

Кассо Лев Аристидович

**Понятие о залоге в
современном праве**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 82-3
ББК 84-4
Л34

Л34 **Лев Аристидович К.**
Понятие о залоге в современном праве / Кассо Лев Аристидович – М.: Книга
по Требованию, 2022. – 419 с.

ISBN 978-5-519-88579-9

ISBN 978-5-519-88579-9

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2022

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2022

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 первозданном 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.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

Введеніе.

Усвоєніе римскаго залоговаго права западною Европою считается теперь, какъ извѣстно, однимъ изъ наименѣе удачныхъ эпизодовъ въ исторіи рецепціи иноземныхъ институтовъ. И не смотря на возрожденіе національныхъ началъ въ теченіе послѣднихъ ста лѣтъ¹⁾, практическія послѣдствія этого усвоєнія до сихъ поръ не устранины изъ цѣлаго ряда территорій²⁾. Въ области теоріи вліяніе римскаго права здѣсь не менѣе значительно. Современнымъ юристамъ еще не удалось окончательно охарактеризовать ширѣе залоговое право, потому что они не успѣли освободиться отъ римскихъ воззрѣній и отъ связанныхъ съ ними и далеко еще не прекратившихся споровъ романистовъ³⁾. Удовлетворительное же опредѣленіе со стороны сихъ послѣднихъ встрѣчаетъ затрудненія, вытекающія изъ самой исторіи римскаго залога, начавшагося съ вещнаго обезпеченія, а впоследствии распространившагося на права и требованія.

1) Roth (Archiv für d. civ. Praxis T. 62, стр. 98) тѣмъ не менѣе отрицаетъ всякую связь между средневѣковымъ залоговымъ правомъ и современнымъ.

2) См. Kuntze, Zur Geschichte des römischen Pfandrechts. Leipzig, 1893, Lief. I, стр. 5.

3) Ср. Dan k w a r t. Nationalöconomie und Juriprudenz. III, стр. 48 - 49 и прим. 49.

Тѣмъ не менѣе изслѣдователи въ своихъ работахъ считаютъ болѣею частью нужнымъ выставить общее опредѣленіе¹⁾, примѣнимое ко всѣмъ видамъ залога. Одни²⁾ называютъ его правомъ на извѣстный объектъ, считая при этомъ, что когда заложено право, объектомъ залога являются тѣ предметы, на которые простирается правомочіе, служащее обезпеченіемъ требованію. Другіе³⁾, наоборотъ, считаютъ залогъ всегда правомъ на право, полагая, что при залогѣ тѣлесной вещи предметомъ обезпеченія является право собственности, которое имѣетъ на нее должникъ. Наконецъ, третьи, какъ *Sohm*,⁴⁾ стараются въ этомъ отношеніи занять среднее мѣсто, давая одну характеристику залога, составленную въ такихъ общихъ выраженіяхъ, что легко вывести изъ нея тѣ отдѣльныя опредѣленія, которыя примѣнимы къ залогоу вещей и къ залогоу правъ.

Но кромѣ того затрудненіемъ для установленія понятія о залоговомъ правѣ является самое содержаніе этого права. Залоговое право, какъ право, создающее въ пользу залогодержателя исключительное положеніе по отношенію къ извѣстной части чужаго имущества, можетъ быть отнесено къ той категоріи правомочій, которыя романисты называютъ вещными правами. Но среди послѣднихъ оно тѣмъ не менѣе занимаетъ обособленное мѣсто въ виду того, что оно въ отличіе отъ нихъ не имѣетъ цѣлью ни пользованіе, ни обладаніе вещью, а только полученіе извѣстнаго размѣра ея

1) Въ пользу одного общаго опредѣленія высказался еще недавно *E. Demelius*. *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach oesterreichischem bürgerlichem Rechte* (1897), стр. 237.

2) *Exner*. *Kritik des Pfandrechtsbegriffes*, стр. 180.

3) *Bremer*. *Pfandrecht und Pfandobjecte*, стр. 48, 55, 59, 87.

4) *Die Lehre vom Subpignus*, стр. 12 сл.

стоимости, и что, кромѣ того, съ осуществленіемъ этого правомочія залогодержателя связано прекращеніе самого залоговаго права. Эта послѣдняя черта, общая со всеми личными требованіями, вызвала въ литературѣ оригинальную попытку¹⁾, выставить для римскаго залога понятіе объ *obligatio rei* и признать за нею характеръ обязательства съ предметно ограниченной отвѣтственностью въ отличіе отъ *obligatio personae*.

Этотъ взглядъ который можно было считать окончательно устраненнымъ аргументаціей Dernburg'a²⁾, доказавшаго, что картинныя выраженія источниковъ въ этомъ вопросѣ не имѣютъ абсолютной силы для разрѣшенія даннаго спора и что отрицаніе за залогомъ характера *jus in rem* только затрудняетъ объясненіе цѣлаго ряда функций вещнаго обезпеченія у Римлянъ. Взглядъ этотъ однако былъ выставленъ еще въ послѣдствіи Brinz'омъ, который въ связи съ этимъ ученіемъ рѣшился построить общее понятіе объ отвѣтственности, обнимающей *Personenhaftung* и *Sachhaftung* въ качествѣ подвиговъ³⁾. Brinz въпрочемъ въ вопросѣ объ опредѣленіи характера римской ипотеки не придаетъ ея аксессуарному характеру рѣшающаго значенія⁴⁾, тогда какъ другіе изслѣдователи наоборотъ выбрали этотъ моментъ,

1) См. Sintonis, Handbuch des gem. Pfandrechts (1896) стр. 5. Еще дальше идетъ Bilschell въ своихъ Civilrechtliche Erörterungen (2-ое изд.) стр. 259, 269, 417 сл., гдѣ онъ не останавливается даже передъ олицетвореніемъ заложенаго предмета, который онъ считаетъ носителемъ обязательства.

2) Pfandrecht (1860) I § 12. Еще до него Bachofen, Das römische Pfandrecht (1847) стр. 226. Ср. также Exner I. с. стр. 50 и Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 80 сл.

3) Pandecten T. II, (2-ое изд. 1879—1882) §§ 207 и 208.

4) Der Begriff obligatio въ Grünhuts Zeitschrift I. стр. 27.

какъ главное основаніе для своей аргументаціи¹⁾. При этомъ нельзя не указать на противоположные результаты, къ которымъ они пришли. *Sintenis*²⁾ усматриваетъ самое убѣдительное доказательство личнаго характера залоговаго права въ его акцессорности, а *Bruno*³⁾ наоборотъ считаетъ римскую ипотеку вещнымъ правомъ, именно, потому что она служить опредѣленному требованію.

Болѣе осторожную точку зрѣнія отстаиваютъ тѣ романисты, которые полагаютъ, что соотношеніе, существующее между требованіемъ и его вещнымъ обезпеченіемъ, до известной степени объясняетъ нѣкоторыя особенности⁴⁾, но все-таки не можетъ служить руководствомъ для установленія самой сущности этого института⁵⁾.

Тѣмъ не менѣе будетъ, можетъ быть, не лишнее остановиться на понятіи о придаточности римскаго залога, уже потому, что ея значеніе не всегда правильно оцѣнивалось въ той части литературы, которая стремилась провести безусловную тождественность римскихъ и современныхъ воззрѣній⁶⁾.

1) См. напр. *Scheurl. Krit. Vierteljahrschrift.* II, стр. 498.

2) *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, стр. 11.

3) *Holtzendorfs Encyclopädie* (2 изд.), стр. 374.

4) Ср. *Arndts Pandecten* § 364.

5) Ср. *Ziebarth. Die Realexecution und die Obligation.* § 21. — *Schmidt. Grundsätze des gem. u. preussischen Pfandrechts.* § 1.

6) Такъ напр. *Simon* (Ueber die Selbständigkeit des Pfandrechts in *Archiv für civ. Praxis* 41, стр. 61), который старается доказать уже для римскаго права самостоятельность залога. *Hahn* (*Die materielle Uebereinstimmung röm. und germanischer Rechtsprincipien*, стр. 423) наоборотъ усматривать въ самостоятельности ипотечной ипотеки лишь временное явленіе, неспособное выдержать патосъ римскаго ученія. *Schott* (*Iherings Jahrbücher.* XV, стр. 31, 55), правильно оцѣнивал значеніе акцессорности у Римлянъ, впадаетъ тѣмъ не менѣе въ крайности при подчеркиваніи общихъ чертъ между римскимъ и современнымъ залоговымъ правомъ.

При старѣйшей¹⁾ формѣ реальнаго кредита у Римлянъ, при *fiducia*, вѣритель, получая въ видѣ обезпеченія право собственности на опредѣленную вещь, не лишался вслѣдствіе этого возможности осуществить требованіе, для котораго былъ установленъ залогъ. Онъ сохранялъ *actio*, вытекающую изъ личнаго правоотношенія, которое не уничтожалось передачей вещи. Понятно, что вчинаніе личнаго иска со стороны фидуціарнаго кредитора, имѣющаго въ своемъ имуществѣ предметъ, достаточный для удовлетворенія, могло вызвать *exceptio doli* со стороны должника²⁾. Но искъ тѣмъ не менѣе принадлежалъ займодавцу и въ извѣстныхъ случаяхъ онъ осуществлялъ свое призваніе, давая истцу то удовлетвореніе, которое послѣдній не въ состояніи былъ получить изъ вещнаго обезпеченія, такъ напр. въ случаѣ порчи или пропажи заложенной вещи. Мы имѣемъ основаніе думать, что при *fiducia* рискъ за случайную гибель лежалъ на должникѣ, несмотря на то, что собственность принадлежала кредитору; послѣдній могъ такимъ образомъ взыскивать свое требованіе съ остальнаго имущества залогодателя³⁾.

1) Невозможно опредѣлить время возникновенія фидуціи въ Римѣ, тѣмъ болѣе, что нѣтъ основанія предполагать, что она, въ качествѣ обезпечительнаго средства, возникла позже, чѣмъ *fidelussio*. Ср. Karlowa. *Römische Rechtsgeschichte*. II. стр. 572.

2) См. однако Dernburg. *Pfandrecht*. I. стр. 12.

3) Это вытекаетъ изъ l. 22 pr. D. de pign. act. 13. 7., въ которой Lenel (*Quellenforschungen in den Edictcommentaren* въ Savigny *Zeitschrift*. III) доказалъ интерполцію: *si fiducia subrepta furti egerit creditor, totum quicquid percipit debito cum imputare Papinianus constituitur, et est verum etiamsi culpa creditoris furtum factum sit*. Здѣсь говорится о *debitum*, что было бы нелепымо, если бы вещное обезпеченіе поглощало обязательство. Это мѣсто устанавливаетъ для кредитора обязанность зачитывать полученное путемъ иска даже, когда неупотребленіе вещи вызвано его нерадѣльемъ. Корнелій встанавляетъ на этомъ случаѣ, потому

Въ этомъ и выражается существенное отличіе между *fiducia* и продажей съ правомъ выкупа, когда послѣдній договоръ покрываетъ кредитную сдѣлку съ реальнымъ обезпеченіемъ; въ такомъ случаѣ кредиторъ, приобрѣтая вещь, становится покупщикомъ на общихъ началахъ: передача вещи нечерпываетъ его правомочія и случайное уничтоженіе вещи впослѣдствіи не даетъ ему возможности вчинать искъ противъ продавца. Наоборотъ, *fiducia* этого дѣйствія не имѣетъ; она создаетъ только добавочное обезпеченіе, не нарушая при этомъ значенія обезпеченнаго обязательства, которое остается въ силѣ до достиженія той общей цѣли, которой служатъ одновременно требованіе и залогъ¹⁾. Даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ съ фидуціей связана *lex commissoria*²⁾, требованіе не поглощается вещнымъ

что при наличности supra кредиторъ отвѣчаетъ за потерю вещи. Изъ этого приходится вывести заключеніе, что при случайной потерѣ онъ не отвѣчаетъ, и что слѣдовательно рискъ лежитъ на должникѣ. Въ прежней литературѣ господствовалъ противоположный взглядъ, см. напр. Unterholzner, *Lehre von den Schuldverhältnissen* II, § 767; Rein *Privatrecht*, стр. 350 и 351. Wächter, *Arch. f. civ. Praxis* XV, стр. 137 давалъ однако кредитору право требовать лишнею долги, непокрытый стоимостью пропавшей вещи.

1) Разницу между *fiducia* и продажей съ правомъ выкупа хорошо освѣщаетъ также интерполированная l. 24 pr. D. 13. 7: *elegantior apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut fiduciam possideret ea que evicta esset, an habeat contrariam fiduciam, et videtur finita esse fiducia obligatio et a contractu recessum*. Если бы фидуціарный кредиторъ былъ приравненъ обыкновенному покупщику, то это мѣсто не имѣло бы смысла. Требованіе прекратилось здѣсь не въ силу передачи вещи, а влѣдствіе *impetratio possessionis*. Ср. Oertmann, *Die Fiducia* стр. 182.

2) Спорный когда то въ литературѣ вопросъ (см. Muther, *Die Sequestration* стр. 380) объ обязательности *lex commissoria* при *fiducia* рѣшенъ теперь отрицательно, благодаря найденному въ Помпеѣ (1887) документу, въ которомъ Eck (*Zeitschrift der Sav. Stiftung* IX, стр. 60) усмотрѣлъ *pactum fiduciae*. Слова „*Si ea pecunia omnis mihi K. Novem. primis soluta non erit, ut mihi liceat ea mancipia idibus Decembr. vendere*“ наглядно доказываютъ отсутствіе *lex commissoria* въ данномъ случаѣ.

обезпеченіемъ. Заключение этого побочнаго договора имѣло результатомъ невозможность для должника потребовать обратно вещь въ случаѣ просрочки. Для кредитора однако право выбора остается нетронутымъ; онъ можетъ воспользоваться окончательнымъ обогащеніемъ, которое даетъ ему съ наступленіемъ срока *lex commissoria*. Но отъ него зависитъ воспользоваться этимъ правомъ ¹⁾; пока онъ этого не сдѣлалъ, личное требованіе принадлежитъ ему на общихъ основаніяхъ ²⁾. Такимъ образомъ и *lex commissoria* не въ состояніи приравнять *fiducia* купль-продажъ съ *pactum de retrovendendo*; въ послѣднемъ правоотношеніи требованіе окончательно исчезаетъ и кредиторъ, получивъ вещь, не имѣетъ уже возможности воздѣйствовать на остальное имущество продавца.

Отличительная же черта фидуціи сохранилась также и въ другихъ формахъ римскаго залога: обезпеченное обязательство остается въ силѣ въ томъ смыслѣ, что кредиторъ въ силу залога получаетъ только добавочное упроченіе и не лишается права осуществлять свое требованіе путемъ личнаго иска. Послѣдній имѣлъ свое особое значеніе въ эпоху выдачи головой несостоятельнаго должника, когда наложеніе личной отвѣтственности являлось могучимъ оружіемъ въ рукахъ залогодержателя ³⁾. А впоследствии, когда въ связи съ развитіемъ неполнительнаго процесса кредиторъ получилъ возможность добиваться передачи

1) Это вытекаетъ несомнѣнно изъ I. 3 D. 18. 3., которую можно примѣнить и къ залоговому праву. См. Lenel, I. с. стр. 112. — Ср. еще Brinckmann. Die *lex commissoria* beim Pfandrechte. (1892) стр. 23.

2) § 9 *fragm. Vat.* относится къ купль-продажѣ, а не къ *lex commissoria*. См. Dernburg Pfandrecht II. стр. 282 сл.

3) Ср. Dernburg. Pfandrecht § 1.

заложенной вещи¹⁾, личный искъ, угрожая открытіемъ конкурса, служилъ иногда болѣе энергичнымъ принудительнымъ средствомъ, чѣмъ право на удовлетвореніе изъ опредѣленной вещи.

Въ литературѣ однако встрѣчаются попытки отыскать у Римлянъ обезпеченіе интереса посредствомъ залога вещи безъ личнаго требованія. Подобный характеръ долженъ быть, по словамъ Mommsen'a²⁾, признанъ за *praedictura*. Къ сожалѣнію скудость источниковъ не даетъ намъ возможности составить себѣ ясное представленіе объ этомъ институтѣ³⁾, такъ что и противоположное утвержденіе не лишено основанія⁴⁾. Даже если признать, что *praedictura* отличается въ этомъ смыслѣ отъ *fiducia*⁵⁾, то это можно будетъ объяснить особымъ положеніемъ, занимаемымъ казною по отношенію къ своимъ должникамъ. Очевидно, что нельзя⁶⁾ выставить *praedictura*, какъ явленіе, способное дать опредѣленную характеристику римскаго реального кредита.

То же самое нужно сказать относительно права принадлежащаго лицу, выкупившему плѣннаго. Последній остается

1) Первоначально искъ изъ залога устанавливался для ипца только право на *litis aestimatio*, въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ уклонился отъ передачи вещи. См. I. 21 § 3 D. de pign. 20. 1: *si res pignerata non restituitur, lis adversus possessorem erit aestimanda*: I. 16 § 3. 6. D. eod. tit. Ср. ипотечную формулу у Lenel, *Edictum perpetuum*. стр. 397.

2) *Stadtrecht von Salpensa und Malaca* въ *Abhandlungen der sächsischen Gesellschaft für Wissenschaft* (1857), III, стр. 471 сл.

3) Bachofen, *Pfandrecht*, стр. 223 отрицаетъ вообще за нимъ характеръ реального обезпеченія.

4) Ср. Güppert. *Zur Lehre von den praedes* въ *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, IV, (1864), стр. 274 сл., и также Rivier. *Untersuchungen über die cautio praedibus praediisque*, стр. 73.

5) Это отрицается цѣлымъ рядомъ изслѣдователей. См. напр. Walter, *Rechtsgeschichte*, 620; Stintzing. *Bona fides*, стр. 23 прим.

6) По примѣру Brinz'a (*Grünhut's Zeitschrift* I, стр. 28).

подъ властью выкупающаго до возвращенія ему уплаченной за освобожденіе суммы. Redemptor имѣетъ въ теченіе этого времени право удерживать у себя освобожденнаго, но не можетъ требовать съ него выкупной суммы¹⁾, такъ какъ деньги были уплачены въ то время, когда плѣнный не считался правовымъ субъектомъ и вслѣдствіе этого не могло быть обязательственнаго отношенія между выкупающимъ и выкупленнымъ. Kohler усматриваетъ въ такомъ отсутствіи личной отвѣтственности зародыши института, напоминающаго современную Grundschild²⁾. Это смѣлое предположеніе основывается на тѣхъ изреченіяхъ источниковъ³⁾, гдѣ право на личность выкупленнаго называеся *pignus*, какъ видно, для того, чтобы провести грань между правомочіями выкупающаго и *potestas* надъ римскимъ рабомъ⁴⁾. Но это слово не имѣетъ въ данномъ случаѣ специфическаго значенія; оно скорѣе употребляется какъ описательное выраженіе⁵⁾, чѣмъ съ цѣлью дать полное опредѣленіе этого правоотношенія. Не смотря на внѣшнее сходство правомочія redemptor'a съ положеніемъ залогодержателя, между ними остается тѣмъ не менѣе разница, которая выражается въ отсутствіи права продажи для redemptor'a. По истеченіи извѣстнаго срока услуги выкуплен-

1) Противоположное утвержденіе Dirksen'a. (Hinterlassene Schriften, II, стр. 268), уничтожается l. 15 D. de captivis 49, 15.

2) Pfandrechtliche Forschungen, стр. 50.

3) L. 21 D. de capt. 49, 15; l. 19 § 9. eod. tit.

4) Ср. Bachofen. Pfandrecht, стр. 274. Hase. Das jus postliminii, стр. 164 сл.

5) L. 20 § 1 D. qui test fac. 28. 1 . . . hunc servum non esse, sed vinculo quodam retinori. l. 2 C. de postlim. 8, 50.: ab hostibus redempti, quoad exsolvatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in servilem condicionem videntur esse detrusi.

ного считаются достаточнымъ возмездіемъ для лица, освобожденнаго плыннаго, и правоотношеніе прекращается¹⁾. Здѣсь нѣтъ ни *distractio*, ни присвоенія объекта (со стороны залогодержателя), безъ которыхъ трудно представить себѣ римское право, по крайней мѣрѣ въ классическую эпоху²⁾. Kohler³⁾ впрочемъ старается доказать, что, несмотря на укорененіе права продажи залогодержателя, существовала еще другая форма вещнаго обезпеченія: залоговое пользованіе или *Nutzungspfandrecht*, при которомъ кредиторъ получаетъ только право на пользованіе вещью, безъ права отчужденія и присвоенія собственности, такъ что здѣсь плоды являлись единственнымъ (и вмѣстѣ съ тѣмъ исключительнымъ) предметомъ удовлетворенія для

1) L. 20 § 2 C. de postlim. 8. 50. Впрочемъ Kohler l. c. стр. 350 самъ сознаетъ эту разницу (. . . . mag dies ein unvollkommenes Pfandrecht sein).

2) При установленіи *pignus* въ первое время приходилось прибѣгать къ *pactum de distrahendo*, такъ какъ *pignus* является скорѣе фактическимъ состояніемъ и въ качествѣ такового не могъ давать кредитору *jus distrahendi*. Ср. Gaius. II, 64 и l. 73 D. de furtis 47. 2. Право продажи установилось здѣсь сравнительно поздно (Voigt. Das pignus der Römer bis zu seiner Umwandlung zum Rechtsinstitute въ Berichte der K. S. Ges. d. Wiss. Phil. Cl. 1888, стр. 274), какъ это явствуетъ изъ смысла на *pactum de pignore vendendo* въ цѣломъ рядѣ мѣстъ. См. Girard. Manuel de droit romain (2 éd.), который впрочемъ преувеличиваетъ ихъ значеніе для классическаго періода. По при *fiducia* мы имѣемъ основаніе думать, что кредиторъ всегда и съ самаго начала имѣлъ право продать вещь, не смотря на то, что онъ этимъ могъ нарушить свои личныя обязательства по отношенію къ должнику. Ср. Oertmann, Die *Fiducia*, стр. 195 сл. — и § 5. Paul. Sent. II, 13. См. однако Pernice. *Labes* III, 139. Что же касается ипотеки, то она перенята непосредственно изъ Греціи въ Римъ, какъ право на удовлетвореніе путемъ продажи. Ср. Dernburg. *Pfandrecht*, I, стр. 86. Возможно впрочемъ, что въ другихъ отношеніяхъ укорененію ипотечной ипотеки въ Римѣ способствовала и *praedictura*. См. Jörs. *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* (1888) стр. 153.

3) *Pfandrehtliche Forschungen*, стр. 68 сл.