

Д.И. Мейер

Древнее русское право залога

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 34.01
ББК 67.4
Д11

Д11 **Д.И. Мейер**
Древнее русское право залога / Д.И. Мейер – М.: Книга по Требованию, 2023. – 62 с.

ISBN 978-5-458-16265-4

Труд российского цивилиста Д. Мейера, написанный на основе его докторской диссертации.

ISBN 978-5-458-16265-4

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2023
© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2023

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первоизданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.

заложенную вещь до выкупа, онъ не нарушаетъ ничьего права на нее, такъ-какъ отчужденіе продажею содержится въ правѣ собственности. Но такой избытокъ обезпеченія дается, очевидно, на счетъ залогодателя: оно основано здѣсь не на томъ, что у залогодателя есть собственность, а на томъ, что она у него отнимается; чтобы пользоваться одною выгодною, сопряженною съ собственностью, хозяинъ закладываемой вещи долженъ отказаться отъ всѣхъ прочихъ выгодъ. Римское учрежденіе *fiducia* даетъ такое право залога заимодавцамъ. ¹⁾ Для охраненія однакоже закладчика отъ убытковъ римское право требуетъ продажи залога въ случаѣ неплатежа и обязываетъ заимодавца доставить за собственнымъ удовлетвореніемъ излишекъ выручки должнику. Но по особенному условію продажа залога можетъ быть устраниена.

Б. Залогоприниматель не собственникъ залога, а только владѣетъ имъ въ обезпеченіе обязательства. Сюда принадлежатъ римское учрежденіе *pignus*, французское *gage*. Обезпеченіе залогодержателя здѣсь весьма ограниченное: такъ-такъ ему присволяется одно право владѣнія, то залогъ подлежитъ всѣмъ распоряженіямъ хозяина, возможнымъ безъ владѣнія. Право продажи не содержится въ этомъ видѣ залога, а допускается въ видахъ понужденія къ исполненію обязательства и для взысканія.

В. Залогоприниматель получаетъ въ обезпеченіе обязательства право на заложенную вещь, въ силу котораго онъ можетъ требовать себѣ удовлетворенія изъ выручки за продажу залога. Право продажи входитъ здѣсь въ составъ самаго понятія о правѣ залога. Право продажи собственно принадлежитъ хозяину вещи, который можетъ не только осуществить его дѣйствительною продажею, но можетъ также передать его другому лицу, получающему тогда часть, какъ-бы вырѣзокъ, права собственности хозяина, слѣдовательно право на чужую вещь. Это право залога достаточно обезпечиваетъ исполненіе по обязательству, не стѣсня залогодателя, который остается хозяиномъ и можетъ остаться владѣльцемъ своей вещи. Добросовѣстный должникъ для удовлетворенія вѣрителя, въ случаѣ нужды, самъ собою прибѣгаетъ къ отчужденію какого-либо имущества, въ настоящемъ же случаѣ залогодатель уже предварительно предоставляетъ эту мѣру другому лицу, чтобы вызвать тѣмъ его довѣріе. Право продажи безъ-того есть окончательное выраженіе права собственности, разрушающее ее своимъ осуществленіемъ: по этому залогодатель ограничиваетъ себя лишь въ такомъ распоряженіи, которое хотя и вытекаетъ изъ права собственности надъ имуществомъ, но влѣстѣ съ тѣмъ прекращаетъ это право, всякое же другое пользованіе остается за хозяиномъ неограниченно. Вла-

дѣііе залогомъ и тутъ можетъ быть предоставлено вѣрителю, но оно не составляетъ сущности обезпеченія, которое заключается въ правѣ на продажу залога, въ чьихъ рукахъ онъ бы ни находился, и на удовлетвореніе изъ выручки, такъ-что для хозяина залога есть возможность одною и тою же вещью обезпечить нѣсколько обязательствъ. ²⁾

Послѣдняя система болѣе первыхъ двухъ соотвѣтствуетъ существу обезпеченія. При содѣйствіи римскаго права, въ которомъ она извѣстна подъ именемъ *hypotheca*, она вошла въ составъ новѣйшихъ законодательствъ и вытѣснила употребительное дотогѣ право залога или по крайней мѣрѣ измѣнила видъ его. Она находится въ тѣсной связи съ промышленною дѣятельностью народа, нуждающагося между прочимъ въ двухъ условіяхъ: въ полномъ господствѣ лицъ надъ собственностью, со всевозможнымъ устраненіемъ всякихъ ограниченій, и въ утвержденіи взаимнаго довѣрія гражданъ другъ къ другу, дающаго теченіе имущественнымъ ихъ средствамъ, обобщающаго, такъ сказать, пользу отъ стяжанія отдѣльныхъ лицъ, дающаго возможность средства соразмѣривать съ потребностями общества, которое безъ того въ тѣсной зависимости отъ средствъ. Разсмотрѣнный мною послѣдній способъ обезпеченія обязательствъ несравненно менѣе другихъ стѣсняетъ осуществленіе права собственности и въ то же время можетъ быть развитъ законодательствомъ такъ, что обезпеченіе будетъ совершенно прочное.

И въ составъ отечественнаго законодательства вошла эта послѣдняя система залога. Когда потребность кредита стала вслѣдствіе преобразованій Петра Великаго замѣтно ощутительною въ государствѣ, правительство озаботилось водвореніемъ у насъ этой системы: изданъ былъ въ 1737 году, Августа 1, достопамятный указъ, которымъ открывается дорога новому праву залога въ Россіи. Но дѣйствовавшее до него право залога, образовавшееся само собою въ народѣ и соотвѣтствовавшее вполнѣ степени его образованія, гнѣздилося столь упорно въ общественномъ сознаніи, что должно было неминуемо произойти сильное столкновеніе между старымъ и новымъ порядкомъ вещей. Ходъ законодательства до самаго устава о банкротахъ, 1800 г., свидѣтельствуетъ о борьбѣ двухъ системъ права залога, борьбѣ, кончившейся не столько побѣдою новаго начала надъ древнимъ воззрѣніемъ, сколько примиреніемъ обоихъ между собою. Новая система вытѣснила старую, но подверглась сильному ея вліянію, и сохранились даже опредѣленія старой системы, положенныя въ основаніе нѣкоторымъ постановленіямъ современнаго законодательства.

Я поставляю себѣ задачею разсмотрѣть древнее право заго-

га, съ тѣмъ, чтобы показать, какое вліяніе имѣло оно на видоизмѣненіе той системы, которая была принята ему въ замѣну. Изображеніе же дѣйствующаго права залога не входитъ въ составъ моей статьи.

Обычай развилъ древнее право залога: писанный законъ касался его лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда нужно было ограничить выводы, которые получались изъ древняго, обычнаго воззрѣнія на залогъ, когда возникали злоупотребленія или настояла надобность согласить залогъ съ другими общественными учрежденіями. Но рѣдко законодательство приступало непосредственно къ самому основанію залога: сущность права залога остается древнимъ законодательствомъ неприкосновенною; оно предпочитаетъ дѣйствовать ограниченіями: запрещаетъ рядъ залоговъ и тѣмъ самымъ дѣлаетъ примѣненіе существующаго права болѣе рѣдкимъ. При такомъ отрицательномъ участіи законодательства въ образованіи права залога главнымъ источникомъ должны служить моему изложенію памятники права обычнаго, содержащіеся въ различныхъ актахъ. Пользуясь ими, я позволяю себѣ заключать объ общемъ существованіи обычая по отдѣльнымъ его проявленіямъ: кто не допускаетъ такого приѣма, долженъ отчаяваться въ успѣшномъ раскрытіи древняго юридическаго быта нашего отечества: не установленный законами, онъ основанъ почти исключительно на обычаяхъ, никогда не принимавшихъ систематическаго вида и сохранившихся для насъ отрывочно, въ частныхъ примѣненіяхъ. Но въ области обычнаго права заключеніе отъ частнаго къ общему не составляетъ погрѣшности, ибо частное тутъ только проявленіе общаго. Гораздо смѣлѣе и опаснѣе было бы опредѣлить черты юридическаго быта на основаніи сохранившихся законовъ, ибо въ существованіи закона въ древности нѣтъ еще ручательства за его приложеніе къ дѣйствительности. Для насъ важно знать, какія юридическія воззрѣнія выработались въ общественномъ сознаніи народа относительно залога, и если высказываетъ ихъ хотя отдѣльный случай, то этого уже довольно для увѣренности въ ихъ существованіи.

Нашъ древній юридическій бытъ не развилъ до надлежащей ясности понятія права. Тому, что для насъ составляетъ право, въ этомъ быту соотвѣтствовала фактическая возможность предпринимать извѣстныя дѣйствія, не запрещаемыя общественною властію. Воля замѣняетъ право: ²⁾ «вольному воля»} «въ вотчинѣ воленъ», «вольно продать» и проч. читаемъ мы въ древнихъ актахъ, а права нѣтъ въ поминѣ. Въ обществѣ, въ составъ юридическаго развитія котораго входитъ сознаніе права, усматривается явленіе совершенно противное: мы говоримъ о правѣ, что мы въ правѣ и

т. д. тамъ, гдѣ собственно не можетъ быть рѣчи о правѣ, а гдѣ существуетъ одна фактическая возможность, осполанная на томъ, что государственный бытъ подчиняетъ себѣ естественную волю чело-вѣка не во всемъ ея пространствѣ, а предоставляетъ множество сторонъ ея собственнымъ, ближайшимъ опредѣленіямъ. Но если чуждо древнему юридическому быту сознаніе права, то и въ раскрытіи какой-либо стороны сего быта нельзя искать строгихъ юридическихъ началъ, которыя всегда сводятся къ понятію о правѣ въ подлежательномъ смыслѣ ⁴⁾, а приходится довольствоваться раскрытіемъ юридическихъ воззрѣній древняго быта, т. е. тѣхъ понятій, которыя были ему свойственны въ разсужденіи юридическихъ отношеній и которыя высказались въ опредѣленіяхъ обычая или закона.

Такимъ образомъ и право собственности въ древней Руси неопредѣленно и въ отвлеченіи не сознается ею: она нуждается въ фактической опорѣ для уразумѣнія этого права и находитъ ее во владѣніи. Кто владѣетъ имуществомъ, тотъ имѣетъ возможность осуществить на дѣлѣ все содержаніе права собственности, и право собственника есть прежде всего право на владѣніе ⁵⁾ По-этому первоначально съ отчужденіемъ владѣнія должно быть сопряжено понятіе о прекращеніи самой собственности. Ограниченіе было конечно возможно и въ древнемъ быту, но не въ содержаніи передаваемого права, а въ срокѣ его дѣйствія. Раздѣленіе права на составныя его части, сознательное отличеніе одной отъ другой или даже одного права отъ другого предполагаютъ извѣстную степень юридического образованія въ народѣ или по крайней мѣрѣ у его законодателей и судей, — образованія, котораго мы не находимъ въ древней Руси, способной тѣмъ не менѣе къ измѣренію права по его протяженію. Такъ право собственности опредѣляется безконечностью своею: отчина жалуется такому-то и дѣтямъ его, и внукамъ, и правнукамъ, отчина пріобрѣтается «*въѣки*», «*впрокъ*» и «*безъ выкупа*» ⁶⁾. Передача права собственности происходитъ всегда въ сопровожденіи такихъ опредѣленій. Передачѣ же владѣнія соотвѣтствуетъ временный переходъ права собственности, допускающій возможность возвращенія имущества къ отчуждающему его хозяину. Такъ имущество можетъ быть заоброчено: тогда право собственности переходитъ къ оброчнику съ условіемъ платежа оброка или на срокъ.

По древнему праву залогъ есть отчужденіе: залогодатель предоставляетъ для обезпеченія какого-либо обязательства имущество вѣрителю, который въ случаѣ удовлетворенія возвращаетъ заложенную вещь хозяину, иначе же продолжаетъ владѣть ею.

Исполненіе обязательства со стороны должника есть условіе для прекращенія переданнаго вѣрителю права на залогъ (владѣніе), неприкосновеннаго, пока не наступитъ это условіе; если же исполненіе отнесено къ извѣстному сроку, то пропускомъ его залогодатель утрачиваетъ свое прежнее право на залогъ. (И такъ залогомъ устанавливается не право на чужую вещь (см. выше), а совершается переходъ права отъ залогодателя къ вѣрителю, ограниченный условіемъ либо срокомъ.) Я укажу здѣсь на тѣ явленія древняго юридическаго быта, которыя наводятъ на этотъ взглядъ на залогъ и допускаютъ изложеніе, независимое отъ изображенія самыхъ опредѣленій древняго права о залогѣ.

(Во всѣхъ почти юридическихъ памятникахъ упоминается о залогѣ рядомъ съ другими способами отчужденія — съ мѣною, продажею, назначеніемъ приданаго, отдачею по душѣ; въ особенности часто и долго сближается залогъ съ продажею⁸⁾, что происходитъ отъ преимущественнаго употребленія залога при займѣ: тутъ платежъ занятого есть условіе возвращенія залога, и въ случаѣ неисполненія этого условія рождается по древнему воззрѣнію совершенно такое же отношеніе между залогодателемъ и займодавцемъ, какое возникаетъ между продавцемъ и покупателемъ, такъ что самый закладной актъ получаетъ какъ-бы значеніе купчаго⁹⁾ и называется безразлично то купчею, то закладною¹⁰⁾). Выкупъ залога первоначально тождественъ съ выкупомъ имущества проданнаго, который, кажется, возможенъ былъ и для самаго продавца¹¹⁾, ибо внося въ купчій актъ условіе, чтобы имущество было за покупщикомъ безъ выкупа, продавецъ могъ ручаться только за себя; помещался же въ случаѣ, когда не было кому выкупить, условіе это не имѣло бы никакого смысла¹²⁾). Самое слово выкупъ указываетъ на возвращеніе отчужденнаго, утраченнаго.

На основаніи дошедшихъ до насъ памятниковъ можно думать, что древнѣйшій залогъ—залогъ самого себя: о немъ упоминается уже въ Правдѣ дѣтей Ярославовыхъ, въ которой, по моему мнѣнію, подъ закупомъ должно понимать заложившагося человѣка, службою рассчитывающагося съ вѣрителемъ. По общепринятому толкованію закупъ есть лице, вступившее во временное холопство, по какому бы то поведи ни было¹³⁾). Но соображеніе всѣхъ мѣстъ Правды и другихъ актовъ, касающихся закупа, заставляетъ ограничить временное холопство закупа однимъ источникомъ—залогомъ. Изъ статьи 73 Правды¹⁴⁾ видно, что закупъ должникъ господина, которому служить, но нигдѣ не сказано, что бываютъ и закупы—недолжники. Дѣйствительно закупъ противопоставляется обѣлу¹⁵⁾, но изъ этого не слѣдуетъ, что всякій временный холопъ есть закупъ, а слѣдуетъ толь-

ко, что закупъ не вполне свободный человѣкъ¹⁶⁾. Въ стат. 73 закупъ, названъ наймитомъ, но это ничего не доказываетъ противъ значенія заложника, ибо тутъ же предполагается, что наймитъ долженъ своему хозяину, такъ-какъ опредѣляется случай, когда прекращается обязательство заслужить долгъ. Закупъ можетъ быть названъ наймитомъ потому, что онъ слѣдующею ему за службу платою очищаетъ лежащій на немъ и обезпеченный его лицемъ долгъ. Въ позднѣйшихъ актахъ имя закупа замѣняется названіемъ: «закладчикъ», но еще въ челобитной торговыхъ людей, представленной Алексѣю Михайловичу въ 1646 г.¹⁷⁾ по поводу причиненныхъ имъ иноземцами притѣсненій, упоминается о «закупныхъ», русскихъ людяхъ, которыхъ иноземцамъ держать не велѣно, и полагаю, что закупень означаетъ здѣсь закладчика¹⁸⁾. Закупъ относится также къ землямъ съ несомнѣннымъ значеніемъ залога. Такъ сказано въ купчей, помѣщенной въ правой грамотѣ 1508 г.: «ми (Федору Давидовичу Кемскому) *тѣхъ земель не осваивати, ни про-дати, ни мѣнати, ни въ закупъ не дати*»¹⁹⁾; въ духовной 1518 г.: «*Ондрею мило своего братаища Михайла земли своей ни продати, ни промѣнати, ни въ закупъ не поставити, ни въ приданные не дати, ни по души не дати*»²⁰⁾. . . . Въ обоихъ приведенныхъ мѣстахъ отдача въ закупы соотвѣтствуетъ отдачѣ въ залогъ, о которой упоминается въ другихъ актахъ²¹⁾. Можетъ быть, въ договорной грамотѣ Новгорода съ польскимъ королемъ Казиміромъ IV, 1470 г.²²⁾, должно понимать обязательство короля не закупать челяди, ни селъ также какъ запрещеніе залоговъ въ Новгородской землѣ. По крайней мѣрѣ Мацѣевскій полагаетъ, что въ Литовскомъ Княжествѣ закупъ означалъ закладное отношеніе²³⁾. Нѣтъ впрочемъ никакой необходимости понимать означенное обязательство короля непременно въ смыслѣ заклада. Самоотчужденіе, приписываемое за купу опредѣленіями Правды, проявляется и въ позднѣйшихъ свидѣтельствахъ источниковъ о закладныхъ, закладникахъ, закладчикахъ. Въ договорныхъ грамотахъ Новгорода съ князьями, князей между собою, въ духовныхъ ихъ грамотахъ безпрестанно встрѣчается условіе не держать закладней, т. е. заложившихся людей. Я выпишу здѣсь самыя замѣчательныя мѣста. «*А изъ Божницъ, Кляже, людей не выводити въ свою землю, ни изъ иной волости Новгородской, ни закладниковъ приимати . . . ни смерда, ни купчины*»²⁴⁾; «*а кто будетъ закладень позоровалъ по мнѣ (князю), а жива въ Новгородской области, тѣхъ всѣхъ отступилъ есмь Новгороду*»; «*А кто будетъ закладень позоровалъ къ тебѣ, . . . тѣхъ ти и всѣхъ отступити Новгороду*»²⁵⁾; «*А что закладниковъ въ Тыржеску или иида, или за тобою, или за Клямынею, кто купецъ, поидеть въ свое сто,*

«а смърдѣ пойдѣтъ свой погостѣ; тако пошло въ Новгородѣ; отпусти «всѣхъ процѣ»²⁶⁾; «А кто живетъ въ Новоторьскомъ уездѣ у Святого «Спаса, а тѣ потянутъ къ Торжску, буди закладчицѣ, буди прии- «лецѣ...»²⁷⁾; «...въ городѣ закладней не держати»²⁸⁾; «А сынъ мой «Василей...у своей браты, въ ихъ удѣлахъ земель не купитъ ни дрѣ- «житъ, ни закладней не держитъ»²⁹⁾...». Изъ означенныхъ мѣстъ и другихъ одинакаго съ ними содержанія явствуетъ, что условіе о закладныхъ клонилось къ сохраненію неприкосновенности княжескихъ и Новгородскихъ владѣній; вступленіе въ закладники предидо слѣдовательно этой неприкосновенности, ибо купцы и смерды, поступавшіе въ число ихъ, обезпечивая собою займы, подчинялись власти вѣрителей и подлежали ихъ распоряженіямъ. Закладчикъ отчуждалъ себя, и потому договаривающимися считалось равно важнымъ устранить переходъ людей посредствомъ купли и посредствомъ заклада. Освобожденіе закладника состоитъ въ поворотѣ его въ сотню либо въ погостъ: значитъ, онъ выбываетъ изъ нихъ, закладываясь за вѣрителя. Въ послѣдствіи, при объединеніи Руси, интересъ неприкосновенности отдѣльныхъ владѣній исчезаетъ: тогда условіе о неприниманіи закладниковъ, помѣщавшееся въ договорахъ и духовныхъ грамотахъ князей, смѣнилось запрещеніемъ для тяглыхъ людей вступать въ закладники:³⁰⁾ оно еще яснѣе показываетъ, что закладъ самого себя есть самоотчужденіе, непозволительное для тяглаго человѣка, который считается крѣпкимъ государю. Вступленіемъ въ закладъ закладчикъ уклонялся отъ платежа лежащихъ на немъ повинностей, такъ что выгодно было не выкупаться вовсе изъ заклада. Источники не содержатъ никакихъ свидѣтельствъ объ оставленіи званія закладчика вслѣдствіе выкупа. Можно даже предположить съ нѣкоторою вѣроятностью, что закладывались по займамъ безденежнымъ для пріобрѣтенія сопряженныхъ съ этимъ актомъ выгодъ или для снисканія одного покровительства сильнаго человѣка. Въ источникахъ упоминается о злоупотребленіяхъ, возникающихъ отъ того, что иные люди называютъ себя закладчиками бояръ и другихъ сильныхъ людей и дерзаютъ на обиды и самовольства подъ защитою громкаго имени своихъ патроновъ—вѣрителей³¹⁾. Въ актахъ встрѣчается также поручительство за наемныхъ служителей въ томъ, что въ теченіе договора они не будутъ закладываться за сильныхъ людей³²⁾.

Еще извѣстно запрещеніе отдаваться въ закладъ, основанное на одномъ интересѣ правительства отстаивать свободу гражданъ, которая прекращалась для закладчика не съ пропущеніемъ платежнаго срока, а съ самаго начала обезпеченія³³⁾. Одна служба въ

пользу вѣрителю безъ утраты свободы не могла составить сущности вступленія въ залогъ, такъ-какъ такого рода служба была возможна безъ всякаго залога въ видѣ службы за ростъ³⁴⁾. И точно также утрата свободы послѣ платежнаго срока не составляла особеннoсти залога, ибо въ случаѣ неисправности всякій должникъ отвѣчалъ вѣрителю своею личностью³⁵⁾, не одинъ закладчикъ, какъ видно изъ опредѣленій древняго права объ обращеніи неисправнаго должника въ холопы³⁶⁾ и о позднѣйшей отдачѣ его заимодавцу до искупа³⁷⁾.

Юридическое воззрѣніе, въ силу котораго отвѣтственность по неисполненію обязательствъ падала въ древности прежде всего исключительно на лице обязанное³⁸⁾, подтверждаетъ такимъ образомъ взглядъ на залогъ, какъ на отчужденіе права, принадлежащаго залогодателю, и вмѣстѣ съ тѣмъ объясняетъ, почему право залога примѣняется первоначально къ однимъ лицамъ: до начала 15-го столѣтія у насъ нѣтъ свидѣтельствъ объ имущественномъ залогѣ³⁹⁾, а указаній на заложенныхъ людей дошло до насъ довольно изъ 13-го и 14-го столѣтій. Тоже самое воззрѣніе встрѣчаемъ и у другого народа: у Римлянъ⁴⁰⁾, и оно вполне сообразно сущности обязательства, котораго непосредственный предметъ дѣйствіе лица, а не имущество его. Законная отвѣтственность должника имуществомъ возникаетъ впрочемъ никакъ не позже начала XVII столѣтія, какъ видно изъ росписи статейнаго списка 1627 года⁴¹⁾, въ которой предписывается въ извѣстныхъ случаяхъ производить оцѣнку должникову имуществу. Въ указѣ же 1558 года предполагается еще особое условіе между договаривающимися для того, чтобы отчина неисправнаго должника могла идти на удовлетвореніе заимодавца⁴²⁾. Въ древнемъ же быту вовсе не было имущества, на которое бы можно было отвести взысканіе по обязательству: недвижимое, сколько извѣстно, обыкновенно принадлежало роду, семейству, а не отдѣльному лицу, движимое состояло изъ однихъ необходимѣйшихъ вещей⁴³⁾; притомъ въ обязательство займа, къ которому конечно относятся всѣ древнѣйшіе залого, вступали люди неимущіе, которые только и могли собою обезпечивать вѣрителей⁴⁴⁾. Раннее развитіе поручительства⁴⁵⁾, по моему мнѣнію, также указываетъ на исключительно личный характеръ древнѣйшей отвѣтственности по обязательствамъ. И съ нимъ же, можетъ быть, состоитъ въ связи явленіе, представляющее въ нѣкоторыхъ случаяхъ самый залогъ видомъ поручительства⁴⁶⁾.

Подъ закладомъ разумѣется въ древнемъ правѣ не только отчужденіе, предпринимаемое въ предварительное обезпеченіе, предшествующее исполненію обязательства, но онъ же употреблялся

какъ мѣра наказанія для побужденія должника къ исправности, и тутъ нѣтъ мѣста никакому сомнѣнiю касательно характера отчужденія, который свойственъ закладу. Такъ упоминается о закладѣ въ смыслѣ неустойки, платимой за неисполненiе обязательства, въ дополнительной грамотѣ къ договору Новгорода съ великими князьями Василиемъ и Иоанномъ Васильевичами, 1456 г.⁴⁷⁾: «а что *«закладъ въ рядныхъ грамотахъ, а то вельхомъ имати Княземъ Великимъ съ владыкою на виноватомъ отъ сего докончанiя»*. Или закладъ есть пеня, платимая за нарушенiе какого-либо условiя: такъ Новгородъ обязанъ былъ заплатить по Демонскому докончанiю какую-то сумму пени-залога⁴⁸⁾; такъ упоминается о закладѣ въ смыслѣ пени въ договорной грамотѣ Новгорода съ великимъ княземъ Иоанномъ Васильевичемъ 1471 г.⁴⁹⁾. Наконецъ дается закладъ лицомъ виновнымъ за извѣстные судебныя дѣйствiя, по опредѣленiю Новгородской судной грамоты 1471 же года⁵⁰⁾. Во всѣхъ сихъ случаяхъ закладъ очевидно есть отчужденiе права, принадлежащаго лицу по имуществу, и постановленъ мѣрою обезпеченiя, точно также какъ и закладъ, даваемый до исполненiя обязательства, и если по случаю исправности должника послѣдняго рода закладъ возвращается закладчику, то устанавливается тоже самое имущественное отношенiе, которое существовало бы для заклада—неустойки или вклада—пени; если же должникъ неисправенъ, то всякій закладъ долженъ подлежать распоряженiю вѣрителя^{*)}. Упоминается наконецъ о закладѣ въ смыслѣ вклада въ монастырь⁶⁰⁾.

Изложенное мною понятiе о залогѣ какъ объ отчужденiи права залогодателя въ пользу залогопринимателя проявляется съ небольшими колебанiями во всей восточной Руси до начала 18-го столѣтiя. Основанное на медленно движущемся обычаѣ и подвергаясь слабому влiянiю законодательства, право залога представляется единымъ до указа 1737 г. Августа 1, такъ что при разсмотрѣнiи сего права должно отказаться отъ раздробленiя его исторiи на перiоды, которые впрочемъ большею частiю составляютъ въ области права ученый прiемъ, а не переломы развитiя. Приступаю теперь къ самому изображенiю древняго права залога: попытаюсь представить, какiя существовали въ восточной Руси воззрѣнiя на учрежденiя и отношенiя, порождаемыя правомъ залога⁶¹⁾.

Установленiемъ залога или вклада⁶²⁾ передается отъ залогодателя принадлежащее ему право залогопринимателю въ обезпеченiе какого-либо обязательства. Передаваемое право по большой

*) Принимаю это обозначенiе въ самомъ общирномъ смыслѣ.

части то, которое мы сознаемъ какъ право собственности. Но когда свободный человѣкъ самъ закладываетъ себя, то происходитъ собственно не передача права, а возникаетъ для залогопринимателя прежде несуществовавшее вовсе право собственности надъ закладчикомъ. По причинѣ смутнаго понятія о существѣ права вообще и права собственности древній бытъ считалъ возможнымъ отчужденіе закладомъ не только имущественнаго права, но и другого: такъ закладывались православныя жены и дѣти, къ великому и основательному негодованію пастырей церкви, какъ видно изъ грамоты патріарха Филарета, посланной къ архіепископу Кипріану въ Сибирь въ 1622 году⁶³). Само собою разумѣется, что тутъ право залогопринимателя не можетъ быть продолженіемъ залогодателя, а возникаетъ для него право собственности по залогу: онъ творитъ «*блудъ*» съ заложницею, продаетъ ее или отдаетъ въ холопки. Правительство преслѣдовало залогъ женъ и дѣтей, но все-таки они существовали⁶⁴). Права, по существу своему временныя, кажется, не передавались для залога, ибо прекращеніе ихъ могло предшествовать выкупу, кромѣ котораго слѣдовательно закладное отчужденіе встрѣчало здѣсь еще другое ограниченіе, несообразное его свойству. При уступкахъ нѣкоторыхъ правъ пользованія, соляными варницами напр., упоминается объ очисткѣ отъ закладныхъ⁶⁵), но, кажется, только отъ-того, что уступки эти дѣлаются собственниками имущества, по которому предоставляется право пользованія, и подводятся подъ понятіе продажи, такъ-что выговаривается, собственно не очистка права этого отъ залога, а очистка самаго имущества. Въ порядной записи иноземца Акема на землю встрѣчается обязательство наемщика не закладывать земли⁶⁶). Въ строгомъ смыслѣ о закладѣ земли не могло бы быть вовсе рѣчи, такъ-какъ она временно передается Акему для одного пользованія: по-этому мы были бы въ правѣ отнести условіе не закладывать къ праву пользованія, предоставляемаго наемщику, и считать возможнымъ для Акема передать свое право другому лицу въ обезпеченіе какого-либо обязательства. Но не забудемъ, что древнее возрѣніе ясно не признавало собственности: для него переходъ владѣнія къ Акему былъ временнымъ переходомъ собственности, содержащей право закладывать, и въ предупрежденіе осуществленія этого права нужно было особымъ условіемъ запретить Акему залогъ наплатой земли.

Самое право государственной власти на территоріумъ, безсознательно принимаемое за право собственности, идетъ на обезпеченіе обязательства. По займу 15,000 р. Іоаннъ IV принимаетъ отъ «*юлдованика*» Магнуса въ залогъ ливонскіе города⁶⁷).

Цѣль залога есть обезпеченіе обязательства: значеніе его слѣдова-