инвентарь <sup>6)</sup>, *actio*

---

<sup>1)</sup> См. *Dernburg cit.* 1 p. 50—55.

<sup>2)</sup> *Janke. Das Fruchtrecht* p. 209.

<sup>3)</sup> См. L. 37, D. 41, 2.

<sup>4)</sup> *Dig. 43, 32 de migrando.*

<sup>5)</sup> *Gajus 4, 147; § 3 I. 4, 15.* См. т. I стр. 354.

<sup>6)</sup> См. *Dernburg cit.* 1, p. 60—62.

*in rem serviana* (отъ претора Сервія), которымъ достигалъ передачи себѣ заложенной вещи отъ всякаго обладателя ея <sup>1)</sup>).

Отъ случаевъ аренды ипотека была распространена и на другія обязательства путемъ распространенія залоговаго иска подъ названіемъ *actio serviana utilis, quasi serviana* <sup>2)</sup>, *hypothecaria* и т. д. <sup>3)</sup>.

Въ Юстиніановомъ правѣ такимъ образомъ существовали двѣ формы залога, *pignus* и *hypotheca*. Первая устанавливалась при немедленной передачѣ владѣнія вещью, вторая — только по соглашенію. Оба вида залога представляли кредитору одно общее право выполнить свое требованіе изъ продажи заложенной вещи, а для этого оба же вида имѣли средство на защиту владѣнія вещи, *pignus* — настоящаго; *hypotheca* — будущаго. Въ юстин. правѣ это средство было извѣстно уже подъ общимъ названіемъ залоговаго иска. Всѣмъ этимъ объясняется выраженіе источниковъ, что *inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* <sup>4)</sup>. При общемъ сходствѣ въ установленномъ правѣ на вещь, между *pignus* и *hypotheca* была разница въ признакахъ. *Pignus* долженъ былъ сохраниться рядомъ съ *hypotheca*, какъ единственно удобная форма для залога движимыхъ вещей (*pignus proprie rei mobilis constitui*) <sup>5)</sup> (т. наз. закладъ), хотя еще въ позднѣйшемъ правѣ онъ часто упоминается и для залога недвижимостей <sup>6)</sup> (т. наз. заставъ), а съ другой стороны возможенъ былъ залогъ на движимыя вещи по одному соглашенію <sup>7)</sup>.

---

<sup>1)</sup> L. 2 D. 43, 33; L. 19 C. 4, 32; L. 1 C. 8, 9; L. 6, C. 8, 16.

<sup>2)</sup> См. его формулу у *Keller. Röm. Civilprozess* § 33.

<sup>3)</sup> § 7 I. 4, 6.

<sup>4)</sup> L. 5 § 1 D. 20, 1. Ср. § 7, I. 4, 6.

<sup>5)</sup> L. 238 § 2 D. 50, 16; § 7 inf. I. 4, 6.

<sup>6)</sup> L. 63 § 4 D. 41, 1; L. 34 D. 13, 7; L. 1 C. 8, 20; L. 18 § 2 D. 13, 7.

<sup>7)</sup> L. 1 § 1 D. 13, 7.

## Вещная природа залоговаго права.

Римскіе источники не даютъ прямыхъ и однообразныхъ указаній на природу залоговаго права <sup>1)</sup>. Въ Дигестахъ этому институту отведено мѣсто послѣ договоровъ и исковъ по нимъ. Въ наукѣ данный вопросъ крайне споренъ <sup>2)</sup>. Одни ученые видятъ въ залогѣ обязательственное право, другіе—вещное право, *jus in re aliena*. Последнее воззрѣніе принято въ большинствѣ учебниковъ <sup>3)</sup> въ силу такихъ разсужденій. Обязательственное право, какъ по свойству отношеній, такъ и по свойству притязаній, вытекающихъ изъ него, рѣзкими признаками отличается отъ залоговаго права. Обязательство устанавливаетъ личное долговое отношеніе, по которому одно лицо получаетъ право требовать отъ опредѣленнаго лица выполненія извѣстнаго дѣйствія. Обязательственный искъ имѣетъ своимъ назначеніемъ достигнуть признанія права на опредѣленное дѣйствіе и только послѣ невыполненія должникомъ этого дѣйствія кредиторъ можетъ обратиться съ принудительными средствами къ имуществу должника. Совсѣмъ иное представляютъ отношенія и притязанія по залоговому праву. Залогъ устанавливаетъ непосредственное отношеніе лица къ вещи. Это отношеніе выражается не въ правѣ на опредѣленное дѣйствіе, а въ правѣ отчуждить вещь, если не послѣдуетъ удовлетворенія по главному требованію <sup>4)</sup>. Залоговой искъ имѣетъ своимъ назначеніемъ достигнуть не признанія долга и его удовлетворенія, а выдачи вещи отъ самого залогодателя или всякаго третьяго лица и затѣмъ уже путемъ отчужденія получить удовлетвореніе по главному требованію. Все это—общіе признаки вещныхъ, а не обязательственныхъ правъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи будутъ отмѣчены и частные признаки вещнаго характера залоговаго права.

---

<sup>1)</sup> *Exner. Kritik d. Pfandbegriffes* p. 2.

<sup>2)</sup> Краткій сводъ воззрѣній см. у *Exner cit.* p. 3—5.

<sup>3)</sup> Напр. *Puchta. Pand.* § 190; *Windscheid. Pand.* Bd. 1 § 224 n. 8; *Dernburg. Pand.* Bd. 1 § 262.

<sup>4)</sup> *Kohler. Pfandrechl. Forschungen* 1882 p. 47, 48.

На вещный характер залога намѣкаютъ отчасти и сами источники. Такъ иногда они довольно ясно указываютъ на залогъ, какъ на *jus in re* <sup>1)</sup>. Затѣмъ перѣдко по отдѣльнымъ функціямъ залоговое право сопоставляется съ другими вещными правами <sup>2)</sup>. Наконецъ, находимъ сопоставленіе иска залогопринимателя съ *vindicatio* собственника, такъ какъ оба преслѣдуютъ вещь въ силу вещнаго права <sup>3)</sup>.

Правда, съ другой стороны источники употребляютъ для залога такія выраженія какъ: *obligare* и *obligatio*, *res pignori nexa* (*obstricta*, *obnoxia*), *res pignori* или *pignoris jure tenetur*, *pignus contrahitur*, для окончанія залоговаго права:— *distrahere*, *solvere*, *liberare* <sup>4)</sup>. Подобныя выраженія на первое время какъ бы подтверждаютъ воззрѣніе объ обязательственномъ характерѣ залога. Они служатъ основой тому заключенію, что залоговое право, какъ придаточное къ обязательствамъ, должно отражать на себѣ тотъ же характеръ, какимъ отличается главное требованіе. Несомнѣнно, залоговое право имѣетъ ту же цѣль что и обезпечиваемое имъ главное требованіе, а именно — достигнуть удовлетворенія по обязательству; но единство цѣли не опредѣляетъ еще единую сущность тѣхъ средствъ, которыми эта цѣль достигается. При опредѣленіи юридической конструкціи слѣдуетъ выходить не изъ цѣли, а изъ существа тѣхъ средствъ, которыми данная цѣль осуществляется. Держась же разсматриваемаго воззрѣнія, пришлось бы признать одинаковую юридическую конструкцію, напр., въ дареніи, куплѣ — продажѣ и тому подобныхъ средствахъ установленія собственности. Выраженія заимствованныя изъ обязательственнаго права сами по себѣ не служатъ необходимо доказательствомъ обязательственнаго характера залога; они указываютъ лишь на подчи-

---

<sup>1)</sup> L. 30, D. 9, 4:... *sive domini sint sive aliquid in ea re jus habeant*, qualis est *creditor* et *fructuarius*. См. также L. 19, pr. D. 39, 2.

<sup>2)</sup> L. 9 § 5; L. 11, 12 D. 39, 2; L. 9 D. 39, 1.

<sup>3)</sup> L. 2 pr. C. 7, 37; L. 8 § 1 C. 7, 39.

<sup>4)</sup> L. 5 § 2; L. 11 D. 20, 5. См. *Büchel. Civil. Erörterungen* 2 Aufl. 1, 2 p. 143 и слѣд.

неніе (вещное) вещи праву залогопринимателя <sup>1)</sup>. Да и вообще дѣлать выводы при юридической конструкціи изъ словесной формы весьма опасно. Достаточно сказать, что по тѣмъ же основаніямъ слѣдовало бы и сервитуты причислить къ обязательствамъ <sup>2)</sup>.

Главнымъ представителемъ ученія объ обязательственномъ характерѣ залога считается Бюхель (*Büchel. Civilrechtliche Erörterungen* (2. Aufl. 1847), Bd. 1, отъ р. 259), который опредѣлилъ залогъ какъ обязательство вещи (*obligatio rei*) въ томъ смыслѣ, что въ залогъ самъ предметъ его представляетъ должника. Вещь отвѣчаетъ своею мѣноюю цѣнностью за должное выполненіе главнаго требованія. И въ такой отвѣтственности лежитъ сродство залога съ обязательствами. Къ этому мнѣнію примкнули между прочими учеными *Vangerow* Pand. 1 § 363 anm. 2; *Arndt*. Pand. § 634; *Brinz*. Pand. 1 р. 317 и *Sintenis*. Pfandrecht § 2. Подробный разборъ и опроверженіе отдѣльныхъ основаній этого взгляда смотри у *Lang*. Ueber die Natur des Pfandrechts въ *Archiv f. d. civil Praxis* 28 р. 375—406. Но иногда и писатели, держащіеся воззрѣнія о вещномъ характерѣ залога, допускаютъ разнообразныя оговорки. Такъ чаще всего полагаютъ, что природа залоговаго права измѣняется согласно его предмету; если предметомъ будетъ тѣлесная вещь, то залогъ будетъ вещнымъ правомъ, если предметомъ будетъ право, то залогъ будетъ имѣть природу личную (см. *Puchta*. Instit. 2 р. 746; Pand. § 193; *Vorlesung*. 1 р. 435; *Sohm*. Lehre vom subpignus р. 9, 14, 26, почти такое же воззрѣніе проводить и *Dernburg*. Pfandr. 1 р. 485, 487, 490). Но едва ли можно согласиться съ такимъ расчлененіемъ природы права по объекту. Такое вліяніе объекта на право можно было бы допустить вообще въ томъ только случаѣ, когда само свойство объекта требуетъ того а не иного права. Но мы уже знаемъ, что римскіе юристы признавали вещныя права на права, какъ напр. *ususfructus nominis* (см. т. I стр. 461, 462). Говорятъ, что при залогѣ права требованія залогодатель самъ не имѣетъ вещнаго права, а потому не можетъ ус-

---

<sup>1)</sup> *Dernburg*. Pandekt. 1 р. 637.

<sup>2)</sup> См. *Lang* въ *Archiv f. d. civilist. Praxis* Bd. 28 р. 367.

тановить таковое залогопринимателю (*Dernburg. cit.* 1 p. 461 и слѣд.). Но при закладываніи нѣтъ переноса *nominis* на залогопринимателя; тутъ всегда устанавливается новое право на данный предметъ (*Bremer. Pfandrecht* p. 87, 88). Нѣтъ необходимости, чтобы это новое право имѣло одну и ту же природу съ тѣмъ правомъ, на основѣ котораго оно установлено. Залогоприниматель, осуществляя свое залоговое право, имѣетъ юридическую возможность перенести на другого заложное ему личное требованіе. Изъ этого слѣдуетъ, что и въ этихъ случаяхъ воля управомоченнаго устремлена не на опредѣленное лицо, а на нѣчто внѣ лица лежащее, чѣмъ залогоприниматель можетъ извѣстнымъ образомъ располагать (*Windscheid. Pandekt.* 1 § 227). Ближайшимъ образомъ это нѣчто можно было бы опредѣлить мѣною цѣнностью требованія (*Egger. Pfandbegr.* p. 25 и слѣд.). И такъ въ залогъ и безтѣлесныхъ вещей можно также признать вещный характеръ. Изъ другихъ воззрѣній на природу залога укажемъ на различіе по природѣ *pignus* и *hypotheca*. За *pignus* признаютъ вещный характеръ, за *hypotheca* — обязательственный характеръ (г. *Дыдынский. Залогъ* отъ стр. 39). Намъ кажется, что это воззрѣніе должно пасть передъ яснымъ выраженіемъ источниковъ объ одной и той же природѣ обѣихъ формъ залога (L. 5 § 1 D. 20, 1).

Отъ всѣхъ остальныхъ правъ на чужую вещь залогъ отличается несамостоятельностью своей природы. Тогда какъ всѣ остальные права на чужую вещь устанавливаются ради такого спеціального господства надъ этою вещью, которое выражается въ самой сущности данныхъ правъ, — залоговое право само по себѣ не имѣетъ самостоятельной цѣли, служа обезпеченіемъ другого права. Но за то по объему господства надъ чужою вещью залоговое право превосходитъ всѣ остальные права на чужую вещь, выражаясь, въ конечномъ своемъ осуществленіи, въ отправленіи полного права распоряженія.

### **Отдѣльные признаки залога. Предметъ обезпеченія залогомъ.**

Все назначеніе залоговаго права — обезпечивать удовлетвореніе по обязательственному требованію. Изъ этого слѣдуетъ, что

залогъ имѣеть придаточную натуру, есть *jus accessorium* <sup>1)</sup> и по-  
этому предполагаетъ наличность обязательственного требованія,  
которому служило бы обезпеченіемъ <sup>2)</sup>. Но такой акцессорный ха-  
рактеръ залога не выдержанъ римскими источниками. Если съ одной  
стороны немислимо установленіе залоговаго права безъ наличности  
требованія, имъ обезпечиваемаго, то съ другой стороны съ отпаде-  
ніемъ этого требованія допускается въ иныхъ случаяхъ дальнѣйшее  
существованіе залоговаго права <sup>3)</sup>. Такъ если главное требованіе,  
обезпеченное залогомъ, будетъ погашено давностью, то его можно  
осуществлять еще въ продолженіи десяти лѣтъ благодаря залоговому  
праву, которое переживаетъ на данное число лѣтъ само требованіе <sup>4)</sup>.

Римскіе юристы пытались устранить такое явленіе тѣмъ,  
что продолжили существованіе самого требованія ради за-  
лога: *remanet... propter pignus naturalis obligatio* (L. 59  
pr. D. 36, 1). Но искусственность такого построенія ради  
теоретической послѣдовательности бросается въ глаза.  
И вотъ многіе писатели вообще допускаютъ возможность  
самостоятельнаго залога (см. напр. *Kohler. Pfandrechtli-  
che Forschungen* § 5), т. е. права на стоимость заложен-  
ной вещи, безъ того, чтобы ему отвѣчало какое либо лич-  
ное право на дѣйствіе (см. также *Schott* въ *Jahrb. f. d.  
Dogmat.* 15 p. 32 и слѣд.). Подобный случай видятъ,  
напр., въ выкупѣ изъ плѣна. Выкупавшій имѣеть на *re-  
demtus* залоговое право, пока этотъ послѣдній не упла-  
титъ ему выкупа или не отслужитъ его (L. 2, 8, 11 C.  
8, 51. L. 20 § 1 D. 28, 1. L. 43 § 3 D. 30 (1). L. 15. L.  
19 § 9; L. 21 D. 49, 15). Обязательственного отношенія  
здѣсь не могло быть, такъ какъ въ моментъ выкупа плѣн-  
ный былъ рабомъ. Но какъ бы тамъ ни было послѣ вы-  
купа *redemtus* является обязаннымъ по отношенію къ *re-  
demtor* на извѣстную сумму, по которой самъ лично слу-  
житъ обезпеченіемъ. Нельзя и въ другихъ приводимыхъ

<sup>1)</sup> L. 43 D. 46, 3.

<sup>2)</sup> L. 1, 2 C. 8, 33.

<sup>3)</sup> См. *Brinz. Pand. Bd. 2* (ed. 2) p. 839 и слѣд.; *Wind-  
scheid. Pand. 1* § 225 p. 721, 722.

<sup>4)</sup> L. 7. C. 7, 39 ср. L. 2 C. 8, 31; L. 13 § 4 D. 20, 1;  
L. 59 pr. D. 36, 1; L. 38 § 5 D. 46, 3.

тѣми же писателями примѣрахъ видѣть залога безъ права личнаго требованія (см. у *Bachofen*. Pfand. p. 273—280).

Обязательства, способныя быть обезпеченными залогомъ, могутъ быть не только изъ числа *obligationes civiles*, снабженныхъ искомъ, но и изъ числа естественныхъ обязательствъ (*oblig. naturales*), не дающихъ право на искъ.

*Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione* L. 5; L. 14 § 1 D. 20, 1. L. 13 pr. D. 12, 6; L. 9 pr. § 3 D. 14, 6; L. 59 pr. D. 36, 1. L. 101 § 1 D. 46, 3; L. 4, 22 C. 4, 32. См. *Büchel*. Ueber die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen въ *Civilrechtl. Erörterung*. B. 2 1839); *Dernburg*. Pfandr. 1 p. 537. Нѣкоторые писатели отвергаютъ, чтобы естественныя обязательства могли быть обезпечены залогомъ (*Glück*. Erläuter. 14 p. 43), причемъ ссылаются на L. 2 D. 20, 3, гдѣ говорится, что *filius fam.* могъ защищаться по *exceptio Sct. Macedoneani* и тогда, когда заемъ обезпеченъ залогомъ, а это значитъ, что залогъ не имѣетъ силы при естественныхъ обязательствахъ. Но это только показываетъ, что *filiusfam.* не могъ заключать договора займа съ законными его послѣдствіями (*Дыдынский*. Залогъ стр. 47), а за симъ странно было бы не допускать залога при естественныхъ обязательствахъ, когда они несомнѣнно могли быть обезпечены поручительствомъ (см. L. 21 § 2 D. 46, 1).

По обязательству, которое по закону будетъ ничтожнымъ, не можетъ быть установлено залоговое право.

*Cum principalis causa non consistit, nec ea, quae sequuntur, locum habent* L. 129 § 1 D. 50, 17 — L. 11 § 3 in. f. D. 13, 7; L. 25 D. 20, 1; L. 4, 22 C. 4, 32.

Но если залогъ устанавливается по еще несуществующему обязательству, то онъ возникаетъ вмѣстѣ съ правомъ требованія <sup>1)</sup>. Если главное требованіе будетъ условное и срочное, то и залогъ будетъ условнымъ и срочнымъ, иначе — относится къ моменту

---

<sup>1)</sup> Срав. *Dernburg*. Pand. p. 662 п. 8,