

О ЗАКЛАДѢ
ДОГОВОРНЫХЪ ТРЕБОВАНИЙ.

(DE PIGNORE NOMINUM.)

В. СТРУКОВЪ.

ИЗДАНИЕ 2-Е,

ДОПОЛНЕННОЕ И ПЕРЕРАБОТАННОЕ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типо-Литогр. Р. Голяке,



Троицкая улица, № 18.

1891.

1442

N 2147
Договор: 145

ГЕВ 154

325361 пр. 96

10/10/20

Дорогимъ Родителямъ.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Приступая ко второму изданію моей книги, вызванному желаніемъ дополнить и переработать, въ интересахъ ясности, многія стороны предлагаемаго изслѣдованія, считаю необходимымъ замѣтить, что я рѣшился измѣнить и самый планъ сочиненія.

Сливая вторую и третью главы (перваго изданія) въ *отдѣлъ первый*, посвященный разсмотрѣнію вопроса о *præsumptio* по источникамъ римскаго права и на основаніи различныхъ современныхъ ученій, я предпосылаю изложенію указаннаго перваго отдѣла — историческій очеркъ, содержащій въ себѣ изложеніе основныхъ чертъ общей исторіи развитія римскаго закладнаго права и представляющій изъ себя переработку главы первой (перваго изданія). Последнюю же главу (т. е. четвертую) перваго изданія я разработалъ во *второй отдѣлѣ*, предметъ котораго составляетъ вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій въ современномъ правѣ. Дополненіемъ перваго отдѣла является болѣе подробное изложеніе исторіи римскаго закладнаго права и гораздо болѣе

детальное изображение учения о цессии, въ томъ видѣ какъ оно развилось, благодаря содѣйствію О. Бэра. Существенное же дополненіе содержанія втораго отдѣла заключается въ болѣе подробномъ разсмотрѣніи изучаемаго вопроса по французскому праву, для чего мною было обращено вниманіе на главнѣйшія монографіи о *pignus nominis*, существующія во французской литературѣ. Кромѣ того, анализируя вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій, я не ограничился, въ противоположность первому изданію книги, разсмотрѣніемъ вопроса о добровольномъ закладываніи долговыхъ требованій, но подвергнулъ изученію и вопросъ о процессуальномъ удержаніи въ закладѣ долговыхъ требованій, принадлежащихъ отвѣтчику.

Оговорившись объ имѣющемся, такимъ образомъ, различіи между первымъ и вторымъ изданіями, считаю необходимымъ повторить, что, останавливаясь на изслѣдованіи вопроса о закладѣ долговыхъ требованій, я руководствовался соображеніями, касающимися не только названнаго спеціальнаго вопроса, но и закладнаго права вообще. Вполнѣ сознавая, насколько важно стремиться къ созданію общей теоріи каждаго юридическаго института, нельзя не замѣтить, что теорія закладнаго права наиболѣе нуждается въ такомъ обобщеніи, въ виду существующихъ въ наукѣ разногласій по весьма многимъ вопросамъ названнаго института и въ томъ числѣ, по вопросу объ объектахъ залога. Въ русской юридической литературѣ, закладное право подвергалось изслѣдованію весьма рѣдко. Что же касается до вопроса о закладѣ долговыхъ требованій, то онъ остается въ ней почти безъ всякаго освѣщенія.

Не имѣя вовсе въ виду сказать что либо особенно новое по изслѣдуемому вопросу, вызвавшему на западѣ довольно обширную литературу, далеко не выработавшую, однако, общаго рѣшенія, я былъ бы вполнѣ счастливъ, если бы предлагаемое сочиненіе могло, хотя отчасти, пополняя пробѣлы въ отечественной литературѣ, служить, съ одной стороны, къ разъясненію того особаго вида юридическихъ сдѣлокъ, которыя, какъ говоритъ Побѣдоносцевъ ¹⁾, хотя и весьма часто практикуются въ гражданскомъ быту, но нерѣдко, за неимѣніемъ въ законодательствахъ соотвѣтствующихъ постановленій — или предоставляются „безгласному дѣйствію личной воли“ или совершаются „въ формѣ передачъ, подѣ коими скрывается закладной договоръ“, а съ другой — служить содѣйствіемъ къ подготовленію почвы для выясненія вопроса объ общей природѣ объектовъ залога.

¹⁾ К. гр. пр. I. стр. 600.

ПОСОБІЯ *).

Donellus, comm. de pign. et hyp. 1557.—tract. de pign. atque hyp.

Negusantius, tract. de pign. et hyp. 1699.

Cujac. ad rec. sent. Pauli.

Juncker, de hyp. nominum. 1729.

Gesterding, ueber die Schuldverb. als Obj. des Pfandr. 1812.—Pfandrecht. 1816.

Huschke, de pignore nom. 1820.

Gaupp, de nominis pign. 1820.

Sintenis, pfandrechl. Streitfr. 1835.—Pfandrecht. 1836.

Mühlenbruch, Cession 3 Aufl. 1836.

Trotsche, Verpfändungs-Recht des Pfandgl. 1840.

Buchka, de pignore nom. 1843.

Bachofen, Pfandrecht. 1847.

Delbrück, Uebernahme fremd. Schuld. 1853.

Мейеръ, древнее русское пр. залога. 1855.

*) Не имѣя, къ сожалѣнію, подъ руками нѣкоторыхъ изъ приводимыхъ сочиненій и не желая, тѣмъ не менѣе, лишать читателя возможности ознакомленія съ ними, считаю долгомъ оговориться, что я цитировалъ ихъ на основаніи ссылокъ, существующихъ въ другихъ сочиненіяхъ, внушающихъ къ себѣ, болѣе или менѣе, полное довѣріе, въ виду известности именъ ихъ авторовъ.

- Windscheid, Actio. 1856.
 Bähr, Cession (въ Jahrb. für Dogmatik. 1857. B. I стр. 351).
 Sohm, Subpignus. 1864.
 Salpius, Novation. 1864.
 Dernburg, Pfandrecht. (1860, 1864).
 Schmid, Cession 1866.
 Bremer, Pfandrecht. 1867.
 Godin, du pignus nom. 1868.
 Pfaff, Geld als Mitt. pfandr. Sicherstell. 1868.
 Eberhard, Verpf. v. Ford. 1869.
 Stöcker, Ueber die Grunds. d. Lehre v. Pfandr. an Ford. (въ Archiv für pr. Rechtsw. B. VII. 1870).
 Chauffon, de nom. pign. 1873.
 Hottineanus, de pignore nom. 1875.
 Marcus, Verpf. aussteh. Ford. 1876.
 Hellwig, Verpf. und Pfänd. v. Ford. 1883.
 Vignerón, du pignus nom. 1884.
 Oertmann, fiducia im röm. Privatr. 1890.
 Учебники пандектного права: Seuffert I. § 207; Puchta § 208;
 Keller § 202; Vangerow I. § 368 прим. 1; Windscheid I § 239;
 Brinz. II. § 349; Dernburg I. § 293.

ПЛАНЪ ИЗСЛѢДОВАНІЯ.

ОТДѢЛЪ I.

Pignus nominis по источникамъ римскаго права и въ литературѣ.

Стр.

- | | |
|---|---|
| 1. Основные черты общей исторіи развитія римскаго закладнаго права. | 1 |
|---|---|

Закладное право и поручительство. Поручительство, какъ первоначальный способъ обезпеченія обязательствъ и причины паденія прежняго его значенія.

Fiducia. Общее значеніе фидуціи съ закладною цѣлью. Pactum fiduciae. Actio fiduciae. Lex commissoria. Pactum de vendendo. Usureceptio.

Предіатура. Двойное значеніе ея для развитія римскаго закладнаго права. Форма. Объектъ предіатуры. Praediorum cognitores. Продажа praedia subsignata. Usureceptio противъ покупателя.

Pignus. Установленіе залога путемъ передачи владѣнія закладываемою вещью. Значеніе слова pignus. Объектъ pignus. Сравненіе pignus съ legis actio per pignoris capionem и pignoris capio.

Hypotheca. Исторія возникновенія залога въ формѣ простаго договора, безъ передачи владѣнія закладываемою вещью. Вліяніе греческаго права. Афинское закладное право. Римская ипотека. Interdictum Salvianum. Actio Serviana. Actio quasi Serviana. Ея формула и значеніе послѣдней для доктрины закладнаго права. Общее развитіе права продажи при договорномъ залогѣ.

2. Общее опредѣленіе понятія *pignus nominis*. . . 75

Указанія римскаго права. Непримѣнимость вышеуказанныхъ историческихъ формъ залога къ закладу *pignus*. Время возникновения *pignus nominis*. Его протѣишъ.

Положеніе вопроса въ современной наукѣ. Три группы теорій, имѣющихъ въ виду разъяснить конструкцію *pignus nominis*.

Начало цессіи въ римскомъ правѣ и современное о ней ученіе. *Mandatum actionis* какъ юридическая сдѣлка однородная съ делегацией. Обращеніе послѣдней въ современную цессію, которая переноситъ требованіе. Разсмотрѣніе источниковъ. Доказательство господства въ классическомъ періодѣ римскаго права — делегационной точки зрѣнія. Доказательство развитія цессіоннаго понятія до Диоклетіана. Дальнѣйшее развитіе понятія о цессіи. Юстиніаново право и право современное. Цессія, какъ актъ передачи имуществъ. Ея сауса. Возврънія юристовъ. Прѣжнее ученіе. Донелль; Мюленбрухъ; Пухта. Новѣйшія ученія. Критика положеній о томъ, что цессія переноситъ лишь осуществленіе требованія и что она не основываетъ сингулярной сукцессіи. Практическіе выводы изъ установленнаго понятія о цессіи. Съ цессіей, цедентъ перестаетъ быть уполномоченнымъ въ отношеніи требованія; должникъ же, не смотря на это, освобождается въ случаѣ уплаты цеденту *bona fide*. Денунціация со стороны цессіонара отнимаетъ у должника право ссылаться на незваніе о цессіи. Оспариваніе господствующаго возврѣнія на значеніе денунціации. Возврѣніе Виндшейда. Возврѣнія О. Бера. Предпочтеніе болѣе ранняго цессіонара позднѣйшему. Обратное требованіе истиннаго кредитора противъ мнимаго владѣльца требованія. Должно ли направлять *condictio indebiti* должника противъ цедента или противъ цессіонара? Цессія вещныхъ притязаній. Положеніе цессіонара относительно должника, въ особенности, касательно доказательства легитимации. Возврѣнія юристовъ. Обязанность римскаго *procurator*'а устанавливать *cautio de rato*. Значеніе послѣдней. Примѣненіе ея къ цессіонару. Видъ этого обязательства въ современномъ правѣ: цессіонаръ отвѣчаетъ передъ должникомъ за свое уполномоченіе, въ отношеніи требованія. Послѣдствія припятаго положенія для выясненія отношенія должника къ цессіонару и цессіонара къ цеденту. Дальнѣйшіе выводы изъ такихъ отношеній. Взаимныя отношенія правъ различныхъ претендентовъ на одно и то же требованіе.

Цессіонныя теоріи въ примѣненіи къ разъясненію юридической природы заклада долговыхъ требованій. Теорія условной цессіи. Мюленбрухъ. Теорія ограниченной цессіи. Дербургъ; Эбергардъ; Экснеръ; Ганаусекъ; Мансбахъ.

Теорія правъ на права. Зомъ; Бремеръ.

Общее заключеніе.

3. Объектъ сдѣлки при *pign. nom.* 202

Содержаніе требованія, способнаго служить объектомъ заклада. Ограниченія касательно требованій, имѣющихъ соотвѣтствующее содержаніе.

4. Способы установленія *pign. nom.* 204

Договоръ и завѣщаніе.

Законъ.

Удержаніе въ закладѣ.

Значеніе вѣдома должника залогодателя о происходящемъ закладѣ требованія или удержаніи его въ закладѣ.

5. Юридическія послѣдствія *pign. nom.* 219

Права залогопринимателя. Юридическое состояніе, создаваемое тотчасъ послѣ заклада требованія. (Случаи наслѣдованія и конфузій правъ). Моментъ осуществленія залогоднаго права. *Jus exigendi*. Матеріальныя условія осуществленія залогоднаго права. Условія легитимации залогопринимателя. Значеніе *actio utilis*, присущей залогопринимателю. Вопросъ о томъ, въ какомъ объемѣ можетъ залогоприниматель взыскивать по заложенному ему требованію. Содержаніе *jus exigendi*, 1) въ случаѣ если заложенное требованіе направлено на доставленіе извѣстной вещи, 2) когда заложенное требованіе есть реституціонное притязаніе. *Jus vendendi*.

Права залогодателя. Ограниченіе его правъ, какъ кредитора. Вопросы о правѣ цедировать и закладывать заложенное требованіе; о правѣ заключать съ должникомъ договоръ о новации, мировую сдѣлку и договоръ о правѣ прощать заложенное требованіе; объ уплатѣ залогодателя до прекращенія залогодной сдѣлки и о правѣ на установленіе обезпеченія

оставшихся у залогодателя притязаний, касательно заложенного требования.

Отношение права залогопринимателя к праву залогодателя. Рѣшеніе указаннаго вопроса въ случаѣ взысканія залогопринимателемъ, въ случаѣ прощенія залогопринимателемъ долга должника-залогодателя и когда залогоприниматель будетъ требовать доставленія объекта инаго, чѣмъ заложенное доставленіе. Значеніе для залогодателя отказа въ искѣ залогопринимателю, вслѣдствіе отсутствія соотвѣтствующаго уполномоченія.

Личное отношеніе между залогопринимателемъ и залогодателемъ. *Actio pignoratitia directa* и *actio pignoratitia contraria*.

6. Способы прекращенія *pign. nom.* 256

Общія основанія прекращенія правъ. Особенности, обуславливаемые содержаніемъ правъ, возникающихъ при закладѣ долговыхъ требованій.

О Т Д Ѣ Л Ѣ II.

Вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій въ современномъ правѣ.

1. Постановка вопроса въ современномъ правѣ. 259

Вліяніе новыхъ формаций. Процессуальная сторона вопроса.

2. Современные кодификаціи. 262

Законодательство германское. Регламентация разбираемаго вопроса въ *Allg. Landrecht*. Общій взглядъ *Allg. Landrecht* на закладное право. Закладъ требованія создаетъ, съ одной стороны, сукцессію въ правѣ, съ другой, ограниченіе правъ залогодателя. Различныя виды долговыхъ требованій способныхъ служить объектомъ заклада. Условія дѣйствительности заклада долговыхъ требованій. Юридическія послѣдствія. Вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій по *Allg. N. G. B.* Право *Civ. Pr. O.* Пруссійскій законъ 1822 г. Опредѣленіе природы разби-

раемаго отношенія по *C. Pr. O.* Условія удержанія въ закладѣ. Форма.

Законодательство французское. Раздѣленіе заклада на гражданскій и торговый.

Droit civil. Закладъ долговыхъ требованій. Объектъ заклада. Форма. Значеніе ея для контрагентовъ и для третьихъ лицъ. Юридическія послѣдствія.

Droit commercial. О закладѣ требованій, передаваемыхъ посредствомъ деклараціи о трансфертѣ въ спеціальныхъ регистрахъ. О закладѣ требованій, передаваемыхъ посредствомъ индосамента. О закладѣ требованій, передаваемыхъ посредствомъ простой традиціи.

Законодательство русское. Св. Зак. т. X. ч. 1. Положеніе о Каз. Подряд. и Поставк. У. Кред. (У. Госуд. Б. Полож. о Город. Общ. В.) У. Гр. Суд.

ОТДѢЛЪ I.

Pignus nominis по источникамъ римскаго права и въ литературѣ.

1. Основныя черты общей исторіи развитія римскаго закладнаго права ¹⁾.

Закладное право и поручительство.

Въ исторіи римскаго права институтъ залога возникъ, сравнительно, поздно. Первоначально, обезпеченіемъ обязательствъ служило поручительство. Какъ закладное право, такъ и поручительство являются средствами достиженія одной и той же цѣли. Но въ то время, какъ поручительство основывается на идеѣ ассоціаціи, предполагаетъ существованіе тѣсныхъ гентильныхъ и политическихъ связей, со-

¹⁾ Исторія римскаго закладнаго права, подвергшаяся впервые серьезной разработкѣ въ сочиненіи Puchta, Institutionen (§ 246 и слѣд.), находится въ подробномъ изложеніи у Дернбурга, въ его Pfandrecht B. I. Въ виду несомнѣнныхъ достоинствъ изслѣдованія Дернбурга, признаваемого образцовымъ, даже во французской литературѣ (Chauffon, de nom. pign. стр. 1), я и придерживался при составленіи настоящаго очерка, главнымъ образомъ, указаннаго сочиненія Дернбурга.

ставляетъ основаніе кредита, доставляя гарантію, главнымъ образомъ, моральную и оставаясь въ области обязательственнаго права, залладное право основывается на личномъ имущественномъ положеніи должника и переходитъ въ область вещнаго права, такъ какъ доставляетъ обезпеченіе реальное. Преобладаніе того или другого средства обезпеченія является весьма характернымъ, для данной эпохи. Гдѣ отдѣльная личность изолируется въ жизни, гдѣ развивается частный эгоизмъ, тамъ не можетъ лежать въ основѣ всего кредита—поручительство, тамъ возникаетъ потребность въ другихъ средствахъ обезпеченія, тамъ выдвигается на первый планъ—залладное право. Послѣднее доставляетъ кредитору непосредственное право на часть имущества должника, изъ котораго, въ случаѣ несвоевременной уплаты долга, кредиторъ можетъ получить соотвѣтствующее удовлетвореніе. Залладное право искусственно соединяетъ, такимъ образомъ, съ выгодами кредитной системы и обязательственнаго права—надежность вещнаго права. Въ противоположность поручительству, при которомъ поручители являются свидѣтелями экономической и моральной состоятельности должника, залладное право имѣетъ въ виду, вовсе не увѣреніе въ честности и состоятельности должника, но, въ гораздо большей степени, мысль о недовѣрїи къ должнику, устанавливая, прежде всего, предметъ экзекуціи, на случай неисполненія обязательства.

Наденію прежняго значенія поручительства, въ исторіи римскаго права, содѣйствовали, кромѣ вышеуказанныхъ общихъ преимуществъ залладнаго права, разнообразныя привилегіи поручителей, признававшіяся по *leges de sponsu* и въ особенности, по *lex Furia* и *leges Pompeiae* и *Corneliae*. Подобныя ограниченія были чужды залладному праву и потому совершенно понятно указаніе юриста Помпонія, что *plus cautionis in re est, quam in persona*¹⁾.

¹⁾ I. 25. D. de R. J. 50. 17.

При *praetoriae satisfationes* оставалось, однако, правило, что кредиторъ вовсе не долженъ удовлетворяться залогомъ или даже депозитомъ наличныхъ денегъ, но можетъ требовать установленія поручительства. На это ясно указываютъ слова Ульпіана въ *lib. 14 ad edictum, l. 7. D. de stip. praet. 46. 5:*

praetoriae satisfationes personas desiderant pro se intervenientium, et neque pignoribus quis, neque pecuniae, vel auri, vel argenti depositione in vicem satisfationis fungitur.

Но приведенное указаніе, очевидно, служить лишь къ разъясненію значенія преторскихъ сатисдацій, главная цѣль которыхъ заключалась, не столько въ матеріальной, сколько въ моральной гарантіи. Согласно чему и въ цитированномъ изреченіи Ульпіана имѣется въ виду отказъ лишь такимъ гражданамъ, которымъ не легко было найти поручителей и которые, вслѣдствіе этого, были нравственно неблагонадежны. Болѣе общее значеніе залладное право начинаетъ приобрѣтать лишь съ послѣднихъ столѣтій республики. Фактъ же первоначальнаго основанія кредита, въ древнемъ Римѣ, на установленіи поручительства, разъясняя внутреннее развитіе института залладнаго права, можетъ, въ то же время, служить объясненіемъ тому, какимъ образомъ могли, въ теченіи столѣтій, довольствоваться тяжеловѣсными залладными формами строгаго гражданского права, прежде чѣмъ получила общее признаніе легкая и удобная форма ипотеки.

Fiducia.

Первоначально римское залладное право практиковалось въ формѣ фидуціи (*fiducia*). Изученіе фидуціи, какъ чисто латинской формы, представляетъ не только весьма большой историческій интересъ, но является положительно

необходимымъ для пониманія позднѣйшей формы залога, такъ называемой, ипотеки (*hypotheca*), выработавшейся по аналогіи съ залогомъ въ формѣ фидуціи. Последній практиковался даже и послѣ того, какъ выработался залогъ въ формѣ ипотеки. Въ позднѣйшей исторіи судьба фидуціи далеко не одинакова на западѣ и на востокѣ. На западѣ фидуція существовала гораздо долѣе. О ней, какъ о существующемъ институтѣ, нерѣдко упоминается даже послѣ императора Константина. Такъ напримѣръ, о *fiducia*, на ряду съ *pignus*, говорится въ императорскомъ постановленіи Аркадія и Гонорія отъ 395 г. ¹⁾. На нее указываетъ епископъ Миланскій—Амвросій ²⁾. О ней же упоминаетъ, нѣсколько позднѣе, *Sidonius Apollinaris* ³⁾. О *nexus fiduciae*, *infiduciare* многократно говорится въ законахъ Ломбардовъ; слѣды названныхъ выраженій встрѣчаются и въ Капитуляріяхъ Франковъ. На востокѣ—фидуція исчезла гораздо ранѣе, уступивъ мѣсто ипотекамъ, причиною чего было чрезвычайно сильное вліяніе грековъ, у которыхъ ипотека была господствующей формой залога. Въ законодательствѣ Юстиніана никакихъ указаній на фидуцію не имѣется. Благодаря, однако, существующимъ указаніямъ различныхъ римскихъ писателей, можно составить общее понятіе о разбираемомъ институтѣ. По вопросу о формѣ фидуціи съ закладною цѣлью, особенно ясно высказываются: *Isidorus* и *Gajus*.

Fiducia est, говоритъ *Isidorus* (*Orig. V. 25 § 23*), *cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur*.

¹⁾ 1. 9. C. Theod. de infirm. his quae sub tyrannis. 15. 14.pignoris atque fiduciae obligatio perseveret.

²⁾ Ambrosius de Tobia. 12. de odibili foeneratorum exactione. ...hypothecas flagitat, pignus usurpat, fiducias vocat....

³⁾ 4. 24. pecuniam mutuam postulavit impetravitque nihil quidem loco fiduciae pignorisque vel argenti sequestrans vel obligans praediorum.

...qui rem alicui fiduciae causa, указываетъ *Gajus* (II. 59.) *mancipio dederit vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere...*

...item debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in jure cesserit ... sine furto possidere et usucapere potest. (*Gaj. III. 201*).

Въ словахъ же Цицерона (*de offic. III. 17. § 70*): *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim* ¹⁾, непосредственно къ которымъ Цицеронъ прибавляетъ формулу *actio fiduciae: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*—по всей вѣроятности, сохранилась составная часть формулы, произносившейся при заключеніи закладной сдѣлки. Основаніемъ закладной сдѣлки въ формѣ фидуціи служила, такимъ образомъ, совершаемая въ гражданской формѣ, передача собственности. Акту сообщалась публичность, которая составляла основную черту гражданской передачи собственности. Разбираемая сдѣлка была сдѣлкой торжественной. Если она совершалась надъ *res mancipi*, т. е. недвижимостями, рабами, лицами свободными, но состоящими подъ властью домовладыки ²⁾, вьючными и упряжными животными—то кредиторъ становился собственникомъ, посредствомъ манципации, т. е. съ соблюденіемъ традиціонныхъ формальностей, въ присутствіи 5 свидѣтелей совершеннолѣтнихъ римскихъ гражданъ и *libripens*. Передаваемые движимыя вещи должны были находиться тутъ же. *In jure cessio*, въ отношеніи *res mancipi*, примѣняли рѣдко ³⁾. Въ случаѣ же закладыванія *res nec mancipi* должникъ и кредиторъ отправлялись въ Римъ, къ претору и тамъ, съ еще большими фор-

¹⁾ Подобная формула принадлежитъ также иску о некуліумѣ. 1. 36. D. de peculio 15. 1. 1. § 42. D. depositi 16. 3.

²⁾ Фидуцированіе дѣтей семейства было запрещено лишь въ императ. время. Paul. rec. sent. V. 1. § 1.

³⁾ *Gaj. II. 25*.

мальностями, совершали юридический акт, называвшийся *in jure cessio*. Одновременно съ указанной передачей собственности, должникъ, посредствомъ особыхъ оговорокъ, торжественно возлагалъ на кредитора обязательство — обратно манципировать фидуцированную вещь, въ случаѣ, если будетъ уплаченъ долгъ, въ обезпеченіе котораго заключалась закладная сдѣлка. Равнымъ образомъ, должникъ торжественно обезпечивался въ отношеніи невыгодъ, которыя могли произойти отъ вѣроломства кредитора. Прибавленіе упомянутыхъ оговорокъ, при установленіи залога въ формѣ фидуціи и извѣстныхъ подъ названіемъ *pactum fiduciae*, придавало заключаемой сдѣлкѣ особый специфическій характеръ. Въ виду же указанного *pactum fiduciae*, весь юридическій актъ получилъ названіе *fiducia*. Названіе *fiducia* переносилось, впрочемъ, и на самую фидуцированную вещь ¹⁾, хотя на ряду съ этимъ, для обозначенія заложенной вещи встрѣчаются также выраженія: *res fiduciae data*, *res fiduciaria* ²⁾. *Pactum fiduciae*, сопровождавшее установленіе залога въ формѣ фидуціи, примыкало, такимъ образомъ, къ формальному акту и устанавливалось публично. Это придавало ему исковую силу, особое освѣщеніе, и было бы совершенно не вѣрно утверждать ³⁾, что *pactum fiduciae* могло имѣть мѣсто и при неформальной традиціи вещи. Подобное утверженіе не только противорѣчитъ свидѣтельству источниковъ, которые считаютъ торжественную передачу собственности — необходимою при фидуцированіи, но является также неправильнымъ, въ виду своеобразной природы разбираемаго института, центръ тяжести котораго лежитъ, именно, въ безусловной публичности и который не можетъ быть лишень

¹⁾ Paul. rec. sent. II. 13. §§ 1, 3, 5. Cicero, pro Flacco c. 21.

²⁾ Paul. rec. sent. II. 13. §§ 6, 7.

³⁾ Muther, Sequestration. стр. 377.

торжественности, въ видахъ обезпеченія исковой силы *pactum fiduciae*.

Форма фидуціи не есть нѣчто первоначальное, натуральное, но напротивъ, нѣчто искусственное, она есть продуктъ юридической спекуляціи. И это несомнѣнно указываетъ на сравнительно позднее ея возникновеніе. Въ древнѣйшее время гражданскій оборотъ довольствовался немногими, простыми сдѣлками, въ строго опредѣленныхъ формахъ, глубоко вкоренившихся въ народное сознаніе. Когда же отношенія стали сложнѣе, то юриспруденція, вмѣсто того, чтобы прибѣгать къ вполне новымъ конструкціямъ, предпочитала довольствоваться обыденными формулами, удовлетворяя новымъ потребностямъ, посредствомъ различныхъ клаузулъ и модификацій. Понятіе фидуціи гораздо шире, чѣмъ понятіе залога. Довольствуясь общеизвѣстными старинными формами передачи собственности, юриспруденція стремилась, посредствомъ оговорокъ, придать значеніе сдѣлкамъ, при которыхъ не имѣлось въ виду продолжительное приобрѣтеніе собственности. На этомъ пути развился институтъ поклада, такимъ же образомъ считали возможнымъ установленіе закладнаго права. Трудности представляла, признававшаяся въ древнее время, непоколебимость права собственности. Въ виду того, что въ разбираемый періодъ времени не считали возможною передачу права собственности на срокъ или подъ условіемъ, въ виду также недопущенія какихъ бы то ни было ограниченій торжественныхъ формъ передачи собственности — *mancipatio* ¹⁾ и *in jure cessio*, — очевидно, что ограниченія, налагавшіяся на лицо, которому передавалась извѣстная вещь на основаніи фидуціи, не могли, ни въ ка-

¹⁾ l. 77. D. de R. J. 50. 17. Actus legitimi, qui non recipiunt diem, vel conditionem, veluti emancipatio (Hal. Vulg.; *mancipatio Fl.*) и проч.

комъ случаѣ, умалить право собственности названнаго лица на передаваемую ему вещь. Указанныя ограниченія не имѣли вещной силы и вслѣдствіе этого, не могло быть рѣчи о наступающемъ, *ipso jure*, возвращеніи вещи, заложенной на основаніи фидуціи, въ случаѣ уплаты долга, обеспеченнаго залогомъ. Посредствомъ указанныхъ выше оговорокъ, съ манципаціей связывалось лишь новое юридическое отношеніе, на основаніи котораго кредиторъ-собственникъ и его наслѣдники лично обязывались обратной манципаціей переданной имъ вещи, въ случаѣ уплаты долга.

Въ виду сказаннаго, можно придти къ заключенію, что изъ фидуціи вытекало два юридическихъ отношенія: право собственности кредитора и личное, противоположное ему, право должника. Оба эти отношенія имѣли совершенно независимую, другъ отъ друга, экзистенцію, хотя лишь вмѣстѣ взятые представляютъ истинное изображеніе сущности разбираемаго института. Обозначеніе фидуціи — какъ продажи съ правомъ выкупа ¹⁾, равно какъ и признаніе обоихъ отношеній, въ сущности, идентичными ²⁾, должны быть признаны невѣрными. Продажа съ правомъ выкупа, хотя практически и можетъ, подобно фидуціи, служить для обеспечения долга, но уже самое соглашеніе о такой продажѣ, съ юридической точки зрѣнія, весьма отличается отъ соглашенія закладнаго. При фидуціи на должникѣ лежала обязанность уплаты, онъ могъ быть понуждаемъ къ тому личнымъ искомъ. Въ случаѣ же продажи съ правомъ выкупа, должникъ имѣетъ лишь привилегію — выкупить проданную имъ вещь. Уплата является здѣсь привилегіей, но не обязанностью. Отсюда, случайная гибель вещи, пониженіе ея цѣнности — вліяютъ совершенно иначе при фидуціи,

¹⁾ Дефиниція прежняго времени.

²⁾ Что и теперь еще дѣлаетъ напр. Rein, Privatrecht 2 Aufl. стр. 351.

чѣмъ при продажѣ съ правомъ выкупа. Въ то время, какъ при случайной гибели вещи, переданной на основаніи фидуціи, искъ кредитора не уменьшается, — при продажѣ съ правомъ выкупа, *periculum* лежитъ на покупателѣ.

Права кредитора, при залогѣ въ формѣ фидуціи, были чрезвычайно широки. Получая полную и неограниченную собственность на фидуцированную вещь, кредиторъ приобреталъ право ко всякаго рода распоряженіямъ этою вещью; онъ могъ видоизмѣнять ее, отягощать сервитутами, могъ продать до срока долга, безъ предварительнаго о томъ увѣдомленія должника, могъ ее дарить и легировать ¹⁾. Должникъ не могъ мѣшать этому, ибо у него не было юридическихъ средствъ противъ третьихъ лицъ, которымъ кредиторъ вѣроломно передавалъ фидуцированную вещь и которыя приобретали, такимъ образомъ, вещное право. Должникъ не имѣлъ иска даже противъ такихъ лицъ, которыя владѣли фидуцированной вещью, безъ всякаго титула, случайно, вслѣдствіе кражи или насилія. Впредь до обратнаго приобретенія фидуціи, должникъ лишался права собственности, равно какъ и вещнаго иска противъ третьихъ лицъ. Вмѣсто того, онъ имѣлъ лишь личное притязаніе противъ своего кредитора. Въ виду же того, что кредиторъ становился собственникомъ фидуцированной вещи, ему принадлежали всякаго рода стяжанія заложенныхъ рабовъ, плоды фидуцированныхъ земель, и проч., если только не имѣла мѣста добровольная уступка этихъ доходовъ въ пользу должника. Возможно, что въ древнѣйшее время, на пользованіе кредитора фидуцированной вещью смотрѣли, какъ на эквивалентъ за пользованіе занятымъ капиталомъ. Но по мѣрѣ того, какъ юридическія отношенія становились болѣе выработанными, кредиторъ долженъ былъ отдавать отчетъ въ получаемомъ съ заложенныхъ ве-

¹⁾ Paul. rec. sent. II. 13. § 6. Gaj. II. 220.

щей доходъ ¹⁾ и могъ быть заставляемъ, посредствомъ *actio fiduciae*, къ обратной манципации фидуцированной вещи, съ того момента, когда вырученный имъ доходъ покрывалъ занятый капиталъ и накопившіеся на немъ проценты. Съ другой стороны, кредиторъ получалъ съ этого же времени, право требовать, посредствомъ *actio fiduciae contraria*, вознагражденія за необходимыя и полезныя издержки на заложенную вещь. Указанныя широкія права принадлежали кредитору, которому была манципирована фидуція и притомъ не вмѣсто обязательства, но именно на ряду съ гражданскимъ требованіемъ противъ должника, что доказывается источниками, которые всегда обозначаютъ лицо, принявшее фидуцію, какъ *creditor* ²⁾, и въ этомъ заключается характерная черта разбираемаго института.

Единственно, чѣмъ ограничивались, въ интересахъ должника, столь обширныя полномочія кредитора, былъ вышеуказанный личный искъ, *actio fiduciae* должника, основывавшійся на, прибавляемомъ къ манципации съ залогомъ цѣлью, *pactum fiduciae*. *Actio fiduciae* существенно отличалась отъ болѣе древнихъ личныхъ исковъ, практиковавшихся передъ магистратами. Тѣ, болѣе древніе иски были строги и опредѣленны. Судья долженъ былъ рѣшать да или нѣтъ; при *actio* же *fiduciae* признавали недостаточнымъ довольствоваться такою строгостью. Въ исковую формулу вводили слова: *ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* ³⁾ и тѣмъ самымъ давали рѣшенію судьи полный просторъ. *Actio fiduciae* была древнѣйшая *bonae fidei actio*. Соображенія судьи, при разсмотрѣніи названнаго иска, могли выставить цѣлый рядъ принциповъ и послѣдніе становились образцами и нормой для послѣдующихъ *bonae fidei iudicia*.

¹⁾ Paul. rec. sent. II. 13. § 2.

²⁾ Gaj. II. 60. Paul. rec. sent. II. 13 и др.

³⁾ Cic. de offic. III. 17. § 70. Ср. III. 15. § 61. Gaj. IV. 62.

Указанные принципы содѣйствовали выработкѣ природы фидуціи, какъ формы залоговаго права. Опасность случайнаго ухудшенія или гибели фидуцированной вещи лежала, какъ мы видѣли выше, на должникѣ ¹⁾; что же касается *culpa, custodia, diligentia diligentis patris-familias*, то за нихъ отвѣтственность падала на кредитора. Должникъ могъ, при этомъ, вчинять искъ, какъ противъ кредитора, такъ и противъ его наслѣдниковъ. Что наслѣдники отвѣчаютъ не только за свои собственныя упущенія, но и за *dolus* и *culpa* наслѣдодателя—это было общимъ правиломъ при всѣхъ *bonae fidei actiones* ²⁾. Сонаслѣдники же должны были отвѣчать соразмѣрно частямъ своего наслѣдства, причемъ отвѣчали даже и въ томъ случаѣ, если они не были введены во владѣніе. Въ позднѣйшее время, было признано, что частичный наслѣдникъ, находящійся въ исключительномъ владѣніи фидуціей, въ случаѣ не реституціи, отвѣчалъ полною цѣнностью вещи ³⁾.

По общему правилу, право на вчиненіе *actio fiduciae* имѣли и наслѣдники должника. Это подтверждается указаніемъ Гая [II. 220] ⁴⁾. Въ приведенномъ мѣстѣ, Гай говоритъ, что форма легата *per praeseptionem*, по воззрѣнію Сабиніан-

¹⁾ Coll. leg. Mos. et. Rom. X. c. 2. § 2. Ср. I. 5. § 2. D. commod. 13. 6.

²⁾ I. 7. § 1. D. depositi 16. 3. 1. 49. D. de O. et A. 44. 7. Ср. Paul. rec. sent. II. 13. § 6.

³⁾ I. 3. § 3. D. commod. 13. 6. 1. 17. § 2. D. eod.

⁴⁾ Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeseptionem legari posse nisi quod testatoris sit; nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, jure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeseptionem legari posse fatentur; veluti si quis eam rem legaverit quam creditori fiduciae causa mancipio dedit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit.

цевъ, примѣнялась лишь при завѣщаніи собственныхъ вещей наслѣдодателя, но что существовало исключеніе, касательно вещей, которыя наслѣдодатель мантипировалъ кредитору *fiduciae causa*. Въ этомъ случаѣ, сонаслѣдники должны были вернуть фидуцированную вещь, посредствомъ уплаты долга и затѣмъ представить ее прелегатару. Сдѣланному заключенію — нисколько не противорѣчитъ замѣчаніе юриста Павла (*lib. II sent. tit. ex empto et vendito*), сохранившееся въ *consulatio veteris iurisc.* (VI), что

heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.

Придавать указаннымъ словамъ юриста Павла значеніе общаго правила, совершенно невѣрно. Приведенное мѣсто имѣетъ въ виду, очевидно, особый случай, когда должникъ добровольно сохранялъ право на обратное полученіе фидуціи — лишь лично за собою, но не за своими наслѣдниками. Въ данномъ случаѣ, слѣдовательно, имѣлъ мѣсто специальный договоръ о прекращеніи правъ должника, въ случаѣ его смерти.

Вчиненіе *actio fiduciae* было возможно, лишь подъ условіемъ полной уплаты обезпеченнаго фидуціей долга, причемъ *satisfactio*, несомнѣнно, имѣла равное значеніе съ уплатой (*solutio*). *Actio fiduciae* являлась также вполне, обоснованною съ самаго начала сдѣлки, когда долгъ былъ недѣйствительнымъ; мантипация же мнимому должнику оставалась дѣйствительною даже и въ такомъ случаѣ.

Притязанія должника противъ лица, принявшаго фидуцію, находили весьма существенное подкрѣпленіе еще въ наказаніи безчестіемъ (*infamia*) кредитора, въ случаѣ его осужденія по *actio fiduciae* ¹⁾. Со времени формулярнаго процесса,

¹⁾ Ср. *lex Jul. municip. lin. 37. Cicero pro Roscio Comoedo VI. 16. de natura deorum III. 30. de officiis III. 17. epist. ad famil. VII. 17. Gaj. IV. 182.*

осужденіе при личныхъ искахъ шло на деньги и должникъ могъ откупиться, уплативъ полную сумму денегъ, въ случаѣ, если дѣло доходило до кондемнаціи. Выступавшая же, при *actio fiduciae*, угроза безчестіемъ побуждала кредитора, во избѣжаніе безчестія, реституировать до кондемнаціи; а реституція такая могла совершаться, въ случаѣ если должникъ не соглашался на продажу фидуціи, очевидно, лишь *in natura*. Впрочемъ, съ начавшейся порчей нравовъ и съ омертвѣніемъ политической жизни, значеніе угрозы безчестіемъ сильно ослабло.

Но если мы предположимъ, что кредиторъ и оставался вѣрнымъ тому обязательству, которое на него налагало *pactum fiduciae*, что кредиторъ осуществлялъ свои права въ отношеніи фидуціи лишь на столько, на сколько они соглашались съ личными притязаніями должника, то и тогда мы увидимъ, что полномочія кредитора были весьма обширны, что его положеніе было весьма благопріятно, а положеніе должника — весьма стѣснительно. Мы видѣли выше, что кредиторъ, какъ собственникъ фидуцированной ему вещи, имѣлъ право на владѣніе фидуціей, что ему, во всякое время и до срочности долга, обезпеченнаго фидуціей, принадлежала *rei vindicatio* фидуцированной вещи. Движимыя вещи передавались ему при мантипации ¹⁾, потому что ихъ наличность и уступка составляли часть формальностей при мантипации и *in jure cessio* движимыхъ вещей; при фидуцированіи же недвижимостей, хотя формально традиція послѣднихъ и не требовалась, тѣмъ не менѣе, обыкновенно, должникъ, по первому требованію, вводилъ кредитора во владѣніе названными вещами, совершая такимъ образомъ добровольно то, къ чему онъ могъ быть принуждаемъ, посредствомъ *rei vindicatio*. Иной порядокъ имѣлъ мѣсто лишь въ

¹⁾ *Ulp. fragm. XIX. 6.*

отношении землевладельцев и в случаях, когда сам кредитор тяготился владением фидуцированной вещи. Так известно, что иногда должник просил у кредитора возвращения владения фидуцией и распоряжался вещью, прежде собственною, теперь — вместо кредитора — *precario*¹⁾. Но это помогало лишь фактически, юридически же положение должника оставалось совершенно зависимым и не самостоятельным. Кредитор мог во всякое время, до срока долга, по произволу, лишить должника распоряжения вещью²⁾ или потребовать вещь обратно, юридическим путем, посредством *interdictum de precario*. В виду чего, для должника было выгодно заключать с кредитором арендный договор, служивший основанием сохранения пользования заложенным объектом, под условием уплаты арендных денег³⁾.

Получая, как указано выше, относительно передаваемой вещи — собственность и владение, кредитор обязан был обратной манципацией, по уплате долга. Такое обязательство кредитора не было, однако, стеснено никаким сроком, так как вездѣ в источниках говорится о реманципации, лишь в связи с *«soluta pecunia»*. Если же должник медлил, а для кредитора состояние ожидания было неудобно, то кредитор мог, путем личного иска, привести должника к осуждению⁴⁾ и сдѣлать его совершенно безправным, через исполнение личной экзекуции, путем продажи. Таким путем кредитор освобождался от обязанности обратного возвращения залога. С течением времени, стали употребительны побочныя опредѣленія *partes fideiucie*, которые связывали право должника на освобождение фи-

¹⁾ Gaj. II. 60.

²⁾ Paul. rec. sent. V. 26. § 4.

³⁾ I. 35. § 1. D. de pign. act. 13. 7.

⁴⁾ I. 13. § 4. D. de pign. et hyp. 20. 1.

дуцированной вещи известным сроком или ограничивали это право каким-либо иным образом, что вызывало, однако, еще большее расширение полномочий кредитора в отношении фидуции. Самой простой оговоркой было ограничение освобождения фидуции — известным сроком, так что с наступлением послѣдняго, фидуцированная вещь должна была перейти к кредитору, взыскать его требования. Оговорка, имѣвшая в виду такое ограничение, называлась *lex commissoria*. Хотя и нѣтъ оснований считать *lex commissoria* необходимой составной частью фидуции¹⁾, тѣм не менѣе несомнѣнно, что названная оговорка весьма часто практиковалась в республиканскій період²⁾, вслѣдствіе способности ея быстро прекращать существующее юридическое отношение, что несомнѣнно соответствовало духу времени. *Lex commissoria*, будучи однако жестокой для должника, была далеко не всегда выгодна и для кредитора. Весьма рано выработалось положеніе, что кредитор имѣет лишь выборъ между удержаніем вещи, вмѣсто своего требования, и осуществленіемъ указаннаго требования³⁾. Отсюда очевидно, что *lex commissoria* была невыгодна и для кредитора, коль скоро его требованіе превышало, вслѣдствіе накопившихся процентов, цѣну фидуции, или когда, в силу случайныхъ обстоятельствъ, цѣнность фидуции становилась менѣе суммы долга. Кредитор долженъ былъ довольствоваться или меньшей цѣнностью или, рѣшаясь на осуществленіе своего личного права и тѣмъ самымъ отказываясь — отъ своихъ правъ, основанныхъ на *lex commissoria*, ограничиваться экзекуціей своего личного притязанія. Такимъ образомъ, интересы должника и кредитора привели къ

¹⁾ Cujac. ad rec. sent. Pauli II. 13. Bachof. Pfandr.-стр. 3,629.

²⁾ Cic. pro Flacco c. 21. — ad diversos 13, 56.

³⁾ Cic. ad fam. 13. 56. 2.

другому пути, болѣе соответствующему сущности института закладнаго права. Посредствомъ особой оговорки—*pactum de vendendo* уполномочивали кредитора къ продажѣ фидуцированной вещи, по наступлении срочности долга, съ опредѣленіемъ, что вырученная отъ продажи сумма должна быть сопоставляема съ величиною обезпечиваемаго требованія, т. е. чтобы кредиторъ сохранялъ за собою право личнаго требованія, относительно дефицита, но въ то же время, принималъ бы на себя обязанность возвращенія должнику, могущаго оказаться, излишка ¹⁾). Вскорѣ выработались спеціальныя правила о продажѣ фидуции, причемъ выяснилось, несомнѣнно, болѣе гуманное настроеніе позднѣйшаго времени. Такъ, передъ продажей фидуцированной вещи отъ кредитора требовалось публичное объявленіе объ этой продажѣ—*proscriptio* и денунціация должнику. Нѣкоторые ученые ²⁾), впрочемъ, сомнѣваются въ этомъ, считая что кредиторъ, какъ собственникъ фидуции, при продажѣ ея не могъ подвергаться никакимъ стѣсненіямъ, но по справедливому указанію Дернбурга ³⁾), такое воззрѣніе совершенно неосновательно, такъ какъ здѣсь идетъ рѣчь не о дѣйствительности передачи собственности при фидуции, а объ отвѣтственности кредитора передъ должникомъ, о вопросѣ, — можетъ ли должникъ требовать реституціи вещи посредствомъ принадлежащей ему *actio fiduciae*. Необходимость названной денунціации доказывается аналогіей позднѣйшаго закладнаго права и указаніемъ юриста Павла (*rec. sent. II. 13. § 5*), который объявляя договорное запрещеніе отчужденія фидуции недѣйствительнымъ, *pec enim ex tali conventione fiduciae actio nasci potest*, замѣчаетъ, что *creditor denuntiare ei sollemniter*

¹⁾ Paul. *rec. sent. II. 13. § 1*.

²⁾ Gothofred. *ad l. un. C. Theod. de commissoria*; также Bachofen, *Pfandr. стр. 630*. Cp. *Schulting ad Paul. II. 5. 1*.

³⁾ Dernb. *Pfandr. I. стр. 21*.

potest et distrahere, откуда можно сдѣлать заключеніе, касательно общаго порядка продажи фидуции. Въ интересахъ должника было постановлено также, что продажа фидуции лицу, подставленному самимъ кредиторомъ не имѣетъ значенія, такъ что должникъ, не смотря на такую продажу, можетъ настаивать на принятіи уплаты долга и возвращеніи фидуцированной вещи. Но если должникъ соглашался на указанную продажу, то тѣмъ самымъ онъ, конечно, отказывался отъ принадлежащихъ ему возраженій. О прямой же покупкѣ кредиторомъ фидуции, которая, юридически, состояла уже въ его собственности, не могло быть и рѣчи ¹⁾).

Указанное выше *pactum de vendendo*, хотя и обусловливало болѣе справедливое разрѣшеніе отношеній, чѣмъ *lex commissoria*, тѣмъ не менѣе, имѣя своимъ послѣдствіемъ болѣе запутанныя юридическія отношенія, предполагало гораздо большую уступчивость въ правѣ. Въ виду этого, названныя оговорки, касательно продажи фидуции, встрѣчаются чаще, лишь съ послѣднихъ столѣтій республики.

Фактъ, что свѣдѣнія о сопровождающихъ закладной договоръ оговоркахъ, касательно продажи залога, мы имѣемъ лишь черезъ юриста Павла, вовсе не даетъ намъ, однако, права заключать, что разбираемыя оговорки чужды институту фидуции, такъ какъ, согласно внутреннимъ основаніямъ, слѣдуетъ положительно признать, что со времени болѣе высшаго развитія права, закладная фидуция знала и вырабатывала названное *pactum*. Въ императорскій періодъ пошли еще далѣе и не отказывали кредитору въ свободной продажѣ фидуцированной вещи, даже и тогда, когда *lex fiduciae* не заключала въ себѣ никакихъ оговорокъ, касательно продажи. Юридическую возможность установленія собственности въ отношеніи фидуцированной вещи, кредиторъ имѣлъ уже какъ соб-

¹⁾ Paul. *rec. sent. II. 13. §§ 3, 4*.

ственникъ, *actio* же *fiduciae* не являлась для него устрашающею, потому что, по воззрѣніямъ императорскаго времени, кредиторъ не дѣйствовалъ противъ *bona fides*, если искалъ разрѣшенія существующаго отношенія, посредствомъ продажи. Наконецъ, допустили продажу и тогда, когда при фидуцированіи вещи, продажа ея прямо запрещалась. Позднѣйшая юриспруденція, все болѣе и болѣе, склонявшаяся считать право продажи существенною составною частью закладнаго института, объявила недѣйствительность запрещенія продажи фидуции, не допуская возможности возникновения изъ подобнаго соглашенія—*actio fiduciae* ¹⁾.

Таковъ былъ залогъ въ формѣ фидуции, при которомъ кредиторъ становился собственникомъ фидуцируемой вещи, должникъ же терялъ всякое вещное право на свою вещь, хотя и стремились обезпечить ему обратное полученіе фидуции.

Указанное стремленіе даетъ намъ основаніе для разъясненія, такъ называемой, *usureceptio* ²⁾. Объясненіе *usureceptio* по-

¹⁾ Paul. rec. sent. II. 13. § 5.

²⁾ Объ *usureceptio*, Гай (II. 59 и 60) говоритъ слѣдующее: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dedit vel in jure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit usureceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa usucapio competit.*

III. 201 ...item debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in jure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest.

вѣйшими учеными, основанное на утвержденіи, что будто бы кредиторъ, которому была фидуцирована вещь, получалъ лишь *nudum jus quiritium*, а должникъ оставался *in bonis* и юридически приравнивался, такимъ образомъ, къ покупателю, которому *res mancipi* была традирована, но не манципирована—повидимому, покоится на смѣшеніи юридическихъ и формальныхъ элементовъ института фидуции съ его матеріальными и натуральными элементами. Согласно юридической логикѣ, фидуцированная вещь должна быть признана состоящей въ имуществѣ кредитора, совершенно также, какъ приданое составляющимъ часть имущества мужа, хотя матеріально и натурально и принадлежащимъ женѣ. Въ виду же того, что при фидуции, должникъ имѣлъ одно лишь личное притязаніе противъ кредитора, положеніе должника можетъ быть сравниваемо съ положеніемъ покупателя—но до традиціи купленной имъ вещи. Въ жизни, однако, при фидуции, должникъ продолжалъ смотрѣть на фидуцированную вещь, какъ на свою собственную и этотъ антагонизмъ юридической точки зрѣнія и общаго сознанія былъ естественнымъ послѣдствіемъ того, что юридическая конструкція выходила за предѣлы намѣренія сторонъ. Такъ объясняется удивительное явленіе, что римляне не рассматривали какъ *furtum*—самовольное взятіе должникомъ—фидуцированной вещи ¹⁾. Должникъ нарушалъ, очевидно, чужое право собственности, но онъ бралъ то, что по народному воззрѣнію, онъ считалъ своимъ. Кредиторъ могъ оспаривать дѣйствія должника, но послѣдній не считался воромъ. Должнику, получившему владѣніе указаннымъ способомъ, равно какъ и удержавшему его за собою послѣ манципации вещи—дозволялась *usucapio* фидуцированной вещи, такъ какъ онъ владѣлъ ею на основаніи прежняго права

¹⁾ Gaj. III. 201. Взятіе же *pignus* считалось за *furtum*. (Gaj. III. 200).

собственности, *pro suo* и общественное мнѣніе не видѣло въ этомъ *mala fides*. Для обозначенія названнаго приобрѣтенія по давности и образовалось новое слово — *usureceptio*. При *usureceptio* не имѣло значенія—уплатилъ ли должникъ свой долгъ. Только если должникъ приобрѣталъ владѣніе по просьбѣ—*precario*, то *usureceptio* была исключена на время *прекаріума*, потому что должникъ владѣлъ въ это время за кредитора.

Замѣчательною особенностью *usureceptio* было то, что владѣніе въ теченіи одного года считалось достаточнымъ, какъ для приобрѣтенія движимостей, такъ и недвижимостей, тогда какъ, на основаніи зак. XII т.—*fundus* могъ быть узуканированъ лишь въ два года, а *ceterae res*—въ одинъ годъ.

Причиной указанной особенности при *usureceptio* послужило, по всей вѣроятности, слово *fiducia*. Какъ уже замѣчено выше, въ жизни, словомъ *fiducia* обозначалась, нерѣдко, самая заложная вещь. Въ качествѣ *fiducia* ее узуканировали, отсюда же заключали, что она разсматривается не какъ *fundus*, но какъ *ceterae res*, которыя узуканировались въ теченіи одного года. Совершенно подобнымъ образомъ, на основаніи формальныхъ причинъ, было признано положеніе, что вещи изъ наслѣдственной массы приобрѣтаются по давности въ теченіи одного года. Несомнѣнно, однако, что кромѣ вышеуказаннаго, вліяло еще и то, что общественное мнѣніе симпатизировало болѣе должнику, чѣмъ кредитору, противъ котораго была направлена узурецція.

Предіатура.

Прежде чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію позднѣйшихъ формъ закладнаго права — *pignus* и *hypotheca*, необходимо остановиться на институтѣ предіатуры. Значеніе предіатуры, для развитія римскаго закладнаго права, весьма значительно. Въ предіатурѣ, идея закладнаго права освободилась отъ при-

слоненія къ праву собственности, что, какъ мы видѣли выше, имѣло мѣсто при залогѣ въ формѣ фидуціи. Предіатура составляла переходъ къ закладному праву, самостоятельному въ отношеніи формы. Но помимо этого, институтъ предіатуры имѣлъ большое значеніе для развитія закладнаго права еще и потому, что онъ выдвигалъ на первый планъ полномочіе залогопринимателя на продажу залога, выясняя при этомъ, что въ названномъ полномочіи именно и слѣдуетъ видѣть истинное существо закладнаго права.

Сущность предіатуры заключалась въ слѣдующемъ. Съ цѣлью обезпеченія требованій римскаго государства и муниципій, съ древняго времени, существовала система залога, отличавшаяся отъ фидуціи. Основная черта этой системы состояла въ томъ, что государство пользовалось, въ видахъ закладнаго обезпеченія своихъ требованій, принадлежавшимъ ему суверенитетомъ надъ государственной территоріей. Такимъ образомъ, государственное закладное право, хотя и основывалось, подобно фидуціи, на прислоненіи къ юридическому отношенію, чуждому закладному праву, тѣмъ не менѣе, въ деталяхъ своихъ, весьма отличалось отъ фидуціи.

Первоначально, обезпеченіе государственныхъ требованій происходило черезъ лицъ, которыя, на ряду съ главнымъ должникомъ, обязывались передъ магистратомъ, посредствомъ вербальнаго договора. Для обозначенія такихъ поручителей передъ государствомъ, вмѣсто слова *sponsores*, которымъ обозначались поручители въ оборотѣ между частными лицами,—существовало особое выраженіе *praedes*¹⁾. Магистратъ спрашивалъ ихъ: *praes es?* Они отвѣчали *praes sum*. Происхожденіе слова *praes* было неясно самимъ римлянамъ, въ пе-

¹⁾ По старинному выраженію *lex Thoria* — *praevides*. Въ *aes Malacitanum* — *praees*.

рiодъ конца республики, что доказываетъ производство названнаго термина, дѣлаемое Варрономъ и принятое Фестомъ—*a praestando*. Весьма мало удовлетворительными являются, также этимологическія объясненія новѣйшихъ ученыхъ. Между объясненіями послѣднихъ, вслѣдствіе созвучія и видимому подходящаго смысла, особенное распространеніе получило производство названнаго выраженія отъ *praevidere*¹⁾. Правильнѣе однако признать, что *prae* составлено изъ *prae* и *vas* (plur. *vades*), причемъ въ словѣ *vas* гласная *a*, подъ вліяніемъ предшествующаго *prae*, переходитъ въ *i*. Въ виду признанія, что *prae* были люди, которые обязывались передъ государствомъ своимъ словомъ, совершенно понятно почему, словомъ *prae* обозначался не только побочный должникъ, но перѣдко и главный контрагентъ—*manseps*²⁾. Отвѣтственность *prae* отличалась особенною строгостью. Съ наступленіемъ срока долга, государство могло немедленно, безъ всякаго судебного рѣшенія, продать въ рабство *prae*, со всѣмъ его имуществомъ (*prae* *vendere*)³⁾. Здѣсь сохранялись, слѣдовательно, до послѣднихъ дней республики и даже до императорскаго времени, остатки того строгаго долговаго права, которое примѣнялось въ древнее время, даже и противъ должника частнаго лица, на основаніи, напримѣръ, *nexum*. Но личная отвѣтственность въ видахъ обезпеченія государственныхъ требованій являлась недостаточною. Тогда, съ цѣлью высшей гарантіи, государство стало

¹⁾ Производство отъ *praevidere* защищаютъ Huschke, Recension стр. 606; Bachofen, Pfandr. стр. 217.

²⁾ Отсюда понятно также, почему первоначально, словомъ *prae* обозначались и поручители въ отношеніяхъ между частными лицами, коль скоро поручительство было устанавливаемо передъ магистратомъ. (Gaj. IV. 16).

³⁾ Cicero Philipp. II. 31. Sueton. Claudius c. 9. *aes Malacit.* c. 64, 65.

требовать, чтобы *prae* устанавливалъ еще залогъ—*praedia*. Въ источникахъ республиканскаго и императорскаго времени встрѣчаются выраженія: *prae* *dato praediaque subsignato*. *Lex Thoria* (отъ 643 г. а. у. с.), напримѣръ, требуетъ *prae* *des* и *praedia* отъ покупателей государственныхъ земель. Равнымъ образомъ, установленіе *prae* *des* и *praedia* требовалось по *lex Puteolana de pariete faciendo*. О подобныхъ же обезпеченіяхъ говорится при отдачѣ на откупъ государственныхъ податей¹⁾ и т. под. Несомнѣнно однако, что и въ случаяхъ, когда законы требовали лишь установленія *prae* *des*, безъ упоминанія о необходимости *praedia*²⁾, магистратъ могъ все-таки потребовать субсигнаціи *praedia*, если только предложенные *prae* *des* казались ему ненадежными. Напротивъ того, касательно незначительныхъ требованій или съ цѣлью особеннаго облегченія должника, иногда довольствовались одной субсигнаціей, не требуя установленія поручителей. Но на сколько часто упоминается въ источникахъ о залогахъ, представляемыхъ государству, на столько рѣдко встрѣчаются указанія на юридическіе принципы такого залога. Вслѣдствіе этого, выясненіе конструкции разбираемаго института является весьма затруднительнымъ. Что касается до формы предіатуры, то о ней можно судить по имѣющемуся въ источникахъ выраженію *subsignare praedia apud aerarium*. Въ виду указаннаго выраженія мы можемъ предположить, что здѣсь имѣло мѣсто подписываніе собственникомъ *apud aerarium* документовъ о залогѣ *praedia*. Уполномоченными къ принятію (*accipere*) *praedia* были только официальные присутственныя мѣста. Отъ земель же закладываемыхъ государству требовалось, чтобы онѣ были *in*

¹⁾ *aes Malacit.* c. 63.—Schol. Bobiense Ciceronis Scholiast. II. стр. 244.

²⁾ Какъ напр. *lex Servilia repetundarum* c. 17.

Italico solo, состояли въ квинтиской собственности и были внесены въ цензовые списки. Въ виду этого, предметомъ предіатуры не могли быть владѣнія частныхъ лицъ (*ossu-patorii*), такъ называемымъ, *ager publicus* или провинціальной почвою, которая считалась состоящей въ частной собственности римскаго народа; исключались также владѣнія въ предѣлахъ свободныхъ союзныхъ городовъ, потому что Римъ не имѣлъ государственнаго суверенитета надъ территоріей зависимаго союзнаго города, хотя бы союзъ съ названнымъ городомъ былъ и неравный. Несомнѣнно также, что предметомъ предіатуры не могли быть земли, надъ которыми тяготѣло уже государственное закладное право ¹⁾.

Вопросъ о томъ, сколько должно было быть установлено *praedia*—обыкновенно, рѣшался по свободному усмотрѣнію (*arbitratus*) того магистрата, который заключалъ договоръ. Протавъ названнаго произвола магистрата ²⁾ — *manseps* не имѣлъ никакой непосредственной защиты. За злоупотребленія магистратъ былъ отвѣтствененъ лишь передъ народомъ, по оставленіи своей должности.

Въ виду же указаній, имѣющихся въ *aes Malacit.* с. 63—65, можно заключить, что обыкновенно, магистратъ требовалъ еще установленія *praediorum cognitores*, которые обязывались передъ государствомъ. Названные *praediorum cognitores*, по всей вѣроятности, должны были подавать свои мнѣнія о правѣ собственности и цѣнности закладываемыхъ земель, причемъ, въ случаѣ ложныхъ показаній, эти лица разсматривались сами, какъ *praedes*, откуда можно заключить, что они имѣли извѣстное сходство съ *arbitri*, о которыхъ упоминается въ *l. 9, l. 10. D. qui satis dare* 2. 8. и *l. 2. D. a quibus appellari* 49. 2.

¹⁾ Ср. *lex Thoria* с. 20.

²⁾ Тамъ же, с. 35.

Существующія въ наукѣ воззрѣнія на юридическія послѣдствія субсигнаціи *praedia* — весьма разнообразны. По мнѣнію однихъ ¹⁾—черезъ субсигнацію *praedia*, государство становилось квинтискимъ собственникомъ *praedia*, точно также, какъ частный кредиторъ становился собственникомъ заложенной вещи, черезъ фидуцію. Въ связи съ этимъ выставляютъ гипотезу, что въ древнѣйшее время, установленіе государственнаго залога происходило путемъ фидуціи и необходимой для фидуціи манципаціи и что лишь по введеніи преторскаго права, вмѣсто фидуціи—стали довольствоваться установленіемъ простой ипотеки. Но такой гипотезѣ противорѣчатъ источники, такъ какъ послѣдніе, считая вполне достаточнымъ для закладыванія государству земель—ихъ субсигнацію, нигдѣ не указываютъ, чтобы государство разсматривалось въ качествѣ собственника субсигнируемыхъ *praedia*. По мнѣнію же другихъ ученыхъ ²⁾, вдающихся въ противоположную крайность, существованіе въ разбираемомъ случаѣ особаго государственнаго закладнаго права на *praedia* должно быть отрицаемо. Земли, говорятъ защитники этого мнѣнія, отвѣчали совмѣстно съ прочимъ имуществомъ *praes* и субсигнировались лишь для доказательства передъ магистратомъ ихъ принадлежности къ вышеназванному имуществу должника. Согласно чему, указанные земли, въ случаѣ ихъ выхода изъ имущества должника, должны бы были переставать быть отвѣтственными передъ государствомъ. Но подобное воззрѣніе на значеніе субсигнаціи *praedia* совершенно опять не согласно съ тѣмъ, что римляне ³⁾ обозначаютъ разбираемое нами отношеніе, какъ *pignus*, какъ *obligatio rei*.

¹⁾ Къ нимъ относятся: *Hugo, Rechtsg.* 9 Aufl. стр. 449. *Savigny, Heidelb. Jahrb.* 1809. стр. 258. и др.

²⁾ Напр. *Huschke*.

³⁾ *Varro (de ling. lat. V. 40). lex Thoria*, с. 35. *Cicero, de lege agraria.* III. 2.

Признавая субсигнацію земель за залогъ послѣднихъ государству ¹⁾, мы сталкиваемся, однако, съ вопросомъ о томъ, какимъ образомъ, съ древнѣйшей точки зрѣнія оправдывается закладное право, при которомъ кредиторъ, не будучи собственникомъ, уполномочивается къ продажѣ залога. Рѣшеніе названнаго вопроса обусловливается указаннымъ выше государственнымъ суверенитетомъ надъ римскою территоріей. Государство было источникомъ права, государство же могло сообщать квинтскую собственность, хотя бы передаваемый предметъ былъ вѣ собственності или состоялъ въ имуществѣ другаго гражданина. Указанное юридическое всемогущество нисколько не противорѣчило широтѣ юридической сферы римскаго *pater-familias*, его автономіи, такъ какъ государство пользовалось своей юридической властью не произвольно, но вторгаясь въ частную сферу отдѣльнаго лица, лишь въ виду опредѣленнаго матеріальнаго основанія. Такое основаніе составляло тяжелое преступленіе противъ государства, неисполненіе государственныхъ требованій, — вызывавшія *sectio* всего имущества должника; такое же основаніе видѣли въ субсигнаціи *praedia* съ цѣлью обезпеченія государственныхъ требованій. Субсигнирующій, до продажи *praedium* государствомъ, сохранялъ за собою всѣ юридическія полномочія собственника и не стѣнялся въ свободномъ распоряженіи ²⁾; государство же не имѣло никакого другаго притязанія, кромѣ продажи субсигнированнаго предмета, оно не вступало во

¹⁾ А это можно сдѣлать въ виду указанія Помпонія — въ I. 205. D. de R. J. 50. 17: *Plerumque fit, ut etiam ea, quae nobis abire possint, proinde in eo statu sint, atque si non essent ejus conditionis, ut abire possent; et ideo, quod fisco obligamus, et vindicare interdum, et alienare, et servitutem in praedio imponere possumus.*

²⁾ I. 205 цит.

владѣніе субсигнированнымъ *praedium*, не имѣло для того соотвѣствующаго иска, что ясно слѣдуетъ изъ молчанія источниковъ, которые, въ случаѣ существованія подобнаго иска, тѣмъ вѣроятнѣе упоминали бы о немъ, потому что тогда этотъ искъ сталъ бы образцомъ и прототипомъ преторской *actio Serviana*.

Свѣдѣнія, касательно вопроса о производствѣ продажи субсигнированныхъ *praedia*, сомнительны и спорны. Продажей указанныхъ *praedia*, совершавшейся нерѣдко раздѣльно отъ продажи *praedes* ¹⁾, руководили, обыкновенно, непосредственные управители государственной казны. Продажа производилась по наступленіи срочности долга, причемъ о срокахъ возбѣщалось посредствомъ официальной проскрипціи со стороны магистрата. Сомнительно, однако, требовалась ли при названной продажѣ денунціация должнику.

Въ эдиктѣ, объявлявшемъ о продажѣ содержались и условія продажи. Въ отношеніи же установленія этихъ условій, магистратъ стѣнялся специальнымъ закономъ — *lex praediatoria* ²⁾, который содержалъ въ себѣ постановленія объ условіяхъ продажи, обязательныхъ для магистратовъ. Если не находилось покупателей за минимальную цѣну, которую составляла сумма требованія, то пытались выручить сколько было возможно (*in vasa*). О могущемъ случиться излишкѣ отъ вырученной при продажѣ суммы, за покрытіемъ долга — специальныхъ извѣстій не имѣется. Въ древнѣйшее время, такой излишекъ поступалъ вѣроятно въ пользу казны. Въ императорское же время, въ этомъ отношеніи выработалась практика болѣе справедливая.

Покупатель — *praediator* прибрѣталъ квинтскую собственность ³⁾, которую съ этого момента терялъ прежній

¹⁾ Gaj. II. 61. Cic. in Verr. I. 54.

²⁾ *aes Malacit.* с. 64. *Ср.* Gaj. IV. 28.

³⁾ *aes Malacit.* с. 65.

собственникъ, хотя бы владѣльческія отношенія и не измѣнялись. Въ виду этого, покупатель, тотчасъ же послѣ покупки, имѣлъ право на *rei vindicatio*, посредствомъ которой онъ могъ приобрѣсти владѣніе, причемъ отвѣтчикъ не могъ уже устранить названнаго иска, предложеніемъ уплаты долга или покупной цѣны.

Несомнѣнно также, что государство продавало субсигнированные ему земли, подъ условіемъ, чтобы субсигнировавшій имѣлъ право соответствующаго распоряженія въ моментъ субсигнированія и что съ этимъ условіемъ связывалось *rei vindicatio* покупателя. Отсюда была вполне возможна послѣдующая провокація судебной когниціи о дѣйствительности субсигнаціи и продажи. Рискъ же по поводу того, собственникъ ли субсигнирующий—лежалъ на покупателѣ, который, ни въ какомъ случаѣ, не могъ требовать возвращенія покупной платы. Изъ вышеизложеннаго слѣдуетъ, что при предіатурѣ была немыслима *usureceptio* залогодателя, въ отношеніи залогопринимателя, какъ то было при фидуціи. До продажи *praedia* государствомъ ¹⁾, право собственности на нихъ сохранялось за залогодателемъ и потому послѣдній не нуждался, въ этой стадіи, въ *usureceptio*. Но намъ извѣстно, что существовала *usureceptio* залогодателя въ отношеніи покупателя *praedium*.

По этому поводу Гай (II. 61) говоритъ слѣдующее:

Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usureceptio; sed hoc casu praedium biennio usureceptiur. et hoc est quod vulgo dicitur ex praediatu possessionem usurecipi; nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.

На ряду, однако, съ вышнимъ сходствомъ указаннаго вида узурепціи съ узурепціей при фидуціи, заключающимся

¹⁾ I. 205. D. de R. J. 50. 17.

въ томъ, что какъ здѣсь, такъ и тамъ, залогодатель одинаково приобрѣталъ по давности потерянную имъ собственность, на ряду съ этимъ нельзя забывать и крупныхъ различій, существующихъ между двумя названными видами узурепціи. Такъ, въ то время, какъ для узурепціи при предіатурѣ требовалось, чтобы покупатель не былъ еще введенъ во владѣніе купленнымъ *praedium*, ибо иначе отношенія прежняго собственника къ заложенному объекту прекращались навсегда,—при фидуціи—узурепціи имѣла мѣсто и тогда, когда кредиторъ владѣлъ уже однажды, но должникъ получилъ владѣніе обратно. Кромѣ того, Гай ясно указываетъ, что въ то время, какъ для обращенія владѣнія залогодателя *ex praediatu*—въ собственность требовалось два года, при фидуціи, въ подобномъ случаѣ, довольствовались срокомъ въ одинъ годъ.

Напротивъ того, юридическое оправданіе указаннаго приобрѣтенія по давности при предіатурѣ было, въ сущности то же, что и при фидуціи. Въ продолженіи владѣнія *pro suo*, даже и послѣ продажи объекта владѣнія государствомъ не могли видѣть *mala fides* и потому съ непрерывно продолжающимся владѣніемъ было связано обратное приобрѣтеніе собственности. По всей вѣроятности, однако, покупатель рѣдко медлил вступленіемъ во владѣніе купленнымъ имѣніемъ. Исключеніе составляли случаи, когда должникъ, въ виду того, что при предіатурѣ государство, не вникая въ причины неуплаты долга, продавало заложенные *praedia* немедленно, по наступленіи срока долга, обращался къ какому либо капиталисту съ порученіемъ купить продаваемый государствомъ залогъ и сохранялъ за собою право выкупа имѣнія у названнаго капиталиста ¹⁾. Въ такихъ случаяхъ, капиталистъ оставлялъ владѣніе за должникомъ, причемъ впоследствии,

¹⁾ I. 52. §1. D. de pactis 2. 14. 1. 22. §§ 3, 5. D. mandati. 17. 1.

когда издержки капиталиста были оплачены—не было надобности въ формальной реманципации должнику, такъ какъ реманципация эта замѣнялась узурепціей.

Таковъ былъ институтъ предіатуры, стоявшей, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, даже позади фидуціи, потому что государство, напримѣръ, въ качествѣ залогопринимателя не имѣло иска для приобрѣтенія владѣнія заложенной вещью, но—только право продажи; съ другой стороны, залогодатель не имѣлъ юридическихъ средствъ противъ государства, которое могло не соблюсти въ отношеніи его своихъ обязательствъ.

Въ практиковавшемся же въ извѣстныхъ случаяхъ государственнаго найма, законномъ залогѣ на всемъ, даже и несубсигнированномъ имуществѣ должника, нельзя уже видѣть ничего свойственнаго предіатурѣ, ничего выросшаго на ея почвѣ, но только распространеніе развившейся генеральной ипотеки на соотвѣтствующіе случаи государственнаго найма.

Pignus.

На ряду съ залогомъ въ формѣ фидуціи, въ Римѣ, уже въ весьма древнее время, въ случаѣ незначительной суммы долга, должникъ вручалъ кредитору, безъ всякихъ формальностей — вещь (pignus), которая служила обезпеченіемъ уплаты долга. Въ отношеніяхъ болѣе серьезныхъ, подобное врученіе производилось лишь тогда, когда хотѣли доставить кредитору — провизорную защиту, пока не было доставлено лучшее обезпеченіе, посредствомъ поручителей. Указаніе на подобный случай имѣется въ оговоркѣ древней закладной формулы у Cato—de re rustica, согласно которой существующее закладное отношеніе прекращается, съ установленіемъ поручительства (si satis datum est) ¹⁾. Названный

¹⁾ Ср. l. 14. D. quib. m. pign. 20. 6.

способъ обезпеченія, посредствомъ простой передачи вещи былъ сдѣлкой обыденной жизни, причемъ, доставляя кредитору извѣстную гарантію помимо судебной защиты, разрѣшался сообразно намѣренію сторонъ, не ведя ни къ какимъ запутываніямъ. Сфера примѣненія залога въ формѣ pignus первоначально была весьма ограничена. При составленіи законовъ XII т. о разбираемомъ видѣ залога вѣроятно и не думали ¹⁾.

Терминъ pignus, принятый собственно для обозначенія залога, устанавливаемого путемъ неформальной передачи владѣнія вещью—въ прежнее время многіе производили отъ слова pignus—кулакъ ²⁾. Указанное словопроизводство было принято и въ Corpus juris, согласно которому (l. 238. § 2. D. de V. S. 50. 16), по выраженію Гая (libro VI, ad leg. XII tab.):

pignus appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur; unde etiam videri potest, verum esse, quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

Вѣрнѣе, однако, производить слово pignus (родит. пад.—pignoris, побочная форма—pigneris) отъ pago или pango, perf. repigi, по гречески πῆγνυμι,—укрѣплять ³⁾. Согласно чему, корень названнаго слова является родственнымъ съ корнемъ слова pactum. Изъ этого не слѣдуетъ, однако, заключать, что разбираемый терминъ, какъ утверждаютъ нѣкоторые, имѣетъ спеціальныи смыслъ «договора». ⁴⁾.

¹⁾ Въ противоположность этому, древнѣйшіе ученые (напр. Jacob. Gothofredus)—относили ученіе о залогѣ въ формѣ pignus къ XII-й таблицѣ, въ виду встрѣчающагося въ l. 238. § 2. D. de V. S. 50. 16. Gajus lib. VI, ad leg. XII tab.—объясненія слова pignus.

²⁾ Отсюда же нѣмецкое «Faustpfand».

³⁾ Точно также, слово ἐνέχυρον, служившее для обозначенія залога у грековъ—происходитъ отъ ἐχῶρος, твердый, крѣпкій.

⁴⁾ Основное значеніе слова pignus объясняетъ почему, согласно указаніямъ Плація и позднѣйшихъ поэтовъ и прозаиковъ, pignus часто служить для обозначенія предмета пари. Многіе (Rudorff, Pfand-

При залогѣ въ формѣ *pignus*, должникъ уплачивалъ долгъ только въ случаѣ своевременнаго возвращенія заложенной вещи ¹⁾, кредиторъ же удерживалъ владѣніе заложенной ему вещью, впредь до уплаты долга и защищался посредствомъ самоуправства.

Въ случаѣ неуплаты долга, залогоприниматель могъ, согласно особой оговоркѣ (*pactum de distrahendo pignore*), продать заложенную ему вещь ²⁾. Впрочемъ, на ряду съ *pactum de distrahendo pignore*, нерѣдко залогъ, въ формѣ *pignus*, подобно фидуціи — сопровождался еще и указанной выше оговоркой, извѣстной подъ названіемъ *lex commissoria*.

klagen стр. 195; Bekker, *Consumption*, стр. 30; Muther, *Sequestration*, стр. 66) пытались объяснить одинаковость выраженій для предмета пари и залога тѣмъ, что установленіе пари («битье объ закладъ») рассматривали какъ добровольное закладываніе чего либо и притязаніе выигравшаго пари — на соответствующую премію — выводили изъ коммиссорнаго договора. Но такое объясненіе должно быть признано невѣрнымъ. Премія, которую устанавливають стороны при пари, есть, очевидно, ни что иное, какъ объектъ долга, который спорящіе обѣщаютъ другъ другу, подъ извѣстнымъ условіемъ. Можетъ случиться, что стороны, для ббльшей гарантіи выигравшаго, депонируютъ предметъ пари — третьему лицу. Но черезъ это принципиальнаго измѣненія въ отношеніи не происходятъ. При пари отсутствуетъ, характерное для залоговаго права, — сообщеніе извѣстнаго права на вещь, ради обезпеченія требованія. Въ виду же того, что согласно первоначальному своему характеру, *pignus* имѣло значеніе вообще средства обезпеченія, вполне понятно, что слово *pignus* могло служить обозначеніемъ обезпеченія какъ права требованія (залога), такъ и — серьезности извѣстнаго утвержденія (т. е. преміи при пари).

¹⁾ *Actio pigneratitia in personam* была, несомнѣнно, позднѣйшаго происхожденія. (Keller, *Recension* стр. 963). Инаго воззрѣнія Bachofen, *Pfandr.* стр. 5. Напротивъ, *rei vindicatio*, несомнѣнно, принадлежала залогодателю и въ это время.

²⁾ Gaj. II. 64. 1. 73. D. de furtis 47. 2.

Съ потерей владѣнія заложенной вещью, по общему правилу, терялось и обезпеченіе, хотя противъ вора кредитору принадлежали *actiones furti*, а противъ прочихъ несправедливыхъ на него нападеній — *interdicta retinendae* и *recuperandae possessionis*.

Защитой со стороны *jus civile*, разбираемое отношеніе не пользовалось ¹⁾. Строго послѣдовательное цивильное право было ему враждебно и сдѣлало бы его совершенно невозможнымъ, если бы фактическія отношенія не сломили строгія и крутыя нормы закона. Залогодатель могъ во всякое время до уплаты долга взять у кредитора заложенную вещь — посредствомъ *rei vindicatio* и цивильное право не доставляло кредитору никакой защиты. Но фактически, такая опасность была лишь мнимою, потому что при строгости древняго долговаго права, должникъ, обыкновенно, былъ въ высшей степени зависимъ отъ кредитора и уже въ виду этого онъ не могъ бы осмѣлиться на *rei vindicatio* заложенной вещи — до уплаты долга. Несомнѣнно также, что указаннымъ дѣйствіямъ должника ставились препятствія и со стороны магистрата; первоначально тѣмъ, что магистратъ требовалъ отъ виндицирующаго пенальной стипуляціи; позднѣе же, тѣмъ что въ разбираемомъ случаѣ, магистратъ совершенно отказывалъ въ своемъ содѣйствіи виндикаціи. Въ указанныхъ мѣропріятіяхъ заключался первый шагъ къ поднятію *pignus* отъ простаго фактическаго отношенія на степень юридическаго института.

Легко могло случиться, что должникъ отчуждалъ заложенную вещь третьимъ лицамъ. Если такое третье лицо пользовалось *rei vindicatio*, то залогоприниматель оставался безъ всякой юридической защиты. Но и здѣсь извѣстную

¹⁾ Это ясно подтверждаетъ § 7. I. de actionibus 4. 6, гдѣ говорится, что *actio hypothecaria* возникла ex ipsius praetoris jurisdictione и затѣмъ указывается, что для *pignus* и ипотеки существуетъ одинъ и тотъ же искъ.

гарантию доставляли фактическия отношенія, насколько дѣло касалось движимостей. Въ виду того, что для отчужденія движимой вещи, была ли она *mancipi* или *res mancipi* и совершалась ли передача ея посредством *mancipatio*, *in jure cessio* или традиции — собственникъ долженъ былъ состоять во владѣннй вещью, очевидно, что залогодатель не имѣлъ возможности отчуждать заложенную вещь пока этою вещью владѣлъ залогоприниматель. Такимъ образомъ, обыкновенно устранялась опасность конфликта правъ залогопринимателя съ правами третьихъ приобрѣтателей. Совершенно иначе было съ недвижимостями, по крайней мѣрѣ, насколько онѣ были *res mancipi*. Онѣ могли быть манципированы собственникомъ во всякое время, даже если онъ и не владѣлъ ими. Кредиторъ, который довольствовался бы здѣсь простымъ владѣннмъ, находился бы въ постоянной опасности быть лишеннымъ владѣннй со стороны третьяго лица, которому должникъ вѣроломно манципировалъ заложенную вещь. Такимъ образомъ, примѣненіе *pignus* ограничивалось въ сущности движимыми вещами и въ частности *res res mancipi*. Сказаннымъ, можетъ быть и объясняется, почему древніе юристы, какъ указываетъ Гай ¹⁾, утверждаютъ, что *pignus proprii rei mobilis constitui*.

Многіе писатели ²⁾ полагаютъ, что залогъ въ формѣ *pignus* связанъ, въ своемъ развитіи, съ *legis actio per pignoris capionem*, при которой кредиту, осуществлявшему требованія, имѣвшія особенный государственный или религіозный интересъ, разрѣшалось самовольно удерживать въ залогъ вещи должника, подъ условіемъ лишь произнесенія извѣстныхъ словесныхъ формулъ, равно какъ и съ *pignoris capio*, со стороны магистрата. Повидимому, однако, дѣйствительнаго

¹⁾ I. 238. § 2. D. de V. S. 50. 16.

²⁾ Puchta, Institut. § 248. Bachofen, Pfandr. crp. 4.

родства юридическихъ конструкцій названныхъ институтовъ, равно какъ и истинной между ними аналогіи не существовало. Сходство заключалось лишь въ названіи, да въ общности цѣли.

Въ то время, какъ *legis actio per pignoris capionem* ¹⁾ была одностороннимъ актомъ, совершаемымъ кредиторомъ, *pignus* основывался на договорѣ; указанная *legis actio* была актомъ формальнымъ, *pignus* же — неформальнымъ; *legis actio* могла имѣть мѣсто лишь по наступленіи срока долга, тогда какъ *pignus* служилъ, главнымъ образомъ, для обезпеченія будущей уплаты еще несрочныхъ долговъ.

Права кредитора въ разбираемыхъ случаяхъ также были различны. При *pignus*, залогоприниматель владѣлъ заложенной вещью, тогда какъ, при *legis actio* кредиторъ разсматривался не какъ владѣлецъ, но по всей вѣроятности, въ гораздо болѣе степени, какъ собственникъ. На это указываетъ не только выраженіе *capio* которое находится и въ *usucapio* для приобрѣтенія собственности, но, еще болѣе то, что *legis actio* должна была доставлять право, а не только фактическое господство, чему вовсе не противорѣчитъ то, что должникъ, въ теченіи нѣкотораго времени, имѣлъ право освободить свой залогъ, уплативъ долгъ и соотвѣтствующую пеню за просрочку.

Еще менѣе основанія — находить непосредственное сходство между добровольнымъ залогомъ въ формѣ *pignus* и выше названной *pignoris capio* со стороны магистрата. Названная *pignoris capio* принадлежала къ области публичнаго права и потому уже не могла служить основаніемъ правъ частныхъ лицъ. Кромѣ того, *pignoris capio* вовсе не была принципиальнымъ и нормальнымъ средствомъ обезпеченія, а употреблялась лишь для принужденія явки въ сенатъ, къ судѣ, вообще

¹⁾ Gaj. IV. 26.

съ цѣлью принужденія къ извѣстнымъ дѣйствіямъ. И здѣсь собственность переходила первоначально къ государству, причемъ невыкупленный залогъ употреблялся обыкновенно для жертвоприношеній, такъ какъ залогъ этотъ состоялъ, большей частью, изъ скота. Сказаннымъ объясняется выраженіе *pignus caedere* ¹⁾. Что же касается до сходства названія добровольнаго залога въ формѣ *pignus*, и *pignoris cario*, то и это не можетъ указывать на тождество разбираемыхъ институтовъ, потому что слово *pignus*, въ виду вышеуказанной его этимологіи, означая не внѣшній моментъ возникновенія, но внутренній характеръ, юридическаго средства, одинаково подходило для обозначенія какъ добровольнаго залога, такъ и удержанія чего либо въ залогъ, посредствомъ *pignoris cario*.

Такова была форма залога, состоявшая въ простой передачѣ владѣнія вещью. Очевидно однако, что заключеніе закладной сдѣлки въ формѣ *pignus*, хотя и представляло значительныя уклоненія отъ залога въ формѣ фидуціи, тѣмъ не менѣе, было весьма неудобно, какъ для залогопринимателя, такъ и для залогодателя. Послѣдній ставился въ весьма стѣснительное положеніе, вслѣдствіе потери владѣнія заложенной вещью, залогоприниматель же оказывался въ недостаточно обезпеченномъ положеніи, въ виду защиты лишь владѣльческими интердиктами.

Н у р о т е с а.

Съ теченіемъ времени, закладныя сдѣлки стали практиковаться въ формѣ простаго договора, безъ передачи владѣнія закладываемой вещью. Вопросъ о томъ, было ли извѣстно Римлянамъ эпохи зак. XII т. установленіе залога посредствомъ

¹⁾ Cicero de orat. III. 1. Tibull. III. 17.

простаго договора, безъ передачи владѣнія, былъ ли, слѣдовательно, этотъ видъ залога древнѣйшимъ національно римскимъ институтомъ или онъ былъ введенъ въ Римъ лишь въ позднѣйшее время, вопросъ этотъ — весьма спорный, въ виду недостаточно опредѣленныхъ указаній источниковъ.

Въ пользу предположенія о древнѣйшемъ происхожденіи договорнаго залога, повидимому, говоритъ то, что договорнымъ залогомъ въ вышеуказанной формѣ легко и естественно объясняется то значеніе, которое ипотека имѣла въ позднѣйшее время. Первоначально, говорятъ защитники мнѣнія о древнѣйшемъ происхожденіи разбираемаго вида залога, кредиторъ, который имѣлъ закладное право, основанное на договорѣ, — имѣлъ полномочіе на своевременное отобраніе залога отъ должника. Въмѣсто реального владѣнія, которое доставлялъ залогъ въ формѣ *pignus*, въ разбираемомъ случаѣ кредиторъ получалъ право на аппрегензію владѣнія. Впослѣдствіи, сюда присоединяются позднѣйшія юридическія средства защиты. Прежде всего, помогаетъ преторъ, посредствомъ случайныхъ интердиктовъ; позднѣе образуется постоянное *interdictum Salvianum*; развитіе завершается установленіемъ преторомъ *actio Serviana* и *actio quasi Serviana*. Хотя все это и представляется весьма вѣроятнымъ и натуральнымъ, тѣмъ не менѣе, противъ принятія приведеннаго воззрѣнія говорятъ серьезныя основанія. Въ подтвержденіе указаннаго воззрѣнія приводятъ свидѣтельство древнѣйшаго времени изъ отрывка, касающагося латинскаго союза который былъ заключенъ съ латинянами въ 261 г. — Спуріемъ Кассіемъ и сохранившагося у Феста. Содержаніе названнаго отрывка слѣдующее:

nancitor in XII (tabulis) nactus erit, praenderit: item in foedere Latino «pecuniam quis nancitor habeto» et «si quid pignoris nanciscitur (чит. nancitor) sibi habeto».

Но установить какой-либо опредѣленный смыслъ приве-

деннаго безсвязнаго отрывка невозможно. Толкованіе его, согласно которому установленный на основаніи договора залогъ, въ случаѣ взятія его союзникомъ, долженъ оставаться у послѣдняго—не можетъ быть принято. Приведенный отрывокъ, по видимому, гораздо правильнѣе ¹⁾ признать имѣющимъ значеніе для государственнаго права, такъ какъ, въ цитированныхъ словахъ, по всей вѣроятности, имѣли въ виду указать, что обезпеченія, доставляемыя одному изъ союзниковъ общимъ ихъ врагомъ,—союзникъ этотъ можетъ удержать лично для себя. Такое положеніе особенно нуждалось въ подтвержденіи, въ виду того, что, согласно другой оговоркѣ того же союзнаго договора, приобрѣтаемая добыча должна была дѣлиться поровну между всѣми союзниками ²⁾. Если мы хотимъ признать названный отрывокъ, имѣющимъ значеніе и для частнаго оборота, то мы должны имѣть въ виду соотвѣтствующія формы залога, признававшіяся въ древнѣйшее время. Объяснять же приведенныя слова отрывка отношеніемъ, существованіе котораго въ эпоху разбираемаго союза весьма сомнительно и еще должно быть доказано, очевидно, неправильно. А это именно и происходитъ, когда при объясненіи названнаго фрагмента имѣютъ въ виду залогъ въ формѣ простаго договора, не сопровождаемаго передачей владѣнія.

Имѣющіяся указанія историка Діонисія ³⁾, точно также не могутъ служить доказательствомъ въ пользу того, что залоговое право, основанное на простомъ договорѣ безъ пере-

¹⁾ Dernb. Pfandr. I. стр. 52.

²⁾ Dionysius VI. 95. λαφύρων τε καὶ λείας τῆς ἐκ τοῦ πολέμου κοινὸν τὸ ἴσον λαχχανέωσαν μέρος ἀμφότεροι.

³⁾ Dionysius. VI. с. 29. (гдѣ указывается на эдиктъ консула Сервилія отъ 259 г. а. н. с.). и с. 41. (гдѣ помѣщена рѣчь Діонисія, относящаяся къ тому же времени).

дачи владѣнія было извѣстно уже въ первомъ столѣтіи республики. Въ названныхъ указаніяхъ Діонисія вовсе нельзя видѣть намекъ на генеральную ипотеку ¹⁾, но лишь указаніе ²⁾ на запрещеніе кредитору, въ теченіи похода—овладѣвать имуществомъ воина. Слово же *pignerare* употреблялось у римлянъ часто, въ значеніи именно такого овладѣнія ³⁾.

Неподтверждаемое разобранными свидѣльствами вышеуказанное предположеніе о древнѣйшемъ происхожденіи залога въ формѣ простаго договора, не сопровождаемаго передачей владѣнія—становится вѣроятнымъ еще менѣе, если мы обратимся къ разсмотрѣнію времени зак. XII т. и эпохи, имъ предшествующей.

Въ указанное время, признаніе извѣстнаго права зависѣло отъ его проявленія во внѣшнихъ формахъ. Создали фидуцію, которая путемъ соблюденія опредѣленныхъ формъ, дѣлала кредитора собственникомъ передъ лицомъ народа или его представителями; признавали *pignus*, установленіе котораго выразительно и конкретно завершалось передачей владѣнія; установленіе же залога посредствомъ простаго неформальнаго договора и безъ передачи владѣнія закладываемымъ объектомъ—представляло изъ себя нѣчто столь очищенное, почти можно сказать идеальное, что существованіе его было невозможно среди грубой и реальной жизни прежняго времени. Отрицать это можно, если бы въ позднѣйшее время было въ употребленіи аппрегензійное право залогопринимателя или, по крайней мѣрѣ, были бы замѣтны слѣды этого права въ позднѣйшемъ правообразованіи. Но ничего подобнаго не замѣчается. Въ позднѣйшее время, своевольное стѣ-

¹⁾ Bachofen, Pfandr. стр. 18.

²⁾ Dernburg, Pfandr. I. стр. 53.

³⁾ Напр. у Ливія 29. с. 36.: *corporibus subtractis bona tantum, quae publicari poterant, pignora poenae praebebant.*

сненіе должника ипотекаріемъ считается недозволеннымъ насиліемъ и наказуется ¹⁾. Въ виду послѣдовательности римскаго правообразованія мы не можемъ искать слѣды и исходный моментъ разбираемой формы залога въ самовластіи кредитора. Несомнѣнно, что еще въ императорское время, наказаніе кредитора не приводилось въ исполненіе въ случаѣ если кредиторъ особо выговаривалъ себѣ право захвата заложенной вещи во владѣніе ²⁾, а это представляетъ намъ новое доказательство того, что римское правовозрѣніе не признавало право на самоуправство, вытекающимъ изъ простаго закладнаго договора, безъ соотвѣтствующей о томъ оговорки.

Ссылались также на ретенціонное право отдающаго въ наймы. Отдающій въ наймы дѣйствительно могъ воспрепятствовать унесенію заложенныхъ вещей должника, замкнувъ свой домъ, но въ этомъ заключалось лишь специальное право отдающаго въ наймы, а вовсе не примѣненіе общей юридической нормы объ аппрегензіи. Съ древняго времени, владѣлецъ защищался посредствомъ интердиктовъ отъ всякаго стѣсненія, какъ предстоящаго такъ и наступившаго. Правда, на ряду съ этимъ, были исключительные случаи, въ которыхъ за невластѣльцами сохранялось право самовольнаго отобранія вещи и эти исключенія указаны въ формулахъ интердиктовъ, но дѣло въ томъ, что всѣ они ограничиваются случаями, когда владѣлецъ получалъ владѣніе *ab adversario vi, clam, presagio*. Если бы и кредиторъ имѣлъ право аппрегендировать заложенную вещь, если бы должникъ долженъ былъ уступить ему въ спорѣ о владѣніи, то было бы совершенно непонятно почему преторъ не

¹⁾ Paul. rec. sent. II. 14. § 5. 1. 2. § 18. D. vi bon. rapt. 47. 8.

²⁾ 1. 3. C. de pignoribus. 8. 14. ep. 1. 11. C. de pign. act. 4. 24.

обратилъ вниманія на такое важное и часто встрѣчающееся отношеніе. Между тѣмъ, о залогопринимателѣ не упоминаетъ и старая формула *interdictum uti possidetis*, сохранившаяся у Феста ¹⁾.

Въ виду сказаннаго очевидно, что гипотеза о томъ, что кредиторъ, которому установленъ залогъ, съ древнѣйшаго времени, могъ, посредствомъ самоуправства противъ должника, пріобрѣтать владѣніе заложеннымъ объектомъ—должна быть признана неосновательною.

Толчкомъ къ общему признанію возможности установленія залога посредствомъ простаго неформальнаго договора и безъ передачи владѣнія — послужило, несомнѣнно, общее разстройство экономическихъ отношеній, происшедшее вслѣдствіе семнадцатилѣтней раззорительной аннибальской войны. Все болѣе и болѣе слышались протесты противъ залога въ формѣ фидуціи, которая, дѣлая слишкомъ явными факты займовъ, могла дурно вліять на кредитоспособность и репутацію должниковъ. Тогда стремленіе къ скрытности смѣнилось собою прежнее расположеніе къ публичности. Подобныя явленія замѣтны въ разбираемую эпоху не только въ отношеніи закладнаго права, но и въ прочихъ областяхъ права. Такъ, вмѣсто публичнаго выраженія послѣдней воли, стали употребительны письменныя завѣщанія и *familiae emtor*, бывшій прежде дѣйствительнымъ наслѣдникомъ, обратился теперь въ фиктивную личность, которая скрывала имя наслѣдника. Однородныя стремленія замѣчаются и въ области государственнаго права, такъ какъ съ начала VII столѣтія, посредствомъ *lex Gabinia* (614), *Cassia* (616), *Papiria* (622) закрытое народное голосованіе вытѣсняетъ прежнюю публичную подачу голосовъ ²⁾.

¹⁾ Festus v. possessio.

²⁾ Cicero de legibus III. 16. 35.

Развитію идеи о томъ, что простой договоръ можетъ служить къ установленію вещнаго права весьма содѣйствовало вліяніе грековъ. Уже самая рецепція римскимъ правомъ греческихъ словъ *hypotheca*, *hyperocha*, *antichresis* — свидѣлствуетъ о воздѣйствіи греческаго закладнаго права на римское; но мы должны будемъ склониться въ пользу предположенія о несомнѣнномъ вліяніи греческаго права, еще болѣе, коль скоро мы обратимъ вниманіе на то, что у грековъ установленіе залога посредствомъ одного договора практиковалось въ теченіи столѣтій, что существованіе требованій безъ ипотечнаго обезпеченія составляло у нихъ рѣдкость и что у римлянъ, договорный залогъ приобрѣлъ юридическое значеніе лишь со времени увеличенія общенія съ греками, съ развитіемъ греческаго вліянія. Возраженіе о томъ, что развитіе римскихъ юридическихъ институтовъ по греческимъ образцамъ есть нѣчто неслыханное и немыслимое¹⁾, должно быть признано неосновательнымъ. Вѣдь заимствовали же римляне у грековъ — *lex Rhodia de jactu*, *foenus nauticum*, ограниченія касательно процентовъ и проч. Какъ несомнѣнно, что римское государство приняло древнюю культуру, такъ несомнѣнно, что и всѣ культурные народы древности содѣйствовали образованію римскаго права и только въ разработкѣ юридическихъ институтовъ, въ юридической техникѣ римляне остаются исключительно великими и оригинальными. Въ частности, институтъ закладнаго права не принадлежитъ къ тѣмъ частямъ права, поддержаніе своеобразности которыхъ особенно дорого отдѣльнымъ народамъ; гораздо въ большей степени, закладное право составляетъ часть общаго правооборота, опредѣленія котораго одна нація легко адоптируетъ у другой. И это несомнѣнно должно

¹⁾ Bachofen, Pfandr. стр. 633.

было имѣть мѣсто въ отношеніи латинянъ и грековъ, между которыми существовалъ весьма оживленный оборотъ, особенно разившійся съ покореніемъ римлянами греческихъ городовъ.

Въ виду указаннаго греческаго вліянія, я и позволю себѣ остановиться теперь на аѣинскомъ закладномъ правѣ, какъ единственномъ правѣ греческаго города, о которомъ сохранились наиболѣе достаточныя свѣдѣнія, но которое въ принципахъ своихъ, по всей вѣроятности, было согласно съ закладнымъ правомъ другихъ греческихъ городовъ. Эскизъ аѣинскаго закладнаго права, будучи оправдываемъ въ виду интереса, который представляетъ нормированіе закладныхъ отношеній столь высоко одаренной націей, какъ греческая, представляетъ интересъ еще и потому, что открываетъ намъ видъ на безконечную перспективу непрерывности человѣческаго мышленія и творчества.

Въ греческомъ правѣ нѣтъ столь выработанныхъ положеній, какъ въ правѣ римскомъ. Между тѣмъ, чѣмъ менѣе объективное право содержитъ опредѣленныхъ предписаній, тѣмъ болѣе нормированіе отношеній покоится на частной автономіи сторонъ, на опредѣленіи договоровъ. Указанія на многіе изъ договоровъ, касающихся греческаго закладнаго права, сохранились въ рѣчахъ Демосѣена. На основаніи послѣднихъ мы и можемъ выяснитъ сущность аѣинскаго закладнаго права.

Установленіе залога, по аѣинскому праву, происходило посредствомъ простаго договора, о которомъ обыкновенно упоминалось при записи долга. Закладной договоръ — то былъ связанъ съ передачей владѣнія, то совершался безъ таковой и это имѣло мѣсто какъ въ отношеніи движимостей, такъ и недвижимостей. Особого же различія между залогомъ въ формѣ простаго договора и залогомъ, основаннымъ на передаче владѣнія, — аттическое право не знало. Совершенно невѣрно считать, какъ то дѣлаютъ нѣкоторые ученые, — слово

ἐνέχυρον техническимъ выраженіемъ для залога въ формѣ *pignus*, и слово *ἐποθήκη* — для залога въ формѣ договора, не сопровождаемаго передачей владѣнія. Оба слова встрѣчаются въ аттическомъ правѣ какъ синонимы. И этому нисколько не противорѣчить, что римляне рецепировали слово *hypotheca* въ специальномъ значеніи залога въ формѣ договора, не сопровождаемаго передачей владѣнія, что ясно слѣдуетъ изъ указанія Ульпіана въ 1. 9. § 2. D. de pignerat. act. 13. 7:

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, quum non transit, nec possessio ad creditorem.

Весьма часто адаптирующий языкъ придаетъ иностраннымъ словамъ особый своеобразный смыслъ, который былъ неизвѣстенъ тому языку, изъ котораго производится заимствование. А это именно и произошло при адаптированіи греческаго термина ипотеки. Закладываемыя земли, въ Аѳинахъ, обыкновенно, отмѣчались особыми каменными дощечками (*ἔρρι*), на которыхъ, кромѣ имени архонта эпониμα, помѣчались еще имя кредитора и сумма долга. Такія дощечки сохранились до настоящаго времени. Несомнѣнно, однако, что дѣйствительность залога не зависѣла отъ установленія названныхъ дощечекъ; несомнѣнно также, что должникъ не могъ уничтожить существующее закладное отношеніе путемъ своевольнаго убранія дощечекъ. Гораздо вѣроятнѣе предположить, что указанные дощечки имѣли цѣлью лишь обезпеченіе доказательства существующаго залога; кромѣ того при помощи ихъ можно было устранить возраженіе покупателей о томъ, что они не знали при приобрѣтеніи земель о тяготеющемъ на этихъ земляхъ закладномъ правѣ.

Собственно легальная ипотека въ Аѳинахъ не была извѣстна; хотя кто имѣлъ, напримѣръ, фрахтовое требованіе или какое либо другое подобное притязаніе по поводу вещи, тотъ имѣлъ въ отношеніи ея и ретенціонное право. А послѣднее едва ли отличалось отчетливо отъ закладнаго права.

Объектомъ залога могли быть всякіе предметы, какъ движимые, такъ и недвижимые; но въ отношеніи недвижимостей, дѣйствительное закладное право могли приобрѣтать лишь аѳинскіе граждане. Можно было закладывать также предметы, еще имѣющіе быть приобрѣтенными. Небезынтересно, что Солонъ еще долженъ былъ запрещать ссуды подъ залогъ тѣла свободнаго лица. Въ нѣкоторыхъ греческихъ городахъ не могло быть закладываемо оружіе; не могли быть закладываемы также полевые снаряды. Генеральная ипотека практиковалась. Вторичное закладываніе вещи, хотя и было въ нѣкоторыхъ случаяхъ возможно, но, по общему правилу, считалось непозволеннымъ и наказуемымъ. Въ немъ видѣли не только нарушение правъ втораго кредитора, которому не сообщалось о положеніи вещи, но и стѣсненіе перваго залогопринимателя. Поэтому, при установленіи договорнаго залога, кредиторъ бралъ, обыкновенно, съ должника обѣщаніе, что онъ не будетъ занимать вторично подъ залогъ той же вещи. Но когда такого обѣщанія и не было взято, то все-таки для установленія позднѣйшей ипотеки требовалось согласіе перваго залогопринимателя. Наказаніе того, кто закладывалъ дважды, было впрочемъ арбитранное, въ зависимости отъ вреда кому либо — отъ второй ипотеки. Что касается до правъ кредитора, въ отношеніи заложеннаго объекта, то залогоприниматель имѣлъ, прежде всего, полномочіе овладѣть залогомъ, по наступленіи срока долга или даже и ранѣе, коль скоро угрожала опасность промедленія со стороны должника. Такое полномочіе кредиторъ, нерѣдко, стипулировалъ себѣ выраженнымъ образомъ. Сокрытію же объекта залога за предѣлы возможнаго преслѣдованія со стороны кредитора, что легко могло случиться при ссудѣ подъ залогъ кораблей, пытались воспрепятствовать посредствомъ неустоекъ. Особаго вещнаго иска, на случай если нельзя было прибѣгнуть къ аресту заложенной вещи — не существовало; довольствовались такъ называемой *δίκη ἐξούλης*.

Существованіе же послѣдней служить доказательствомъ неразвитаго состоянія аттической юриспруденціи.

Первоначально *δίκη εξούλης* назначалась для обратнаго полученія насильственно отнятаго владѣнія и ближайшимъ образомъ, вѣроятно, вещей недвижимыхъ; впоследствии, указанное юридическое средство было предоставлено истцу, который осуществлялъ вошедшее въ законную силу судебное рѣшеніе и препятствовался кѣмъ либо въ удержаніи въ залогъ той вещи, въ отношеніи которой онъ имѣлъ закладное право, на основаніи названнаго судебного рѣшенія. Впрочемъ, упомянутое юридическое средство признавали за истцомъ, даже и помимо указанной попытки къ удержанію въ залогъ, просто какъ *actio rei judicatae*. Наконецъ *δίκη εξούλης* была признана за ипотекаріемъ въ случаѣ если владѣлецъ препятствовалъ его вступленію во владѣніе заложеннымъ объектомъ. Неизвѣстно, однако, имѣла ли мѣсто *δίκη εξούλης* лишь противъ тѣхъ приобретателей, которые знали въ моментъ приобретенія владѣнія о существующемъ ипотечномъ правѣ или также и противъ *bonae fidei possessores*; несомнѣнно лишь, что владѣніе, продолжавшееся въ теченіи долгаго времени не могло быть оспариваемо. Подобно тому, какъ не существовало специальной *actio hypothecaria*, такъ не было и особой *actio pignoratitia in personam*, посредствомъ которой должникъ могъ бы требовать отъ кредитора, по уплатѣ долга — выдачи объекта залога, а по продажѣ залога — оставшагося у кредитора излишка. Повидимому, въ подобныхъ случаяхъ примѣняли искъ о поклажѣ и преслѣдовали кредитора, который отказывалъ въ возвращеніи вещи (*ἀποστερησαι παρακαταθήκης*) посредствомъ иска — *παρακαταθήκης*. Можетъ быть примѣняли также и *εἰς ἐμφανὲν κατάστασις* или совершенно общую *συνθηκῶν παράβασις*.

Заложенными вещами, аѣинскій кредиторъ могъ пользоваться не отдавая отчета въ приносимомъ этими вещами доходѣ; но на ряду съ этимъ, онъ долженъ былъ принимать

на себя и соотвѣтствующія издержки, касательно этихъ вещей. Гораздо болѣе, однако, важнымъ полномочіемъ кредитора считалось и въ Аѣинахъ право продажи залога. Послѣднее принадлежало кредитору, даже если закладной договоръ и не сопровождался соотвѣтствующей оговоркой о продажѣ.

Въ случаѣ, если сумма, вырученная при продажѣ залога не покрывала суммы долга, то кредиторъ могъ продолжать взысканіе остающейся суммы, согласно чему, обратно, должникъ сохранялъ за собою право на полученіе излишка. Непосредственнаго запрещенія *lex commissoria* въ Аѣинахъ, хотя и не существовало, тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что практическое осуществленіе названной оговорки *stricti juris* представляло затрудненія, въ виду организаціи аѣинской судебной части.

Возникновеніе ипотеки въ римскомъ правѣ ¹⁾ произошло незамѣтно. Установленіе залога путемъ простаго договора, не сопровождаемаго передачей владѣнія прежде всего практиковалось, вѣроятно, при отдачѣ въ наймы. Нанимателями являлись, обыкновенно, не римскіе граждане, но перегрины. Въ то время какъ римскіе граждане, болѣею частью, имѣли въ Римѣ собственныя земли, перегрины, поставленные въ необходимость пребывать по своимъ дѣламъ въ Римѣ, — не имѣли возможности, вслѣдствіе отсутствія у нихъ *jus commercii*, покупать римскія земли. Отыскать за себя поручителей перегринамъ было не легко, а между тѣмъ, въ виду возможности ежеминутнаго удаленія перегриновъ за предѣлы римской юрисдикціи, лицо, отдававшее свою собственность въ наймы перегринамъ, очевидно, особенно нуждалось въ обезпеченіи своихъ правъ. Единственнымъ выходомъ изъ такого затрудненія было установленіе залога. При этомъ, однако, не

¹⁾ § 7. I. de actionibus. 4. 6. 1.9. § 2. D. de pign. act. 13. 7. Isid. Orig. V. 25. 24.

могло быть и рѣчи о томъ, чтобы наниматель передавалъ лицу, отдающему въ наймы — владѣніе своимъ движимымъ нерѣдко, единственнымъ имуществомъ; онъ не могъ также согласиться перенести на отдающего въ наймы — владѣніе своими движимостями и затѣмъ испросить это владѣніе обратно — *precario*, потому что ему не было расчета заключать договоръ, по которому бы онъ могъ быть, ежеминутно и совершенно произвольно, лишенъ владѣнія предметами, необходимыми для жизни.

Поэтому, обыкновенно, довольствовались простымъ закладнымъ договоромъ, причемъ, отдающій въ наемъ имѣлъ единственное, но въ то же время достаточное обезпеченіе въ правѣ воспрепятствованія удаленію нанимателю со всѣмъ его имуществомъ (*illata*), пока не было заплачено за наемъ.

Впослѣдствіи, способы обезпеченія требованій, практиковавшіеся при договорѣ найма стали примѣняться и при арендномъ договорѣ ¹⁾. Обыкновенно, колонъ не имѣлъ ничего, кромѣ своего имущественнаго инвентаря. Въ обезпеченіи правъ лица, отдающего въ аренду — этимъ инвентаремъ заключалась мысль, родственная съ мыслью о вышеуказанномъ обезпеченіи при наймѣ. *In jure cessio* была затруднительна и рискована, немедленная же передача владѣнія инвентаремъ лицу отдающему въ аренду — невозможною. Такимъ образомъ и здѣсь ретенція имущества (*illata*) арендатора, первоначально, была единственнымъ средствомъ обезпеченія правъ лица, отдающего въ аренду, хотя успѣхъ этого средства далеко не всегда равнялся успѣху его при договорѣ найма.

Такимъ образомъ, арендный договоръ содѣйствовалъ даль-

¹⁾ Договоръ найма практиковался въ Римѣ, несомнѣнно, ранѣе, чѣмъ аренда имѣній, развитію которой препятствовало то, что Римляне склонны были заниматься земледѣліемъ, лишь на столько, на сколько это могло быть совершаемо черезъ рабовъ.

нѣйшему развитію закладнаго права. Фактъ такого содѣйствія сохранился въ понятіи римлянъ до позднѣйшихъ временъ, вслѣдствіе того, что формулы закладныхъ исковъ прежде всего были рассчитаны на защиту отдающего въ аренду землевладѣльца и что закладныя права, установленныя для обезпеченія другаго рода требованій были защищаемы лишь посредствомъ исковъ, созданныхъ по аналогіи ¹⁾.

Такъ развивалась въ Римѣ идея объ установленіи залога путемъ простаго договора. Фактически, однако, обезпеченіе землевладѣльца, состоявшее въ запрещеніи и препятствіи удаленію арендатора съ заложеными движимостями становилось все болѣе и болѣе шаткимъ, по мѣрѣ расширенія территоріи римскаго государства. Оно могло быть достаточнымъ, пока землевладѣлецъ имѣлъ арендатора постоянно передъ глазами; арендаторъ же отдаленнаго имѣнія, въ отношеніи котораго, вслѣдствіе невозможности постоянного надзора, отдачу въ аренду предпочитали эксплуатаціи рабами, очевидно, могъ уйти съ арендуемой земли, забравъ съ собою все свое имущество, прежде, чѣмъ землевладѣлецъ могъ объ этомъ узнать и принять соотвѣтствующія мѣры.

Такое положеніе дѣлъ побудило къ установленію, въ видахъ болѣе удовлетворительной защиты лицъ, отдающихъ свою собственность въ аренду — такъ называемаго *interdictum Salvianum* ²⁾.

Время происхожденія названнаго интердикта не можетъ быть опредѣлено, даже приблизительно. Можно лишь предполагать, что *interd. Salvianum* не было продуктомъ обычнаго права, подобно другимъ интердиктамъ, не носившимъ

¹⁾ § 3. I. de interdictis. 4. 15. § 7. I. de actionibus. 4. 6.

²⁾ Gaj. IV. 147. *Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est.* Cp. § 3. I. de interdictis. 4. 15. Cp. также Columella, de re rust. I. c. 7.

имени автора, но было обязано своим происхождением реформатору, имя которого перешло на самый интердикт. Содержание *interd. Salvianum* спорно, в виду того, что подлинный текст интердикта не сохранился, а имѣющіяся указанія, касательно его содержания, противорѣчивы. Общее изображеніе *interd. Salvianum* можетъ быть сдѣлано лишь при помощи гипотезъ, такъ какъ лишь такѣмъ путемъ могутъ быть согласуемы два нижеуказываемые факта, повидимому, другъ другу противорѣчащіе.

Въ то время, какъ съ одной стороны несомнѣнно, что *interd. Salvianum* могло быть направляемо не только противъ самаго арендатора, но, согласно указаніямъ юристовъ Юліана и Ульпіана и противъ покупателя *illata* арендатора, противъ *extraneus* и противъ собственника заложенного имущества, а по указанію Теофила ¹⁾, даже и противъ каждаго владѣльца заложенными вещами ²⁾,—съ другой стороны оказывается, что *interd. Salvianum* было ограниченнымъ юридическимъ средствомъ, причемъ примѣненіе его, въ особенности противъ не арендатора, владѣвшаго иллатами—было поставлено въ зависимость отъ извѣстныхъ условій. Въ пользу послѣдняго говорить, касающаяся *interd. Salvianum*, конституція Кодекса Юстиніана ³⁾, равно какъ и то обстоятельство, что, не смотря на существованіе *interd. Salvianum*, оказалась надобность въ образованіи новаго закладнаго иска, извѣстнаго подъ названіемъ—*actio Serviana*.

Но дѣло въ томъ, что при проектированіи разбираемаго

¹⁾ Theophilus ad § 3 I. de interdictis. 4. 15.

²⁾ Отсюда, очевидно, должно быть отрицаемо воззрѣніе, защищаемое въ новѣйшее время, что *interd. Salv.* имѣло цѣлью защищать землевладѣльца отъ аннексии заложенныхъ вещей лишь со стороны арендатора.

³⁾ I. 1. C. de precario. 8. 9.

интердикта, могли имѣть въ виду лишь такое положеніе землевладѣльца, когда онъ осуществлялъ свое юридическое владѣніе заложенными вещами, привезенными на его землю—черезъ арендатора ¹⁾.

Если же землевладѣлецъ оказывался въ положеніи юридическаго владѣльца названными иллатами, то очевидно, что онъ могъ не только утверждать свое владѣніе посредствомъ *interdictum utrubi*, но и пріобрѣтать обратно отъ третьихъ лицъ, посредствомъ того же интердикта—потерянное владѣніе, причемъ однако, противъ незаконнаго владѣльца онъ долженъ былъ вчинить искъ въ теченіи одного года, противъ законнаго же владѣльца—прежде чѣмъ владѣлецъ этотъ успѣетъ провладѣть въ теченіи послѣдняго года долѣе, чѣмъ истецъ ²⁾. Желая же поставить землевладѣльца въ равное матеріальное положеніе съ залогопринимателемъ, понятно, что должны были дать ему возможность получать обратно *illata* и увезенныя съ его земли, причемъ, *adipisci possessionem*, подобно *recuperare* при *interdictum utrubi*, оставалось связаннымъ извѣстнымъ срокомъ.

Подобнымъ же образомъ, было признано, что и *interd. Salvianum* не подлежитъ дѣйствію дарчости до тѣхъ поръ, пока имущество (*illata*) арендатора остается на арендуемой землѣ, но что съ момента увоза названнаго имущества, *interd. Salvianum* можетъ быть примѣняемо противъ арендатора, равно какъ и лица знавшаго объ арендномъ отношеніи, лишь въ теченіи одного года, противъ третьяго же владѣльца, который, пріобрѣтая владѣніе, не зналъ о существованіи аренднаго отношенія—примѣненіе *interd. Salvianum* приводило къ желаемой цѣли

¹⁾ Это предположеніе раздѣляютъ Huschke, Studien стр. 373 и Rudorff, Pfandklagen, стр. 221. Оба, однако, не дѣлаютъ соответствующихъ выводовъ.

²⁾ Gaj. IV. 150. 1. pr. D. de utrubi. 43. 31.

лишь въ случаѣ если отвѣтчикъ владѣлъ заложенными вещами въ теченіи меньшаго времени послѣдняго года, чѣмъ то, въ теченіи котораго вещи эти находились на арендуемой землѣ. Доказательствомъ того, что право на примѣненіе *interd. Salvianum* принадлежало землевладѣльцу лишь съ вышеуказаннымъ ограниченіемъ, служить также форма интердикта. Форма эта была, какъ и форма *interd. utrubi*, по образцу котораго было создано *interd. Salvianum* и къ которому оно примыкало въ общемъ рядѣ интердиктовъ — прогибиторною ¹⁾, т. е., что преторъ запрещалъ владѣльцу оказывать сопротивление собственнику земли при увозѣ заложенныхъ *illata*. Послѣдствіемъ же такой формы было то, что процессъ вели *cum roena*, т. е. что отвѣтчикъ, въ случаѣ если притязаніе истца оказывалось основательнымъ, подвергался тяжелому наказанію. Подобный процессъ могъ также имѣть мѣсто, когда дѣло шло о владѣльцѣ только что получившемъ владѣніе движимою вещью и не сдѣлавшемъ еще *superior* въ *interd. utrubi*; когда же такой процессъ примѣнялся въ отношеніи владѣльца, который владѣлъ въ теченіи долгихъ лѣтъ, тогда, очевидно, онъ являлся неблагоприятнымъ и слишкомъ жестокимъ.

Приведенныя разсужденія, по мнѣнію Дернбурга ²⁾, разъясняютъ и указаніе (l. 1. C. de precario. 8. 9. Gordianus A. Aristoni):

Si, te non remittente pignus, debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi jus est ea persequi, non interdicto Salviano (idenim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit), sed Ser-

¹⁾ Это мнѣніе раздѣляютъ: Dernb. Pfandr. I. стр. 59; Rudorff, Pfandkl. стр. 210; Bachofen, Pfandr. стр. 13; Keller, Recension стр. 977.

²⁾ Dernb. Pfandr. I стр. 60.

viana actione, vel quae ad exemplum ejus instituitur utili adversus emptorem exercenda P. P. VI. Id. Septemb. Pio et Pontiano cons. 238.

Въ цитированныхъ словахъ содержится, очевидно, отвѣтъ спрашивающему, который, по всей вѣроятности, указывалъ, что арендаторъ продалъ безъ его согласія болѣе $\frac{1}{2}$ года тому назадъ — часть *illata* и интересовался знать потерялъ ли онъ, спрашивающій, свое закладное право, въ отношеніи проданныхъ вещей или онъ можетъ пользоваться *interd. Salvianum*. На это императоръ и отвѣчалъ, что если согласіе на продажу дано не было, то закладное право не потеряно (*integrum est*), но что *interd. Salvianum* въ данномъ случаѣ можетъ быть примѣняемо, лишь относительно должника и арендатора, противъ покупателя же можно пользоваться лишь *actione Serviana*, относительно предметовъ, которые *tempore conventionis* состояли уже въ имуществѣ арендатора и — *actione Serv. util.*, относительно тѣхъ предметовъ, которые арендаторъ приобрѣлъ впоследствии.

Объ указанной выше своеобразной давности *interd. Salvianum* въ Юстиновой компиляціи, безъ сомнѣнія, не должно было быть и рѣчи, почему ссылки на нее въ разбираемомъ мѣстѣ и не имѣется и самыя слова *interd. Salvianum* вычеркнуты. Весьма, однако, понятно, что въ Юстинианово время, въ виду того, что интердиктъ потерялъ свой специфическій характеръ, вслѣдствіе уничтоженія прежняго процесса — указанныя ограниченія иска считались непрактичными тѣмъ болѣе, что своеобразныя нормы *interdictum utrubi* этого прототипа *interd. Salvianum* были въ то время также отмѣнены.

На основаніи вышеизложеннаго, можно заключить, что *interd. Salvianum* остановилось какъ бы на полдорогѣ. Нѣтъ ничего удивительнаго поэтому, что со стороны землевладѣльцевъ, за которыми было признано закладное право на имущество (*illata*) колона, вскорѣ были заявлены новыя еще большія

претензіи. Почему, въ самомъ дѣлѣ, получивъ право на *illata*, спустя короткое время, землевладѣльцы имѣли менѣе правъ, чѣмъ тѣ, которымъ колонъ уступалъ вещь вполнѣ? Вѣдь и фидуція давала длящееся право противъ каждого третьяго лица, которое получало вещь вполнѣ, а первоначально наѣмъ колона заключалось, очевидно, въ желаніи доставить землевладѣльцу право, подобное тому, которое порождаетъ фидуція. Названнымъ притязаніямъ уступилъ преторъ Сервій, установивъ *actio Serviana* ¹⁾, вслѣдствіе чего землевладѣлецъ, которому были заложены *illata* его арендатора, получалъ право вчинять вещный искъ противъ каждого владѣльца заложенной вещи, до тѣхъ поръ, пока его притязаніе не уничтожалось или не получало удовлетворенія. Когда именно была введена *actio Serviana*, неизвѣстно. Повидимому, однако, все говоритъ противъ, прежде весьма распространеннаго, предположенія, что *actio Serviana* была введена Сервіемъ Сульпиціемъ, другомъ Цицерона. Извѣстно, что названный Сервій Сульпицій вовсе не занималъ должности городского претора и что поэтому *actio Serviana*, несомнѣнно, происхожденія болѣе древняго. Имена Сервіевъ Сульпиціевъ встрѣчаются въ спискахъ высшихъ должностныхъ лицъ, уже съ первыхъ годовъ республики (уже съ 253 г. а. н. с.) и постоянно повторяются. Весьма вѣроятно, поэтому, предполагать, что *actio Serviana* была предложена однимъ изъ членовъ названной вліятельной семьи, но опредѣлить кѣмъ именно это было сдѣлано—невозможно.

Вышеуказаннымъ, повидимому, могутъ быть разъяснены недоумѣнія многихъ о томъ, почему закладные иски развились впервые при арендныхъ отношеніяхъ, а не при болѣе древнемъ и болѣе распространенномъ *pignus*. Закладные иски воз-

¹⁾ § 7. I. de actionibus. 4. 6.

никли не въ виду случаевъ, въ которыхъ залогоприниматель владѣлъ заложеннымъ объектомъ, ибо въ такихъ случаяхъ кредиторъ обыкновенно бывалъ доволенъ, будучи достаточно защищенъ своимъ владѣніемъ. Они не могли также возникнуть и при закладныхъ договорахъ, при которыхъ кредиторъ не вступалъ ни въ какое фактическое отношеніе къ вещи, ибо заключеніе такихъ договоровъ стало благоразумнымъ лишь послѣ того, какъ преторъ установилъ закладной искъ, которымъ можно было пользоваться для ихъ защиты. Наиболѣе удобной почвой для возникновенія закладнаго иска было именно арендное отношеніе, при которомъ кредиторъ не оставался безъ всякой защиты, но при которомъ существующая защита оказывалась недостаточной.

Реформа, произведенная *actione Serviana*, хотя сначала и ограничивалась лишь узкой областью сельской аренды, тѣмъ не менѣе, въ основаніи своемъ, имѣла мысль, что всякій кредиторъ, въ пользу котораго собственникъ установилъ закладное право посредствомъ простаго договора, безъ передачи владѣнія заложенной вещью, получалъ вслѣдствіе этого право преимущественное передъ правами прочихъ лицъ, которыя приобрѣтали вещныя права, относительно той же вещи, лишь вполнѣ. Въ этомъ же заключался зачатокъ преобразованія всей системы закладнаго права.

Въ общее употребленіе, залогъ въ формѣ ипотеки вошелъ лишь постепенно. Примѣняя новую форму залога въ такихъ случаяхъ, когда цивильное закладное право, равно какъ и *pignus* были немыслимы, напримѣръ, когда выдавалась ссуда подъ залогъ корабля или груза, вполнѣ, мало по малу, стали устанавливать ипотеку и въ случаяхъ, когда хотя и можно было бы обратиться къ фидуціи, но установленіе ипотеки было удобнѣе для контрагентовъ.

Завершеніе начавшагося развитія было сдѣлано преторомъ, путемъ установленія постоянной *actio quasi Serviana*, называемой также *actio hypothecaria*, для защиты всякаго

рода закладныхъ договоровъ ¹⁾, а не только—связанныхъ съ аренднымъ отношеніемъ.

Время установленія *actio quasi Serviana* спорно. Большинство ²⁾ относитъ признаніе полной исковой силы за простымъ договорнымъ залогомъ ко времени послѣ Цицерона, къ эпохѣ, слѣдовательно, исполнѣ окрѣпшаго преторскаго вліянія, когда преторское право было признано исполнѣ самостоятельнымъ источникомъ гражданскаго права. Такое предположеніе, по-видимому, подтверждается тѣмъ, что въ сочиненіяхъ многихъ писателей, которые занимались анализомъ всякаго рода юридическихъ отношеній, объ ипотекахъ упоминается очень рѣдко, главнымъ же образомъ лишь касательно земель, лежавшихъ въ греческой части государства.

Вѣрнѣе, однако, предполагать, что *actio quasi Serviana* происхожденія гораздо болѣе древняго и появленіе ея слѣдуетъ отнести ко времени аннибальской войны или къ непосредственно слѣдующимъ за нею десятилѣтіямъ. Въ защиту такого предположенія имѣются вѣншія свидѣтельства и внутреннія основанія. Особенно убѣдительными являются указанія на закладное право у Плауція и Теренція. Въ названныхъ указаніяхъ нельзя видѣть ссылки ни на *pignus*, ни на *fiducia*. Въ выраженіи же *pignori opponere* должно видѣть національное выраженіе, принятое для обозначенія залога въ формѣ простаго договора ³⁾. Хотя какъ Плацій,

¹⁾ § 7. I. de actionibus 4. 6. Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur.

²⁾ Hugo, *Rechtsgesch.* стр. 449; Schweppe, *Rechtsgesch.* § 288.

³⁾ Указаннымъ выраженіемъ пользуется позднѣе и Катувль (*ad Furium.* 26).

такъ и Теренцій, говоря о договорномъ залогѣ и указываютъ, что мѣстомъ дѣйствія названныхъ договоровъ, болѣею частью, являлась Греція, тѣмъ не менѣе выборъ выраженія (*pignori opponere*) указываетъ на то, что мы имѣемъ дѣло съ институтомъ, ставшимъ уже національнымъ. Но прежде, чѣмъ былъ установленъ соотвѣтствующій искъ, прежде чѣмъ могли разсчитывать на защиту посредствомъ *actio quasi Serviana*, очевидно, что никто не могъ довольствоваться залогомъ въ формѣ *pignori opponere*—земель, домовъ. Отсюда, можно признать, что и извѣстныя закладныя формулы, сохранившіяся въ сочиненіи Cato Cens.—de re rustica (с. 146) были примѣняемы въ виду *actio quasi Serviana*. Названные формулы предполагали судебное признаніе закладнаго договора, онѣ трактовали о *judicium*, которое должно было имѣть мѣсто въ Римѣ, онѣ же содержали опредѣленіе, что унесенное имущество должно было быть возвращено *domino*, — что, безъ соотвѣтствующаго иска, оставалось бы мертвою буквой. Въ виду же того, что въ указанномъ случаѣ вовсе не имѣлъ мѣста арендный договоръ, очевидно, что примѣненіе въ данномъ случаѣ *interd. Salvianum* было затруднительно и мы можемъ тѣмъ болѣе думать объ *actio quasi Serviana*, что вышеназванныя указанія Плауція и Теренція дѣлаютъ вѣроятнымъ, что *actio quasi Serviana* была уже извѣстна и въ употребленіи. Установленіе *actio quasi Serviana* составляетъ поворотный пунктъ въ исторіи закладнаго права. То, что прежде, цивильное право доставляло путемъ пространныхъ, часто затруднительныхъ формъ, а именно, независимость права кредитора отъ позднѣйшихъ распоряженій залогодателя, защиту противъ позднѣйшихъ приобретателей, то теперь доставлялъ простой договоръ. И если при этомъ не могли опираться на цивильное право, но должны были обращаться къ услугамъ претора, то практически такой недостатокъ чувствовался тѣмъ менѣе, чѣмъ чаще возобновлялся эдиктъ претора, чѣмъ чаще и общнѣе онъ примѣ-

нялся. Для юриста-историка, однако, представляет интерес не только фактъ введенія названнаго юридическаго средства, но являются достойными вниманія и опредѣленія, касательно условий, наличность которыхъ требовалась преторомъ для выигрыша дѣла. Въ виду этого весьма важно обратиться къ разсмотрѣнію формулъ соотвѣтствующихъ закладныхъ исковъ.

Знаніе формулы закладныхъ исковъ важно для уразумѣнія началъ теоріи закладнаго права потому, что въ формулѣ непосредственно отражается правовозрѣніе того времени, когда впервые была пропонирована *actio quasi Serviana*. Кроме того, формула представляетъ интересъ еще и въ виду того, что юристы, при созданіи доктрины закладнаго права, несомнѣнно, должны были считаться съ сопровождавшими формулу клаузулами и опредѣленіями, если даже они и не привязывались рабски къ словамъ формулы. Отсюда, обращеніе къ формулѣ можетъ облегчить пониманіе аргументацій названныхъ юристовъ, сомнѣній, которыя они должны были разяснять и препятствій, которыя должны были побуждать.

Было бы, однако, крайне ошибочно видѣть въ немногихъ словахъ исковой формулы — ключъ къ уразумѣнію общаго развитія римскаго закладнаго права. Теорія закладнаго права развилась, прежде всего, изъ внутренней природы закладнаго отношенія, какъ вещнаго права; исковая формула стояла на второмъ планѣ, и имѣла для указаннаго развитія значеніе лишь условное. Это подтверждаетъ даже поверхностное сравненіе формулы *actio quasi Serviana* съ доктриной развитаго закладнаго права.

Къ сожалѣнію, мы не имѣемъ отъ классическаго времени, ни одного указанія, которое передавало бы названную формулу во всей ея полнотѣ. Сохранились различные фрагменты, отдаленные намеки на части формулы, но болѣе опредѣленныхъ извѣстій, касательно внѣшней формы иска, не имѣется.

Нѣкоторые ученые ¹⁾ полагаютъ, что закладной искъ общался при посредствѣ фикціи о томъ, что вещи переходятъ въ собственность истца, какъ будто на основаніи манципации (*formula fictitia*), причемъ указываютъ, что преторъ выставилъ для разбираемой цѣли *in factum actio*. Большинство же юристовъ-историковъ ²⁾ утверждаетъ, что въ разбираемой формулѣ преторъ не обращалъ вниманія на цивильное право, но просто перечислялъ фактическія условія кондемнаціи (*actio in factum*). Согласно третьему воззрѣнію ³⁾, закладной искъ первоначально былъ *fictitia* и лишь впоследствии получилъ форму — *a. in factum*. Но перемѣна однажды пропонированной формулы была не въ духѣ римскаго права. Содѣйствовать устраненію встрѣчающихся недостатковъ старались посредствомъ интерпретаціи, *exceptiones*, *actiones utiles*, и не легко рѣшались замѣнить старую форму иска, къ которой примыкали интерпретація и выработка новыхъ юридическихъ принциповъ — новой формой. Во всякомъ случаѣ, при наличности такого измѣненія, новая формула была бы названа по имени ея творца, а не носила бы имя прежней формулы. Между тѣмъ какъ на измѣненіе названія разбираемаго иска никакихъ указаній не имѣется.

Наиболѣе, поэтому, вѣрнымъ будетъ признаніе разбираемаго иска за *actio in factum concepta* ⁴⁾.

Если бы судья, на основаніи фикціи разсматривалъ залогопринимателя, какъ собственника, то закладной искъ, какъ *actio in rem* былъ бы идентиченъ въ своихъ деталяхъ съ

¹⁾ Haup. Mühlenbruch, Cess.

²⁾ Francke, civil. Abh. стр. 117. Keller, Litisc. стр. 217. прим. 27 и Recens. стр. 981 и сл. Huschke, Lindes-Zeitschr. B. 20. стр. 168. Rudorff, Pfandkl. стр. 206.

³⁾ Bachofen, Pfandr. стр. 39. и сл.

⁴⁾ Cp. Dernb. Pfandr. I. стр. 78.

искомъ о собственности, между тѣмъ какъ такой идентичности вовсе не существовало.

Быль бы разбираемый искъ—*actio fictitia*, то очевидно, что перегрины не могли бы получать право ипотеки относительно итальянскихъ земель, тогда какъ несомнѣнно, что общая тенденція заключалась въ привлеченіи въ оборотъ и капиталовъ, принадлежавшихъ перегринамъ.

Нельзя также признать, что *formula fictitia* была болѣе древнею, чѣмъ *actio in factum*. Наконецъ, въ пользу признанія *actio hypothecaria* за *actio in factum*—говоритъ еще и то, что въ источникахъ не осталось никакого слѣда фикціи, ни малѣйшихъ намековъ на нее, тогда какъ если бы подобная фикція существовала, то несомнѣнно, она обратила бы на себя вниманіе римскихъ писателей и мы имѣли бы отъ нихъ хоть какія нибудь соотвѣтствующія указанія ¹⁾).

Общій видъ разбираемой формулы, по всей вѣроятности, былъ слѣдующій:

Judex esto.... Si paret Stichum q. d. a. Lucii Titii in bonis fuisse eo tempore, quo inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenit, ut Stichus q. d. a. propter pecuniam creditam ²⁾ Aulo Agerio pignoris nomine sit obligatus eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisfactum esse neque per A^m A^m stare quo-

¹⁾ Касательно матеріальныхъ составныхъ частей формулы наиболѣе ясные намеки сохранились въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ:

1. 13. § 1. D. ad SC. Vellej. 16. 1.
1. 19. C. de usuris 4. 32.
1. 11. § 4. D. qui pot. 20. 4.
1. 13. § 4. D. de pign. et hyp. 20. 1.
1. 30. § 1. D. de exc. rei jud. 44. 2.
1. 6. pr. D. quib. m. pign. 20. 6.
- ²⁾ Cp. 1. 4. D. de pign. et hyp. 20. 1.

minus ea pecunia solvatur nisi Numerius Negidius A^o A^o arbitrato tuo restituet, judex N^m N^m A^o A^o quanti Stichus q. d. a. erit, condemna s. n. p. a.

Впереди всего, такимъ образомъ, указывалось состояніе *in bonis* залогодателя, потому что въ этомъ заключалось основаніе вещной силы иска, вслѣдствіе чего формула приближалась къ цивильнымъ виндикаціямъ.

Согласно приведенной формулѣ очевидно, однако, что условія, которыя преторъ считалъ необходимыми для признанія основательнымъ иска лица, пользовавшагося *actione quasi Serviana*—относились къ развитой доктринѣ закладнаго права, совершенно также, какъ эскизъ относится къ законченной картинѣ, какъ опредѣленія законовъ XII т. относятся къ развитому, хотя и на нихъ же основанному *jus civile*.

Какъ въ общемъ, такъ и въ деталяхъ, развитіе подчинялось внутреннимъ законамъ и было вполне самостоятельнымъ.

Такъ, согласно буквальному смыслу формулы требовалось, чтобы заложенъ былъ именно тотъ предметъ, который составлялъ объектъ закладнаго иска; тогда какъ, согласно развитой доктринѣ, закладное право сохраняется даже и въ томъ случаѣ, когда съ объектомъ залога произошли видоизмѣненія ¹⁾. Далѣе, въ то время какъ формула имѣетъ въ виду установленіе залога — *propter pecuniam*, потому что первоначально имѣли въ виду случай ссуды—юриспруденція, выходя за предѣлы формулы, признала возможность установленія залога и для обезпеченія требованій другого рода ²⁾. Формула требовала, чтобы стороны заключали договоръ объ установленіи залога, причемъ кредиторъ могъ виндигировать отъ

¹⁾ Существованіе же узупфрукта, напр., при такихъ обстоятельствахъ очевидно, должно бы было прекратиться (1. 29. § 2. D. de pign. et hyp. 20. 1. cp. 1. 5. § 2. D. quib. m. usufr. 7. 4).

²⁾ 1. 9. § 1. D. de pign. act. 13. 7.

владѣльца заложенную ему вещь даже и до наступленія условія, подъ которымъ эта вещь была заложена; позднѣйшая же юриспруденція препятствуетъ примѣненію разбираемаго иска въ названномъ случаѣ, т. е. до наступленія срока условія. Съ другой стороны, позднѣйшая юриспруденція смотритъ на закладное право не только какъ на средство, которымъ частныя лица, заключающія закладной договоръ, обезпечиваютъ самихъ себя, но признаетъ, что посредствомъ залога—и законъ можетъ охранять тѣ притязанія, которыя онъ беретъ подъ свою защиту подъ предлогомъ—*pignus tacite constituitur*. На ряду съ этимъ, подъ понятіе закладнаго права было подведено и *pignus praetorium*; было признано также, что закладное право можетъ быть устанавливаемо посредствомъ одностороннихъ завѣщательныхъ распоряженій. Сколь ни глубоко, повидимому, основаніе требованія формулы, чтобы закладываемый объектъ *tempore conventionis*—былъ *in bonis* залогодателя, тѣмъ не менѣе позднѣйшая юриспруденція признаетъ закладное право совершеннымъ лишь въ случаѣ если залогодатель состоитъ собственникомъ закладываемой вещи, тогда какъ *in bonis*—былъ какъ собственникъ, такъ и *bonae fidei possessor*, въ послѣднемъ же позднѣйшая юриспруденція охраняетъ право собственника и права его наслѣдниковъ лишь посредствомъ *exceptiones*.

Съ теченіемъ времени, признается также возможнымъ закладываніе будущихъ приобрѣтеній. Въ виду же *actiones utiles*, закладное право становится возможнымъ даже въ случаѣ если залогодатель не былъ собственникомъ во время заключенія закладной сдѣлки, но приобрѣлъ владѣніе впоследствии. Разбираемая формула не указываетъ также того, какіе предметы могутъ быть закладываемы и насколько запрещеніе отчужденія данныхъ объектовъ препятствуетъ ихъ закладыванію. Точно также, формула ничего не говоритъ о закладываніи требованій и сервитутовъ.

Что касается до условій прекращенія закладныхъ исковъ,

то развитіе произошло и въ этомъ отношеніи. Въ то время какъ формула знала лишь *solutio* долга, да *satisfactio* должника, позднѣйшая юриспруденція выработала цѣлый рядъ основаній прекращенія закладнаго права, о которыхъ, формула не даетъ ни малѣйшаго понятія и которыя осуществлялись посредствомъ *exceptiones*. Такъ, нѣкоторыя законныя основанія погашенія требованій прекращаютъ и установленное, съ цѣлью обезпеченія этихъ требованій, закладное право; закладное право уничтожается также приобрѣтеніемъ залогопринимателемъ собственности на заложенную вещь; точно также *longi temporis praescriptio* служить къ освобожденію владѣльца отъ дѣйствія закладнаго иска. Однимъ словомъ, различіе между состояніемъ института закладнаго права, какъ оно выражалось въ *actio quasi Serviana*, и развитымъ закладнымъ правомъ обнаруживается въ любомъ изъ взятыхъ отношеній. Такимъ образомъ, очевидно, что сводить изображеніе современной догмы закладнаго права къ интерпретаціи ипотечарной исковой формулы¹⁾ совершенно невозможно. Невозможно это еще и потому, что названная формула не даетъ, да и не можетъ давать никакихъ указаній ни о матеріальныхъ полномочіяхъ залогопринимателя, ни о правѣ на владѣніе и узуфруктъ, ни о правѣ продажи и ея юридическихъ послѣдствіяхъ, ни объ очереди нѣсколькихъ закладныхъ правъ, ни о юридическомъ положеніи залогодателя.

Со введеніемъ залога въ формѣ ипотеки, продолжавшейся практиковаться, залогъ въ формѣ *pignus* приобрѣлъ ту защиту, которая выработалась для залога, въ формѣ ипотеки. Идея закладнаго права приобрѣла, такимъ образомъ, одинаковое выраженіе, какъ въ ипотекахъ, такъ и въ *pignus*. Особенность *pignus*—владѣніе заложенной вещью—не имѣла

¹⁾ Какъ это пытался, но не успѣлъ сдѣлать Bachofen (Pfandr.).

теперь существеннаго значенія и самое понятіе *pignus* отождествлялось съ понятіемъ *hypotheca*.

Въ связи съ этимъ, въ послѣдствіи, слово *pignus* стали употреблять въ значеніи болѣе широко, въ слѣдствіе отношенія къ понятію *pignus*, какъ типическихъ случаевъ заклада, въ формѣ *pignus*, въ его первоначальномъ видѣ, такъ и случаевъ, подходившихъ подъ понятіе ипотеки.

Въ виду такого расширеннаго значенія слова *pignus*, согласно указанію юриста Марціана, на примѣръ, различіе между *pignus* и *hypotheca* сводится лишь къ различію названій.

Inter pignus autem et hypothecam, говоритъ Марціанъ ¹⁾, *tantum nominis sonus differt.*

Подобнымъ же образомъ, въ § 7. I. de actionibus. 4. 6, хотя и указывается на особенности *hypotheca*, въ сравненіи съ *pignus*, тѣмъ не менѣе, въ виду однородности исковъ, присущихъ залогопринимателю, какъ при ипотекахъ, такъ и при *pignus*, говорится, что

inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest.

Таковы основныя черты общей исторіи развитія римскаго закладнаго права.

Въ заключеніе необходимо сдѣлать еще нѣсколько дополнительныхъ замѣчаній, касательно общаго развитія права продажи при договорномъ залогѣ.

Въ виду того, что закладное право не принадлежитъ къ правамъ, пазначеніе которыхъ состоитъ въ доставленіи непосредственнаго пользованія извѣстными выгодами, но имѣетъ въ виду лишь доставленіе обезпеченія извѣстнаго требованія и удовлетвореніе по этому требованію, имѣетъ своею задачею доставленіе пользованія, въ видахъ обез-

¹⁾ 1. 5. § 1. D. de pign. et hyp. 20. 1.

печенія кредита, всѣми годными для того средствами, очевидно, что необходимо должно быть признано право продажи залога. Хотя и несомнѣнно, что обезпеченіе залогопринимателя достигается и простымъ правомъ владѣнія заложенной вещью, потому что владѣніе названною вещью, со стороны кредитора, препятствуя пользованію должника, тѣмъ самымъ составляетъ косвенное средство принужденія къ уплатѣ долга, а пользованіе кредитора плодами заложенной вещи составляетъ прямое возмѣщеніе, тѣмъ не менѣе, указанныя полномочія ведутъ къ цѣли залога лишь медленно и неопредѣленно, тогда какъ быстрое достиженіе названной цѣли обусловливается интересами кредита и требуется согласно задачѣ всего института закладнаго права. Продажа залога даетъ возможность моментальнаго удовлетворенія кредитора, причемъ, передавая въ его распоряженіе всю цѣнность вещи для погашенія требованія, она приводитъ къ быстрому и вполне совершенному разрѣшенію существующаго отношенія. Въ виду сказаннаго, несомнѣнно, что право продажи залога должно являться существенною составною частью всякаго развитаго закладнаго права. Если и встрѣчаются законодательства, въ которыхъ продажа залога, по крайней мѣрѣ въ отношеніи недвижимостей, допускается лишь въ ограниченномъ видѣ, или по общему правилу даже отрицается, то основаніемъ этому является одностороннее преслѣдованіе тенденціи закрѣпленія земельной собственности за извѣстными лицами и фамиліями. Эта тенденція преслѣдовалась въ Германіи въ періодъ среднихъ вѣковъ; остатки ея сохранились и до настоящаго времени. Но въ Римѣ, гдѣ свободное отчужденіе земельной собственности было съ древнѣйшаго времени принципомъ, гдѣ никогда не существовало объективныхъ препятствій права продажи залога—несомнѣнно, что названное право продажи могло быть признано издавна.

И дѣйствительно, какъ мы видѣли выше, право продажи

было санкционировано при фидуции; закладное же право государства — предіатура основывалась даже исключительно на правѣ продажи, принадлежавшемъ государству.

Признание принципиальнаго права продажи залога за *scheditor pignoratitius* было, тѣмъ не менѣе, результатомъ продолжительнаго развитія. Отсутствие права продажи нельзя отрицать въ то время, когда *pignus* занимало второстепенное мѣсто въ дѣловомъ оборотѣ, когда примѣнялось, главнымъ образомъ, въ оборотѣ между сосѣдями и знакомыми, гдѣ осуществленіе строгаго права продажи было бы неудобно. Потребность признанія права продажи за ипотекаріемъ, также какъ это право принадлежало кредитору, которому вещь была фидуцирована, обнаружилась лишь послѣ того, какъ расширилась сфера дѣйствія договорнаго залога, лишь послѣ того, какъ залогъ въ формѣ простаго договора получилъ юридическую защиту, вслѣдствіе установленія *actio Serviana* и *actio quasi Serviana* и послѣ того, какъ стали пользоваться ипотекой съ цѣлью обойти формы фидуции.

Удовлетвореніе названной потребности встрѣчало, однако, весьма существенныя затрудненія. Какимъ образомъ, спрашивается, кредиторъ, который не имѣлъ права собственности на заложенную вещь могъ передавать право собственности на эту вещь третьему лицу, когда согласно основному фундаментальному принципу—*nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet* ¹⁾?

Въ виду несогласія между потребностями жизни и утвердившимся юридическимъ принципомъ обратились, какъ мы видѣли выше, къ компромиссу. Прибавляли къ закладному договору, въ случаѣ если кредиторъ не устанавливалъ *lex commissoria*—выраженное соглашеніе о продажѣ залога и изъ него выводили полномочіе кредитора продавать зало-

¹⁾ I. 54. D. de R. J. 50. 17.

женную вещь, передавать право собственности на нее покупателю. Когда послѣдовало такое нововведеніе, хотя и невозможно указать съ точностью, тѣмъ не менѣе, нельзя утверждать, подобно Бахофену ¹⁾ напр., что полномочіе ипотекарія впредь до императорскаго времени ограничивалось пользованіемъ плодами заложенной вещи, что соглашеніе о продажѣ возникло лишь незадолго до Ульпіана. Согласно указаніямъ древнихъ писателей, обычай соглашенія о продажѣ залога долженъ быть признанъ происхожденія весьма древняго ²⁾. Необходимость особаго установленія названнаго соглашенія сохранилась, тѣмъ не менѣе, до 1-го столѣтія имперіи. Еще и въ эту эпоху продажа залога, совершаемая при отсутствіи названнаго соглашенія считалась недѣйствительною, разсматривалась какъ *furtum* и влекла за собою наказаніе.

Такое заключеніе подтверждается указаніемъ Яволена (I. 73. D. de furtis. 47. 2. libro 15. ex Cassio):

Si is, qui pignori rem accepit, quum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit, aut antequam dies venditionis veniret, pecunia non soluta, id fecit, furti se obligat.

Подобнымъ же образомъ Гай ставить право продажи залога въ зависимость отъ соотвѣтствующаго соглашенія:

Ex diverso, говоритъ Гай (II. 64.), agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum... item creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.

¹⁾ Bachofen, Pfandr. стр. 157.

²⁾ Ср. I. 15. § 32. D. de injuriis 47. 10. I. 35. D. de pign. et hyp. 20. 1.

Аналогичныя же указанія встрѣчаются нерѣдко и у другихъ классическихъ писателей. Такимъ образомъ, полномочіе, которое практически является самымъ важнымъ въ области закладнаго права, должно было быть специально оговариваемо при заключеніи закладнаго договора. Положимъ, что и при установленіи фидуціи, должно было прибавлять выраженный договоръ о продажѣ заложенной вещи, но при фидуціи это практиковалось вовсе не для того, чтобы дать кредитору возможность передавать право собственности, но лишь для того, чтобы устранить отвѣтственность въ *judicium fiduciae*, ибо при фидуціи все было связано съ выраженными и формальными объявленіями.

Въ императорское время необходимость соглашенія о продажѣ залога является уже откликомъ прошедшаго времени. Сохраненіе названнаго соглашенія можетъ быть объяснено лишь расположеніемъ древняго права къ словесному выраженію, преобладаніемъ выраженаго надъ невыраженнымъ, которыя продолжали сохраняться и въ императорскій періодъ. Но остановиться въ такомъ состояніи развитіе не могло.

Въ позднѣйшее классическое время имперіи, какъ указало выше, особаго выраженаго соглашенія о продажѣ *fiducia*, равно какъ и *pignus* уже не требуется; признается, что даже выраженное при заключеніи закладнаго договора запрещеніе кредитору продавать залогъ, въ случаѣ неуплаты соответствующаго долга не можетъ лишать кредитора прямого средства прекращенія закладнаго отношенія.

Такимъ образомъ вырабатывался взглядъ на право продажи залога, какъ на нѣчто само по себѣ вытекающее изъ закладнаго договора, какъ на нѣчто необходимое (*venditio ex necessitate facta*. Paulus. l. 9. pr. D. de distr. pign. 20. 5).

Впрочемъ, вышеуказанное *pactum de vendendo*, съ древнѣйшаго времени, было поставлено въ весьма выгодное положеніе, даже и тогда, когда оно устанавливалось безъ

соблюденія соответствующихъ правилъ. Нормально *pactum de vendendo* должно было быть принимаемо безлично (*in rem*), т. е. чтобы къ продажѣ заложенной вещи были уполномочены не только самъ залогоприниматель, но и его наслѣдники ¹⁾. Однако, если названный договоръ касался лишь личности, заключившаго его кредитора, то и тогда юриспруденція посредствомъ *benigna interpretatio*, признавала право на продажу залога не только за залогопринимателемъ, но и за его наслѣдниками ²⁾.

Далѣе, по общему правилу, побочные договоры, прибавляемые къ *bonae fidei contractus*, съ цѣлью расширенія правъ контрагента должны были быть оговорены *in continenti*, непосредственно при заключеніи главнаго договора ³⁾. Въ виду этого должно было бы требовать для дѣйствительности *pactum de vendendo*—заключеніе его также не иначе какъ въ моментъ установленія закладнаго отношенія, между тѣмъ юриспруденція признала дѣйствительность соглашеній о продажѣ, даже если они были прибавляемы къ закладному отношенію впоследствии ⁴⁾. Этимъ же юриспруденція косвенно признала, что въ данномъ случаѣ идетъ рѣчь вовсе не о чуждомъ закладному отношенію полномочіи кредитора, но именно о развитіи, о ближайшемъ подтвержденіи правъ

¹⁾ Примеръ подобнаго пониманія представляетъ договоръ, упоминаемый въ l. 4. C. de pign. act. 4. 24: *Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pignoratitiam actionem.*

²⁾ l. 8. § 4. D. de pign. act. 13. 7. Cp. l. 7. § 8. D. de pactis. 2. 14.

³⁾ l. 7. § 5. D. de pactis. 2. 14. l. 72. pr. D. de contr. emt. 18. l. 1. 13. C. de pactis. 2. 3.

⁴⁾ l. 4. D. de pign. act. 13. 7.

кредитора, вытекающих из принадлежащего ему залогового права.

Какъ указано выше, съ половины 2-го столѣтія допускали продажу залога, даже если и не было сдѣлано условія о продажѣ, даже если существовала оговорка, запрещающая продажу залога, если только кредиторъ три раза приглашалъ должника къ уплатѣ долга ¹⁾).

Необходимость троекратнаго объявленія придавала процессу формальность, дѣлала напоминаніе настоятельнымъ, облегчала возможность извѣщенія должника, находящагося въ отсутствіи, давала, наконецъ, должнику извѣстный срокъ, въ теченіи котораго онъ могъ добыть средства, необходимыя для уплаты долга. На число же денунціаций могло имѣть вліяніе то, что число 3 было у Римлянъ торжественнымъ числомъ при всякихъ очищеніяхъ. Извѣстій о томъ, какой промежутокъ времени долженъ былъ быть между тремя денунціациями не имѣется. Несомнѣнно, однако, что въ данномъ случаѣ Римляне руководствовались обычаемъ, о которомъ специально не высказывались. Новѣйшіе ученые спорятъ о названномъ промежуткѣ. Одни ²⁾ утверждаютъ, что указанные промежутки должны были быть опредѣляемы свободнымъ усмотрѣніемъ судьи; другіе же ³⁾—высказываются за такіе промежутки времени, изъ которыхъ было бы ясно, что напоминаніе должнику не привело къ цѣли. Но тогда, въ случаѣ неуплаты, напоминаніе должно было бы быть повторено, такъ какъ неуплата срочнаго долга, тотчасъ же послѣ интерпелляціи, становится просрочкою. Вѣроятно же всего предполагать ⁴⁾, что 10-днев-

¹⁾ Paul. rec. sent. II. 5. § 1. Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.

²⁾ Haup. Sintenis, Pfandr. стр. 510.

³⁾ Haup. Vangerow, Pand. § 379.

⁴⁾ Dernb. Pfandr. I. стр. 89.

ный срокъ, соблюдавшійся между тремя эдиктами претора ¹⁾, долженъ былъ соблюдаться и въ разбираемомъ случаѣ ²⁾).

Такой промежутокъ времени, не будучи коротокъ настолько, чтобы онъ не могъ принести пользы должнику, не былъ, въ то же время, настолько длиненъ, чтобы могъ быть тягостнымъ для кредитора и ослабляющимъ формальный характеръ акта.

Въ тотъ моментъ, когда было принято положеніе, что троекратная денунціация доставляла залогопринимателю право продажи, даже и въ случаѣ существованія оговорки, запрещавшей продажу, въ тотъ моментъ, завершилось принципиальное видоизмѣненіе залогового права. Съ тѣхъ поръ право продажи вошло въ составъ залогового договора. Прибавленіе особаго соглашенія о продажѣ могло облегчать формальности, но ни въ какомъ случаѣ не могло быть разсматриваемо какъ источникъ права продажи ³⁾. Въ соглашеніи касательно продажи вещи, ради удовлетворенія извѣстнаго требованія стали видѣть установленіе залогового права ⁴⁾).

Между тѣмъ, практика сдѣлала еще дальнѣйшій шагъ къ облегченію продажи, допустивъ продажу залога, во всѣхъ случаяхъ, когда продажа эта не запрещается залоговымъ договоромъ даже и послѣ одной денунціации, т. е. такъ, какъ будто, касательно продажи, существовало особое соглашеніе. Это вытекаетъ изъ указанія Ульпіана въ lib. 41 ad Sabinum l. 4. D. de pign. act. 13. 7, которое первоначально, по всей

¹⁾ l. 69. D. de judiciis. 5. 1. per intervallum non minus decem dierum.

²⁾ Donellus, de pignoribus. cap. 12.

³⁾ l. 46. D. de acquir. r. 41. 1. Cp. l. 12. § 10. D. qui pot. 20. 4. 1. 5. § 21. D. ut in poss. 36. 4. 1. 78. § 4. D. de legatis. II. 1. 25. § 14. D. fam. ercisc. 10. 2.

⁴⁾ l. 3. § 2. D. qui pot. 20. 4. Cp. l. 1. § 1. D. de pign. et hyp. 20. 1.

вѣроятности, стояло въ связи съ I. 28. D. de contr. emt. 18. 1. изъ той же книги. Указаніе это слѣдующее:

Si, convenit de distrahendo pignore sive ab initio, sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed et si non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat; ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit.

Первая фраза — приведеннаго фрагмента, очевидно, исходитъ изъ предположенія, что продажа залога возможна лишь вслѣдствіе особаго о томъ соглашенія и взята, по всей вѣроятности, изъ сочиненія Массурія Сабина, котораго комментируетъ Ульпіанъ. Начиная же со словъ *sed etsi*, слѣдуютъ, несомнѣнно, слова самого Ульпіана, въ которыхъ онъ и указываетъ на позднѣйшее воззрѣніе, принятое въ его время *in praxi*. Здѣсь Ульпіанъ, какъ легко видѣть, существенно однако отклоняется отъ вышеприведеннаго указанія Павла (*rec. sent. II. 5. § 1*). Въ то время, какъ Павелъ требуетъ, чтобы, въ случаѣ отсутствія спеціальнаго соглашенія о продажѣ залога, имѣли мѣсто три денунціаціи, Ульпіанъ не требуетъ подобной формальности.

Такая контроверза римскихъ юристовъ можетъ однако быть объясняема тѣмъ, что Павелъ, согласно болѣе раннему воззрѣнію, видитъ въ случаѣ если при установленіи залога, право продажи не оговорено — безусловное молчаливое обѣщаніе реституціи заложенной вещи, но вмѣстѣ съ тѣмъ и исключеніе права ея продажи; Ульпіанъ же, исходя изъ воззрѣнія позднѣйшаго времени, опирается на презумцію, что въ случаѣ умолчанія о продажѣ залога, соглашеніе о таковой продажѣ, какъ естественная составная часть залоговаго договора, должно быть супплировано, сообразно намѣренію сторонъ. Въ виду продолжавшагося развитія ученія о за-

кладномъ правѣ, подобныя различія во мнѣніяхъ не должны представляться удивительными и нѣтъ никакого основанія согласовывать насильственнымъ образомъ указанія названныхъ двухъ юристовъ ¹⁾. Особенно же невѣрно считать общимъ правиломъ римскаго права ²⁾, что продажа залога, въ случаѣ отсутствія соотвѣтствующей о ней оговорки, хотя и была не дѣйствительна по Павлу, но по указанію Ульпіана, не составляла *furtum*. Воззрѣніе Ульпіана получило подтвержденіе въ рескриптѣ Гордіана:

si cessante solutione creditor, non reluctante lege contractus... distraxit, revocari venditionem iniquum est.
(I. 7. C. de distr. pign. 8. 28).

Это же воззрѣніе перешло и въ Юстиніаново право, тогда какъ изреченіе Павла не было принято въ сборникъ Юстиніана.

Между тѣмъ, то обстоятельство, что первоначально право продажи залога не считалось необходимою составною частью правъ *creditor pigneratitius*, что въ древнѣйшее время для продажи залога требовалась наличность особаго о томъ соглашенія — привело нѣкоторыхъ новѣйшихъ писателей къ утвержденію, что право продажи залога, равно какъ и удовлетвореніе кредитора изъ суммы, вырученной отъ продажи залога — принципиально чужды понятію залоговаго права, что и въ позднѣйшемъ правѣ, право продажи залога не столько составляетъ существенное содержаніе *pignus*, сколько является его постояннымъ спутникомъ, что право продажи представляется правомъ, принципиально отдѣленнымъ отъ залоговаго права, хотя фактически всегда съ нимъ и соединеннымъ ³⁾. Но указанные выводы стоятъ въ несомнѣнномъ

¹⁾ Ср. Glück B. XIX, стр. 385.

²⁾ Bachofen, Pfandr. стр. 177.

³⁾ Büchel, Erört. 2 Aufl. стр. 195. Sintenis, Pfandr. стр. 504. Bachofen, Pfandr. стр. 273.

противорѣчіи съ общимъ характеромъ и цѣлями закладнаго права, равно какъ и съ общимъ историческимъ развитіемъ римскаго закладнаго права. Хотя несовершенное закладное право можно себѣ представить и безъ права продажи, хотя простое *pignus*, стоя на низкой степени развитія, и не заключало въ себѣ права продажи безъ особой о томъ оговорки, тѣмъ не менѣе, именно въ виду того, что въ указанномъ состояніи видѣли несовершенство, что признавали отсутствіе права продажи противорѣчащимъ цѣли закладнаго права, именно въ виду этого, римскіе юристы и превзошли такое несовершенство при выработкѣ ипотеки и возвели право продажи залога на степенъ интегрирующей составной части договорнаго залога, подобно тому, какъ прежде это право составляло качество гражданскихъ видовъ залога—фидуціи и предіатуры. Историческое развитіе закладнаго права доказываетъ несомнѣнно, что на право продажи смотрѣли какъ на полномочіе, безусловно свойственное развитому закладному праву. Вещный искъ—*actio Serviana* былъ соединенъ съ залогомъ въ формѣ простаго договора также лишь съ теченіемъ времени, но подобно тому, какъ нельзя утверждать, что вещный искъ противъ владѣльца не принадлежитъ къ существеннымъ составнымъ частямъ римскаго закладнаго права, такъ точно, нельзя смотрѣть и на право продажи залога, какъ на нѣчто случайно и лишь внѣшнимъ образомъ связанное съ закладнымъ правомъ.

2. Общее опредѣленіе понятія *pignus nominis*.

Указанія римскаго права.

Изъ изложенной выше исторіи развитія римскаго закладнаго права очевидно, что ни одна изъ указанныхъ формъ залога: ни фидуція, ни *pignus*, ни *hypotheca*—не могли быть примѣняемы для установленія обезпеченія требованія кредитора, коль скоро объектомъ залога являлась не вещь, но долговое требованіе.

О примѣненіи фидуціи не могло быть и рѣчи, въ виду того, что залогъ въ формѣ фидуціи устанавливался посредствомъ *mancipatio* или *in jure cessio*, которыя не могли быть примѣняемы къ требованіямъ ¹⁾. *Pignus* же и *hypotheca* не могли быть примѣняемы даже и по аналогіи, потому что, какъ владѣніе правомъ требованія, такъ и вещное право на требованіе были совершенно чужды римскому воззрѣнію.

Между тѣмъ, изъ того, что Помпоній ²⁾, напримѣръ, гово-

¹⁾ Ср. Gaj. II. 38.

²⁾ I. 13. § 2. D. de pign. et hyp. 20. 1.

речь о *nomen pignori datum*, безъ указанія, что въ этомъ заключается что-либо особенное, несомнѣнно слѣдуетъ, что закладываніе долговыхъ требованій практиковалось уже въ первой половинѣ втораго столѣтія имперіи. Опредѣлить время возникновенія изслѣдуемаго института болѣе точно невозможно.

Какимъ же образомъ, спрашивается, могла быть достигнута цѣль — сдѣлать отвѣтственною за долги и ту часть имущества, которая состояла въ требованіяхъ? Практическій смыслъ римскихъ юристовъ нашелъ выходъ въ доставленіи залогопринимателю *actio utilis* противъ должника залогодателя.

Указанія, касательно общаго опредѣленія понятія *pignus nominis* мы имѣемъ въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ:

l. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. (Paul.): Si convenit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicujus, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1. (Ulp.): Quum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.

l. 7. C. de her. 4. 39: Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emptori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

l. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17: Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse,

jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, (nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus) utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

Ближайшимъ образомъ, защита *conventio de pignore nominis* была, слѣдовательно, обязана своимъ происхожденіемъ преторамъ, которые, опираясь на авторитетъ респондирующихъ юристовъ, пропонировали *actio utilis* залогопринимателя, въ случаѣ, если объектомъ залога являлись долговые требованія. Весьма вѣроятно также предположить, что первоначально закладъ долговыхъ требованій практиковался исключительно въ формѣ передачи кредитору долговыхъ документовъ. Въ пользу такого предположенія говоритъ внутреннее основаніе, такъ какъ въ указанной передачѣ заключалась внѣшняя аналогія съ доставленіемъ владѣнія вещью, причемъ, какъ вслѣдствіе владѣнія вещью, такъ и здѣсь, вслѣдствіе владѣнія документомъ, въ большинствѣ случаевъ, у залогодателя отнималась фактическая возможность распоряженія залогомъ къ невыгодѣ кредитора, кредитору же давалась косвенная возможность понужденія должника къ уплатѣ долга.

Сказанное подтверждается источниками, потому что, какъ мы видѣли выше, юристъ Ульпіанъ, говоря ¹⁾ о закладѣ недокументальныхъ требованій, ссылается на залогъ *cautio* («*cautionis exemplo*»), а римскіе юристы, какъ извѣстно, употребляя выраженіе «*exemplo*» всегда указываютъ, на примѣненіе по аналогіи юридическаго положенія уже извѣстнаго — къ какому либо новому случаю ²⁾. Терминъ же *cautio*, когда онъ не употребляется для обозначенія стипуляціоннаго акта

¹⁾ l. 20 D. de pign. et hyp. 20. 1.

²⁾ Cp. Sapius, Novat. стр. 411—413.

или квитанції, означалъ именно долговой документъ, обыкновенно, свидѣтельствовавшій о договорѣ займа ¹⁾.

Такимъ образомъ, можно признать, что прототипомъ *pignus nominis* было *pigneratio cautionis* и что закладываніе всякаго рода *nomina* развилось лишь въ послѣдствіи ²⁾.

¹⁾ Ср. Gneist, *Formelle Vertr.* стр. 233—243; Bähr, *Anerkennung* § 33; Brissonius, *de. v. s.*

²⁾ Что слово *pomen*, въ позднѣйшій періодъ римскаго права, принимается для обозначенія всякаго рода долговъ, это слѣдуетъ изъ вышеуказанныхъ: I. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1; I. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7; I. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17. и I. 4. D. de V. S. 50. 16.

Exner (*Kritik*, стр. 150, прим. 283), однако, утверждаетъ, что и въ вышеприведенныхъ мѣстахъ источниковъ римскаго права, слово *pomen* принимается въ значеніи долговаго документа (*Schuldschein*), потому что *pomen* не можетъ обозначать ни долга, ни требованія съ родательнымъ падежемъ должника за собою. Но такой взглядъ, очевидно, неправиленъ, въ виду I. 11. § 13. D. de legatis. III: si *pomen* quis debitoris exegerit (Ср. также I. 17, 19. D. de her. 18. 4.), гдѣ слово *pomen* означаетъ во всякомъ случаѣ долгъ, что и совершенно понятно, въ зависимости отъ римскаго обычая, согласно которому кредиторъ записывалъ имя своего должника въ приходо-расходную книгу. Указанное значеніе слова *pomen* объясняетъ также, почему подъ *nomina*, обыкновенно, понимали денежные долги. Въ позднѣйшее время такое значеніе слова *pomen* сдѣлалось даже обычнымъ, въ виду того, что *codices accepti et expensi* совершенно уже вышли изъ употребленія. Обобщеніе слова *pomen*, въ смыслъ признанія его за извѣстное долговое требованіе, независимо отъ его основанія, ясно выражено также въ *Базиликахъ* (*Basil. I. II. t. 2. c. 4.*), гдѣ говорится, что «Τὸ ὀνοματὶ τοῦ ὑπαρμιταίου τὸ κεχρησθημένον πρᾶγμα σημαίνεται.» Ср. Iuncker, *de hyp.* § VIII; Gesterd. *ueb. die Sch.* стр. 10, 12, 13; Huschke *de pign. n. c. II. A. c. V*; Gaupp, *de nom. p.* стр. 8; Mühlentr. *Cess.*; Hottin. *de pign. nom.* стр. 58; Salpius, *Novat.* §§ 15, 16. Salkowski, *zur L. v. d. Novat.* стр. 10.

Отсюда, очевидно, не можетъ быть принято предположеніе Беккера ¹⁾ что *pignus nominis* развилось въ связи съ понятіемъ о генеральной ипотека. Последняя была специальнымъ видомъ закладыванія съ коллективнымъ обозначеніемъ наличнаго и будущаго имущества должника. *Cautio* же о требованіи еще не существующемъ, при этомъ закладываемая быть не могла и распространеніе генеральной ипотеки на требованія залогодателя, имѣющія возникнуть въ будущемъ, стало возможнымъ лишь послѣ того, какъ для заклада требованія, исчезла необходимость, передачи его документа ²⁾.

О легальномъ закладномъ правѣ на требованіи впервые упоминается, въ интересахъ фиска, въ конституціи отъ 240 г. и рескриптахъ отъ 293 и 294 г., далѣе, мы встрѣчаемъ соотвѣтствующія указанія въ I. 30 § 1. D. ad I. Aqu. 9. 2. и наконецъ, въ цѣломъ рядѣ другихъ мѣстъ источниковъ позднѣйшаго классическаго времени относительно вещныхъ залогопринимателей, по поводу притязаній, основанныхъ на деликтѣ въ отношеніи залога. Такое обстоятельство не можетъ, однако, имѣть значенія для разъясненія понятія о закладѣ долговыхъ требованій, потому что ко времени позднѣйшихъ классическихъ юристовъ указанный видъ заклада былъ и безъ того уже въ общемъ употребленіи. Большое значеніе для исторіи развитія *pignus nominis* могъ бы имѣть институтъ римскаго права, извѣстный подъ названіемъ *pignus in causa iudicati captum*, если бы за нимъ нельзя было отрицать характеръ закладнаго права.

Положеніе вопроса въ современной наукѣ.

На ряду съ указанными скудными данными источниковъ, касающимися опредѣленія общей природы *pignus nominis*,

¹⁾ *Krit. V. J. Schr. B. XV.* стр. 539.

²⁾ Ср. I. 5. C. quae res. p. obl. p. 8. 17.

въ литературѣ мы встрѣчаемъ рядъ попытокъ представить болѣе полную конструкцію *pignus nominis*, путемъ искусственныхъ дополненій непосредственныхъ указаній источниковъ, посредствомъ обращенія къ различнаго рода положеніямъ римскаго же права, но относящимся до *pignus nominis*, лишь по аналогіи.

Начиная отъ глоссаторовъ и вплоть до настоящаго столѣтія институтъ заклада долговыхъ требованій подвергался разработкѣ весьма мало ¹⁾. При этомъ, обыкновенно довольствовались передачей немногочисленныхъ изреченій римскихъ юристовъ, касательно *pignus nominis*, и съ неизмѣннымъ повтореніемъ разсматривали лишь слѣдующіе три вопроса. Во 1) вопросъ объ условіяхъ *certioratio*, исключаящей право взысканія со стороны залогодателя; во 2)—о юридической природѣ *actio utilis*, принадлежащей залогопринимателю и въ 3) вопросъ о томъ, какія *exceptiones* принадлежатъ залогодателю ²⁾.

Въ XIX столѣтіи, напротивъ, вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій стали изслѣдовать съ особою тщательностью и онъ сталъ, можно сказать, даже излюбленной темой для диссертаций.

Сущесwующія теоріи, имѣющія въ виду разъяснить конструкцію *pignus nominis* могутъ быть сведены къ *тремъ* основнымъ воззрѣніямъ. Во 1) къ теоріи, которая видитъ въ закладѣ долговаго требованія *условную его цессію*; во 2) теоріи, которая видитъ въ закладѣ требованія *ограниченную цессію* и въ 3) къ теоріи, которая, отбрасывая понятіе цессіи, разсматриваетъ въ качествѣ слѣдствія заклада требованія—*возникновеніе права на заложенное право*.

¹⁾ Древнѣйшею монографіею о *pignus nominis*, насколько мнѣ известно, является сочиненіе Iunker, de *hypotheca nominum* 1729.

²⁾ Ср. Huschke, de *pign. nom.* стр. 44—47, 51—56.

Начала цессіи въ римскомъ правѣ и современное о ней ученіе.

Въ виду важности того значенія, которое имѣетъ теорія цессіи для рѣшенія вопроса о конструкціи заклада долговыхъ требованій ¹⁾, что и выражается въ фактѣ вовсе не случайнаго обращенія лучшихъ писателей о *pignus nominis* къ объясненію его, въ зависимости отъ теоріи цессіи; съ другой же стороны, въ виду весьма основательныхъ соображеній, касательно ученія о цессіи, высказанныхъ однимъ изъ руководителей современной нѣмецкой науки права О. Бэромъ—я позволю себѣ, прежде чѣмъ перейти къ ближайшему разсмотрѣнію выясненія общей природы *pignus nominis*, въ связи съ существующими въ наукѣ тремя группами теорій, остановиться на болѣе подробномъ изученіи сущности и значенія цессіонныхъ воззрѣній Бэра.

Въ области имущественныхъ правъ, говоритъ Бэръ ²⁾, замѣчается различіе, смотря по тому, въ какой мѣрѣ форма этихъ правъ благопріятствуетъ свободному ихъ обороту, смотря по тому, склоняются ли они болѣе къ принципу подвижности или принципу неподвижности. Въ римскомъ правѣ, примѣры такой противоположности представляютъ собственность и обязательство. Концентрированное полномочіе, какимъ можетъ быть охарактеризовано римское *dominium*, которое дѣлало собственность способною къ передачѣ, почти совершенно независимо отъ правъ другихъ лицъ и было ограничено лишь немногими *jura in re aliena*, въ высшей степени благопріятствовало свободному обороту. Римское же обязательство (*obligatio*) было, напротивъ того, по первоначальной своей

¹⁾ «Indiquer le chemin parcouru par la cession de créances», говоритъ Vigneron (du *pign. nom.* стр. 21), ...«c'est donner la marche qu'a suivie en même temps l'hypothèque de la créance».

²⁾ Bähr, *Cess.* стр. 352.

идеѣ, неразрывно связано съ личностью кредитора. Когда римское право было рецепировано въ Германіи, то въ послѣдней оно нашло положеніе вещей, во многомъ, совершенно иное, чѣмъ въ Римѣ. Собственность на самый важный объектъ имущества — землю была, по крайней мѣрѣ по своей практической формѣ, совершенно другою, чѣмъ римское *dominium*. Германская собственность отнюдь не была исключительнымъ правомъ одного лица, съ ней были связываемы, самымъ разнообразнымъ образомъ, права различныхъ товариществъ, семей, ленныхъ, феодальныхъ и прочія обязательственные отношенія, вслѣдствіе чего, чрезвычайно стѣснялся оборотъ собственности, хотя на ряду съ этимъ оборотъ германской собственности на движимости, вслѣдствіе принципа «*Hand muss Hand wahren*», былъ еще благопріятнѣе, чѣмъ оборотъ римскаго *dominium*. Рецепированное римское право не имѣло въ виду тотчасъ вытѣснить такое положеніе вещей, и признававшійся принципъ подвижности долженъ былъ, по крайней мѣрѣ въ отношеніи собственности на недвижимость, уступить принципу неподвижности, признававшемуся германскимъ правомъ. Напротивъ того, римское обязательство, при своемъ вторженіи въ современную жизнь, не встрѣтило подобнаго сопротивленія. Начало практической реализаціи передачи требованія и такимъ образомъ начало возможности имущественнаго обмѣна правъ требованія было сдѣлано уже въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, вслѣдствіе допущенія сдѣлки, извѣстной у насъ подъ названіемъ цессіи. Указанное римское правообразованіе удовлетворяло сначала и современной юридической жизни. Только въ торговомъ оборотѣ развивалась жизнь болѣе оживленная, вызывавшая новые виды обязательствъ (вексель и проч.), которые составляли противоположность римскимъ обязательствамъ именно потому, что касательно передачи ихъ дѣйствовали принципы болѣе либеральные, заимствованные изъ области ученія о собственности. Большія перемѣны, происшедшія въ торговыхъ сношеніяхъ не остались,

однако, безъ вліянія и на общее правообразованіе. Всѣ имущественныя права получили стремленіе перейти изъ состоянія неподвижности въ состояніе подвижности. Такое же стремленіе, насколько оно получало удовлетвореніе, должно было повліять совершенно различнымъ образомъ на институты собственности и обязательственного права. Въ отношеніи перваго, оно должно было содѣйствовать приближенію къ римскому ученію, въ отношеніи послѣдняго — къ удаленію отъ римской догмы. Отсюда, въ области германской земельной собственности, мы видимъ все большее и большее исчезновеніе, такъ называемыхъ, *Näherrechte*, *Reallasten*, *Hufen*- и *Leihverbände*, причемъ вся тенденція новаго времени была направлена на то, чтобы превратить нѣмецкую земельную собственность въ римское *dominium*.

Въ области же обязательственного права шли далѣе по дорогѣ, проложенной векселемъ и такимъ образомъ завершали цѣпь новыхъ формацій, которыя составляютъ нѣчто среднее между обязательствомъ и собственностью и которыя выражаются въ видѣ бумагъ на предъявителя, бумажныхъ денегъ и т. под.

Въ обыкновенномъ гражданскомъ оборотѣ, т. е. не торговомъ, сохранилась, между тѣмъ, идея римскаго обязательства, съ его передаваемостью посредствомъ цессіи. Для цессіи теорія выставляла прежнее римское ученіе, причемъ, особенно послѣ того, какъ въ новое время снова проснулось историческое стремленіе, примкнули къ идеѣ установленія *in rem suam procurator*, которая первоначально дѣйствительно лежала въ основѣ римской цессіонной сдѣлки. Однако, даже поверхностное знакомство съ судебной практикой доказываетъ несомнѣнно, что цессія и относящіеся до нея институты, въ виду разнообразія случаевъ цессіи играютъ въ современной юридической жизни гораздо болѣе значительную роль, чѣмъ та, на которую указываетъ не-

достаточная разработка этого института въ источникахъ римскаго права.

Въ новѣйшее время, впрочемъ, даже и до Бара, взглядъ на цессіонара, какъ на *in rem suam procurator* многими уже оставленъ въ виду того, что у насъ обязательство подлежитъ свободной передачѣ совершенно также, какъ и всякій другой имущественный объектъ и въ виду утверждения, что сама цессія въ настоящее время, съ внутренней стороны, представляетъ нѣчто совершенно иное, чѣмъ цессія въ римскомъ правѣ. Опровергаемый одними, указанный взглядъ находитъ, однако, и защитниковъ, признающихъ римское воззрѣніе на цессію за воззрѣніе, вполне подходящее и для современной жизни. Подобный споръ долженъ быть признанъ, впрочемъ, чисто теоретическимъ и потому безплоднымъ, подобно спорамъ многихъ другихъ юристовъ, которые нерѣдко вмѣсто того, чтобы исходить изъ конкретныхъ вопросовъ, и въ виду ихъ испытывать руководящія принципы, останавливаются на разсмотрѣніи общихъ положеній, причемъ сами часто едва ли знаютъ о томъ, есть ли производимый ими споръ—о вещахъ или только споръ о словахъ.

Спорять, напримѣръ, о томъ, есть ли еще въ настоящее время цессія—*mandatum in rem propriam*; переносится ли при помощи цессіи самое право обязательства или только его выполнение; не содержитъ ли въ себѣ цессія—сингулярную сукцессію и т. под., причемъ спорящій по всей вѣроятности сталъ бы въ тупикъ, если бы онъ долженъ былъ отвѣчать о практическомъ значеніи подобныхъ вопросовъ.

Извѣстныя положенія о томъ, что до получения извѣстія о цессіи—*debitor cessus* можетъ еще освободиться отъ долга, уплативъ цеденту; что цессіонаръ долженъ считаться съ возраженіями цедента; что послѣ извѣщенія о цессіи, должникъ не долженъ исполнять распоряженія цедента и что должникъ уполномоченъ на представленіе возраженій, основанныхъ на личности цессіонара—эти положенія должны быть внѣ спора.

Съ другой стороны, существуетъ много, весьма важныхъ практическихъ вопросовъ, рѣшеніе которыхъ стоитъ въ связи съ сущностью цессіи.

Сюда относятся вопросы о томъ:

Имѣетъ ли цедентъ, до денунціаціи должника со стороны цессіонара право на полученіе уплаты долга или можетъ ли должникъ, получивъ извѣстіе о цессіи не черезъ денунціацію, а какимъ либо инымъ путемъ, дѣлать на основаніи этого возраженія?

Какой видъ извѣщенія о цессіи достаточенъ для того, чтобы обязать должника не исполнять дальнѣйшихъ распоряженій цедента?

Въ случаѣ существованія нѣсколькихъ цессіонаровъ одного и того же требованія, идетъ ли впереди тотъ, которому ранѣе цедировано или тотъ, который раньше денунціровалъ?

Можетъ ли первый цессіонаръ, когда цедентъ или второй цессіонаръ взыскалъ по требованію настаивать на возвращеніи полученнаго?

Связанъ ли должникъ, уплатившій мнимому цессіонару и затѣмъ присужденный ко вторичной уплатѣ по данному требованію—для обратнаго требованія уплаченнаго—правилами, относительно *condictio indebiti*?

Имѣетъ ли цессіонаръ право на полученіе цессіонныхъ документовъ?

Принадлежитъ ли лицамъ, которыя предъявляютъ притязанія на однѣ и тѣ же требованія право взаимнаго иска на утвержденіе ихъ полномочія, относительно даннаго требованія?

И наконецъ, какія средства защиты противъ опасности многократной уплаты принадлежатъ должнику, который привлекается къ отвѣтственности одновременно нѣсколькими лицами по одному и тому же требованію?

О всѣхъ этихъ вопросахъ, какъ въ теоріи, такъ и на практикѣ господствуютъ, нерѣдко, весьма неясные и ошибочные взгляды. Съ практической точки зрѣнія особенно ва-

женъ послѣдній изъ указанныхъ вопросовъ. При современномъ широкомъ оборотѣ требованій, можно ежедневно видѣть, какъ на одно и то же требованіе имѣютъ притязанія два, три и болѣе лицъ. На ряду съ первоначальнымъ кредиторомъ, одинъ осуществляетъ въ отношеніи даннаго требованія — цессію, другой — законное закладное право, третій, такъ называемую, фингированную цессію и т. д. и все это на основаніи несомнѣнныхъ юридическихъ фактовъ. Передъ всѣми этими претендентами долженъ отвѣчать должникъ. Касательно его поднимаются различные фактическіе и юридическіе вопросы, съ которыми связано предпочтеніе различныхъ претендентовъ на одно и то же требованіе и если въ рѣшеніи этихъ вопросовъ не будетъ единообразія, то должникъ нерѣдко можетъ быть вынуждаемъ къ двойной уплатѣ. Правильная же теорія цессіи можетъ устранить подобныя неудобства.

Первоначально, сдѣлка, которая составляла основаніе современной цессіи была дѣйствительно ничѣмъ инымъ, какъ *mandatum ad agendum*, чисто формальнымъ полномочіемъ на присвоеніе процессуальнымъ путемъ предмета даннаго требованія, совершаемое за кредитора. Впослѣдствіи, однако, изъ отношеній между цедентомъ и цессіонаромъ развилась новая самостоятельная юридическая сдѣлка, которая переносила исковое право, основанное на требованіи, какъ право совершенное, чрезъ что и самое требованіе поднималось на степень предмета обычнаго оборота.

Отсюда—начало развитія настоящаго понятія о цессіи. Указанное развитіе началось уже въ классическомъ правѣ, но получило завершеніе лишь въ современной юриспруденціи. Согласно съ вышеуказаннымъ, цессія въ современномъ значеніи, по мнѣнію Бэра ¹⁾, составляетъ юридическую

¹⁾ Bähr, Cess. стр. 361.

сдѣлку, которая, совершенно подобно традиціи собственности на извѣстную вещь, переноситъ исковое полномочіе, вытекающее изъ требованія, даже можно сказать, — собственность на требованіе изъ имущества цедента въ имущество цессіонара. На отношенія цессіонара къ *debitor cessus* это развитіе существеннаго вліянія не оказало. Поэтому, насколько идетъ рѣчь о правахъ должника, на столько и теперь еще цессіонаръ долженъ быть разсматриваемъ согласно принципамъ, относительно *procurator* первоначальнаго кредитора. И это должно проявляться не только въ обыкновенно связываемыхъ съ этимъ, положеніяхъ, что цессіонаръ долженъ допускать возраженія со стороны цедента и т. под., но отсюда же должны быть дѣлаемы и другіе процессуально весьма важные выводы. Дѣло науки, говоритъ Бэръ ¹⁾, прежде всего романистовъ, въ противоположность текущимъ стремленіямъ времени, удержатъ указанную римскую точку зрѣнія и развитъ ее, не только потому, что она римская, но и потому, что она соотвѣтствуетъ современнымъ потребностямъ юридической жизни. Этого однако не сдѣлали и чрезъ то поставили должника въ крайнее стѣсненіе. Въ виду сказаннаго Бэръ и ставитъ своею задачею выясненіе истиннаго воззрѣнія на сущность цессіи и, въ связи съ этимъ, возможное устраненіе тѣхъ опасностей, которыми окружается должникъ, вслѣдствіе неясностей и ошибокъ современной теоріи. Ближайшую же цѣль разсужденій Бэра составляетъ доказательство того, что вещная легитимачія цессіонара есть отношеніе, которое должно быть не только доказано, но въ то же время и гарантировано должнику.

Въ римскомъ правѣ, гдѣ понятіе цессіи не было вполне выработано, для передачи права кредитора третьему лицу существовали слѣдующіе способы.

¹⁾ Тамъ же.

1) Кредиторъ могъ уполномочить третье лицо требовать отъ должника соответствующей уплаты долга.

Въ этомъ заключалось, въ то же время, уполномоченіе должника на погашеніе долга путемъ уплаты третьему лицу.

Уполномоченіе на принятіе уплаты не было, однако, имущественнымъ сообщеніемъ. Указанное уполномоченіе основывало лишь личное отношеніе между кредиторомъ и третьимъ лицомъ. Касательно этого отношенія примѣняли принципы мандата, хотя и не вполне подходящія, потому что договоръ мандата, принципиально, былъ рассчитанъ въ интересахъ манданта, (это ясно изъ присущей манданту *actio mandati directa*), тогда какъ въ разбираемомъ случаѣ названное уполномоченіе должно было служить въ интересахъ уполномоченнаго. Какъ мандатъ, такъ и разбираемое уполномоченіе рассматривались какъ подлежащія произвольному прекращенію и не переходящія по наслѣдству. Если кредиторъ давалъ одно и то же уполномоченіе нѣсколькимъ лицамъ, то каждый изъ нихъ былъ одинаково уполномоченъ къ полученію уплаты; впереди же шелъ тотъ, кто получалъ уполномоченіе ранѣе. Если должникъ отказывался уплатить третьему лицу, то послѣднее не имѣло совершенно никакой возможности принудить къ уплатѣ, потому что право иска ему передаваемо не было. Сообщаемое третьему лицу уполномоченіе доставляло лишь извѣстное полномочіе, но не собственное право, имѣющее вещное, матеріальное содержаніе, лишь полномочіе на будущее приобрѣтеніе имущества, реализуемое путемъ дѣйствительно произведенной уплаты. Отсюда совершенно послѣдовательно можно признать, что юридическая цѣль (*causa*) сообщенія третьему лицу содержанія права требованія считалась выполненною не съ момента уполномоченія, а лишь со времени соответствующей уплаты долга.

Указанные принципы становятся очевидными еще болѣе, если замѣтить, что они имѣютъ силу еще и теперь относи-

тельно спорной юридической сдѣлки, извѣстной въ германскомъ правѣ подъ названіемъ, переводъ долга (*Assignation*), гдѣ они, выступая во всей чистотѣ, отражаются въ положеніи: «*Anweisung ist keine Zahlung*».

2) Кромѣ вышеуказаннаго уполномоченія третьяго лица на принятіе уплаты, кредиторъ могъ уполномочить третье лицо стипулировать отъ должника сумму долга по данному требованію. Этотъ путь приближася уже ближе къ цѣли передачи правъ требованія потому, что если должникъ соглашался на стипуляцію, то прежній кредиторъ переставалъ быть кредиторомъ и вмѣсто него кредиторомъ становилось третье лицо, причемъ требованіе послѣдняго, т. е. новое требованіе имѣло съ прежнимъ требованіемъ общій объектъ и общаго должника. Такой видъ передачи могъ практиковаться, съ внѣшней стороны, довольно успѣшно. Согласно чему, мы и видимъ у Гая ¹⁾, на ряду съ упоминаніемъ о неотчуждаемости обязательствъ указаніе на такой практической суррогатъ передачи обязательствъ. Но если мы посмотримъ на дѣйствительную юридическую структуру разбираемаго явленія, то мы увидимъ, что въ указанномъ случаѣ не передавалось прежнее обязательство, но создавалось новое, которое разрѣшало (новировало) прежнее обязательство и въ такомъ видѣ, въ измѣненной формѣ удѣляло третьему лицу имущественное содержаніе прежняго обязательства. Это вновь созданное требованіе было тѣмъ менѣе идентично съ прежнимъ требованіемъ, что не имѣло особыхъ качествъ послѣдняго и было, какъ абстрактное право требованія (формальное обязательство), совершенно отъ него независимо. Имущественное сообщеніе обуславливалось здѣсь не уполномоченіемъ со стороны кредитора, но дѣйствіемъ (*promissio*) должника. Уполномоченіе и въ данномъ случаѣ

¹⁾ Gaj. II. 38.

доставляло лишь могущее быть прекращенным и ненаследственное полномочие на будущее приобретение. Полномочие это допускало возможность появления другого равноуполномоченного лица и зависело всецело от доброй воли должника. Юридически, поэтому, разбираемый видъ передачи долга, называемый в настоящее время, обыкновенно, делегацией совершенно приравнивался къ вышеупомянутому переводу долга; какъ тамъ, такъ и здѣсь имѣлось въ виду допущеніе удовлетворенія кредитора должникомъ, но въ одномъ случаѣ — непосредственнымъ предметомъ требованія, въ другомъ же — новымъ правомъ требованія, соответствующимъ указанному предмету требованія.

Оба разсмотрѣнные способа не могли, однако, удовлетворить потребности свободной передачи требованій. Если бы прекратили примѣненіе принциповъ мандата для уполномоченія въ принятіи уплаты или долговаго обѣщанія и свели уполномоченіе къ неотмѣняемой юридической сдѣлкѣ, то все-таки зависимость права, сообщеннаго третьему лицу отъ доброй воли должника препятствовала бы видѣть въ названномъ уполномоченіи завершенную передачу имущества. Понятно, что указанная добрая воля отсутствовала, въ особенности, когда должникъ оспаривалъ требованіе, между тѣмъ какъ потребность передачи обязательствъ могла имѣть мѣсто и въ подобныхъ случаяхъ.

3) Передача имущественнаго содержанія требованія могла быть, впрочемъ, совершаема еще и третьимъ путемъ. Для разсмотрѣнія его, необходимо прежде всего вспомнить, что древнѣйшему римскому праву ¹⁾ было совершенно чуждо современное пониманіе процесса, какъ процесса руководимаго и, въ случаѣ надобности, принудительно проводимаго правительствомъ, въ силу его призванія къ осуществленію

¹⁾ Cp. Ihering, Geist des. röm. R. I. стр. 156 и сл.

права, что гораздо болѣе, согласно господствовавшему въ то время воззрѣнію, стороны, хотя и стѣсняемая силою обычая и практиковавшимся самовластіемъ кредитора, тѣмъ не менѣе юридически, подчинялись судебному рѣшенію добровольно.

Основаніемъ, такимъ образомъ, древнѣйшаго римскаго процесса былъ договоръ сторонъ, можетъ быть даже дѣйствительный формальный договоръ — *litis contestatio* ¹⁾. Посредствомъ этого договора, стороны соглашались признать силу не за прежнимъ юридическимъ отношеніемъ, но лишь за тѣмъ, которое будетъ выяснено процессомъ и утверждено судьей ²⁾. Обязательство, возникающее изъ *litis contestatio* имѣло совершенно одинаковую природу съ обязательствомъ, основаннымъ на новирующей стипуляціи ³⁾, оно уничтожало прежнее юридическое отношеніе, ставя на его мѣсто новое, формальное обязательство, которое пурифицировалось въ судебномъ рѣшеніи. Какъ кредиторъ, вмѣсто того, чтобы самому стипулировать отъ должника, могъ передать долгъ третьему лицу, разрѣшивъ ему стипулировать вмѣсто себя, такъ точно, вмѣсто того, чтобы самому активно участвовать въ установленіи процессуальнаго обязательства, кредиторъ могъ уполномочить на это третье лицо. Совершивъ *litis contestatio* за кредитора, указанное третье лицо становилось собственникомъ вновь обоснованнаго процессуальнаго обязательства, совершенно подобно тому, какъ делегатаръ становился вмѣсто перваго кредитора собственникомъ вербальнаго обязательства, чрезъ стипуляцію съ должникомъ.

Введеніе въ процессъ третьихъ лицъ, практически, могло

¹⁾ Cp. Savigny, Syst. VI. стр. 31.

²⁾ Gaj. III. 180.

³⁾ 1. 3. § 11. D. de pecul. 15. 1. ...sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi.

быть совершаемо съ двоякою цѣлью. Прежде всего—съ процессуальною цѣлью, съ цѣлью веденія процесса черезъ представителя (*cognitor* или *procurator*). Въ этомъ случаѣ, было все-таки необходимо окончательное реализованіе юридическаго спора перенести обратно на первоначальнаго кредитора и это совершалось чрезъ посредство преторскаго эдикта, потому что, согласно опредѣленіямъ названнаго эдикта, первоначально уполномоченному лицу сообщали *utiliter actio judicati*, вытекавшую изъ рѣшенія въ пользу представителя, равно какъ и искъ, основанный на заключенныхъ представителемъ процессуальныхъ стипуляціяхъ. Въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, принятіе третьимъ лицомъ участія въ процессѣ имѣло, въ сущности, лишь формальное значеніе. Но вступленіе въ процессъ третьихъ лицъ могло происходить и съ матеріальной цѣлью, съ цѣлью дѣйствительнаго удѣленія третьему лицу имущественнаго содержанія требованія. Однако, и въ этомъ случаѣ, мы находимъ обозначеніе лица, вступающаго въ процессъ, по его формальному положенію, словами *cognitor* или *procurator*, хотя и съ разъясняющимъ прибавленіемъ словъ *in rem suam*. Согласно сказанному, сообщаемое кредиторомъ третьему лицу полномочіе на вступленіе въ процессъ, въ качествѣ *cognitor* или *procurator in rem suam*, первоначально, было сдѣлкой однородной съ делегаціей. Мы встрѣчаемъ въ источникахъ нерѣдко даже обозначеніе указаннаго вида передачи требованія—словомъ *delegatio*¹⁾.

¹⁾ I. 11. § 1. D. de novat. 46. 2. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem; I. 51. D. de pecul. 15. 1. ...in omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro justa praestatione sit. Впрочемъ, въ другихъ мѣстахъ источниковъ (Ср. напр. I 2. C. de O. et A. 4. 10; I. 1 и 3. C. de novat. 8. 42; Vat. Fragm. § 263.) подъ *delegatio* разумѣется специальный

Дѣйствительно, имущественное приобрѣтеніе третьимъ лицомъ считалось, какъ и при делегаціи, обоснованнымъ, не съ момента уполномоченія третьяго лица кредиторомъ, но лишь со времени фактическаго вступленія перваго въ процессъ, со времени завершенія *litis contestatio* съ должникомъ. Пока это не произошло, до тѣхъ поръ права уполномоченнаго къ иску покоились на шаткомъ основаніи подлежащаго произвольному прекращенію, не наслѣдственнаго мандата, посредствомъ котораго, между кредиторомъ и третьимъ лицомъ происходило установленіе не обязательнаго союза, но вышеуказаннаго личнаго отношенія.

Съ теченіемъ времени, касательно названнаго исковаго полномочія развилось другое правовоззрѣніе, вызванное слѣдующими отношеніями. Съ самаго начала, новирующее процессуальное обязательство, въ противоположность новирующей стипуляціи, имѣло особенность, заключающуюся въ томъ, что въ немъ сохранялись всѣ качества прежняго обязательства. Нельзя было и думать о независимости процессуальнаго обязательства отъ первоначальнаго обязательства, о той независимости, которую носило стипуляціонное требованіе, потому что процессъ имѣлъ цѣлью вывѣдать все юридическое состояніе даннаго притязанія и вслѣдствіе этого было бы совершенно неправильно исключать въ отношеніи процессуальнаго обязательства дѣйствіе тѣхъ эксценцій, которымъ подвергалось первоначальное обязательство. Также и акцессоріи первоначальнаго требованія (привилегіи, закладныя права и т. под.), которыя прекращались при новирующей стипуляціи, раз-

переходъ требованія *per stipulationem*, на ряду съ которымъ упоминается еще и переходъ требованія *per litis contestationem*. Въ настоящее время выраженіе делегація принимается, однако, лишь въ указанномъ узкомъ значеніи потому, что вслѣдствіе разившагося понятія о цессіи — *mandatum ad agendum* получило природу въ сущности совершенно иную, чѣмъ *mandatum ad stipulandum*.

смагивались какъ продолжающіяся при процессуальной новации—*neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* ¹⁾).

Процессуальное обязательство, отличавшееся отъ первоначального формально, матеріально, однако, было столь съ нимъ однородно, что на первый взглядъ могло быть рассматриваемо какъ идентичное. Такой характеръ обязательства сохранялся и въ томъ случаѣ, когда въ процессѣ участвовалъ не первоначальный кредиторъ, но вмѣсто его — третье лицо, такъ что можно сказать, что вслѣдствіе вступленія въ процессъ прокуратора, на послѣдняго переносилось прежнее обязательство.

Съ теченіемъ времени, однако, все болѣе и болѣе удалялись отъ возрѣнія на процессъ, какъ на продуктъ добровольнаго соглашенія сторонъ и вмѣсто того, все болѣе приближаясь къ современному возрѣнію, видѣли въ судебномъ преслѣдованіи притязанія—осуществленіе права принужденія, основаннаго на государственномъ порядкѣ.

Не смотря на то, что слѣды перваго возрѣнія сохранились въ источникахъ, второе возрѣніе находило поддержку уже въ классическое время. Отсюда *mandatum ad agendum* стало въ значительную противоположность къ *mandatum ad stipulandum*. При *mandatum ad stipulandum*—какъ и прежде, соглашеніе на стипуляцію делегатара — зависѣло отъ воли должника; отказывать же въ процессѣ съ установленнымъ *in rem suam procurator*—должникъ не могъ. *Procurator in rem suam*, получая, такимъ образомъ, возможность принужденія должника манданта—сдѣлаться должникомъ прокуратора, а чрезъ это, и возможность реализованія притязанія въ свою пользу. Съ этой стороны, слѣдовательно, уполномоченіе къ иску превратилось въ истинное право. Поэтому нужна была лишь наличность подобнаго же рѣшенія съ

¹⁾ l. 29. D. de novat. 46. 2.

другой стороны, т. е. противъ произвола кредитора, чтобы *mandatum ad agendum* обратилось въ совершенно консолидированную сдѣлку. Это и случилось черезъ то, что уполномоченіе *in rem suam procurator* къ вчиненію иска, отбросивъ принципы мандата, стали рассматривать какъ не подлежащее произвольному прекращенію и наслѣдственное. Вслѣдствіе этого то, что до того было полномочіемъ на юридическое приобрѣтеніе, съ теченіемъ времени превратилось въ истинное юридическое приобрѣтеніе. Указанное право принужденія должника и неотзываемость полномочія со стороны кредитора были двумя основаніями, благодаря которымъ, въ промежутокъ времени между уполномоченіемъ къ иску и литисконтестаціей право цессіонара получало юридическое содержаніе, подобное вещному, и потому способное вызвать имущественную передачу предмета. Названное юридическое содержаніе составляло право на вчиненіе иска, которое невольно влекло за собою право на подлежащее иску притязаніе.

Указанное развитіе мы видимъ происходящимъ въ римскомъ правѣ весьма наглядно. Благодаря этому развитію, *mandatum ad agendum* превратилась въ своеобразную юридическую сдѣлку совершенно другаго характера, именно въ цессію. Цессія, говоритъ Бэръ ¹⁾, есть договоръ, но не обязательственный, а вродѣ вещнаго ²⁾, аналогичный традиціи. Какъ традиція переноситъ право на вещь, такъ цессія переноситъ вещное право, мыслимое какъ имущественный объектъ. Въ виду же того, что юридическое содержаніе обязательства состоитъ именно въ искомомъ правѣ, можно сказать, что цессія переноситъ обязательство.

Съ развитіемъ понятія цессіи, литисконтестація, которая до того была носительницей, подлежащаго реализаціи между

¹⁾ Bähr, Cess. стр. 371.

²⁾ Cp. Savigny, Syst. III. стр. 312.

кредиторомъ и *in rem suam procurator*, имущественнаго обращенія, должна была потерять это значеніе. Впрочемъ, литисконтестація и безъ того уже почти не имѣла оправданія въ указанномъ отношеніи, потому что формальная сила ея была въ упадкѣ. Конститутивное дѣйствіе литисконтестаціи, т. е. порожденіе новаго формальнаго обязательства, отступило почти совершенно на задній планъ уже въ классическій періодъ римскаго права; сохранялась лишь ея новирующая сила, т. е. сила консумирующая прежнее обязательство. Но и эта сила вскорѣ уступила преобразованію, которое произошло въ ученіи объ *exscriptio rei judicatae*. Процессъ стали считать лишь новой стадіей прежняго юридическаго отношенія. Тѣмъ болѣе должны были быть склонны освободить имущественное обращеніе между кредиторомъ и *in rem suam procurator* отъ литисконтестаціи послѣдняго съ должникомъ и поставить его въ зависимость отъ самаго акта уполномоченія къ иску.

Въ области развитаго понятія о цессіи, такимъ образомъ, за литисконтестаціей цессіонара съ должникомъ сохранилось все-таки извѣстное значеніе, хотя и второстепенное. Очевидно, однако, что если требованіе переходило на цессіонара на основаніи одного договора между cedentemъ и цессіонаромъ, т. е. безъ содѣйствія и можетъ быть безъ знанія о томъ должника, то невозможно было бы признать за такимъ переходомъ требованія столько дѣйствія, чтобы должникъ, если бы онъ добросовѣстно уплачивалъ своему первоначальному кредитору или какимъ-либо инымъ образомъ, но все же добросовѣстно погашалъ свой долгъ—долженъ былъ бы платить еще разъ цессіонару. Поэтому, чтобы обезпечить дѣйствительность исковаго права, приобретаемаго цессіонаромъ на основаніи цессіи нужно было чтобы должникъ узналъ о перемѣнѣ личности своего кредитора. Служить же такимъ извѣщеніемъ могло весьма удобно начатіе процесса цессіонаромъ. Такимъ образомъ, съ теченіемъ

времени, литисконтестація обратилась въ актъ, который не основывалъ болѣе юридическаго отношенія между цессіонаромъ и должникомъ, но лишь утверждалъ его.

Весьма скоро, однако, должна была зародиться мысль, что для указанной цѣли не требуется непременно литисконтестація и что, подобно послѣдней, можетъ служить и всякій другой видъ извѣщенія о цессіи. Слѣдствіемъ же этого было то, что на ряду съ литисконтестаціей, въ названномъ смыслѣ стала употребляться простая денунціація со стороны цессіонара, которая могла быть замѣняема и каждымъ другимъ фактомъ, достаточно указывающимъ должнику на происшедшую цессію.

Такова общая исторія развитія понятія о цессіи требованій. Подобно, однако, тому, какъ въ области вещныхъ правъ, на ряду съ исполнѣ совершеннымъ правомъ на вещь—собственностью, существовали многія несовершенныя права—*jura in re aliena*, такъ точно и передача обязательства могла быть менѣ совершенною, аналогичною указаннымъ юридическимъ институтамъ, выработавшимся въ области вещнаго права. Хотя большая часть *jura in re aliena* и не находила въ обязательствѣ удобнаго для себя объекта, тѣмъ не менѣ, узуфруктъ и закладное право практиковались относительно требованій довольно часто. И здѣсь понятіе цессіи, какъ внѣшній характеръ юридической сдѣлки былъ тотъ же самый; внутреннее же, матеріальное содержаніе цессіи (его не должно смѣшивать съ *causa cessionis*) было опредѣляемо природой передаваемаго права на требованіе. Развитіе понятія о цессіи, какъ обоснованія этихъ правъ совпало съ общимъ ихъ развитіемъ. Закладъ же долговыхъ требованій особенно способствовалъ указанному развитію цессіоннаго понятія.

Такимъ образомъ, въ классическое время, мы видимъ почти исключительное господство делегаціоннаго понятія, въ противоположность современному цессіонному понятію. Но

если участие въ процессѣ и перестало зависѣть отъ доброй воли должника, и если *mandatum actionis* имѣло рѣшительное преимущество передъ уполномоченіемъ къ принятію уплаты или къ стипуляціи, то все-таки въ отношеніи кредитора *in rem suam procurator* присвоивалъ совершеннымъ образомъ—переданное ему право требованія, лишь посредствомъ литис-контестаціи съ должникомъ. Въ этомъ смыслѣ Ульпіанъ ¹⁾ замѣчаетъ: *Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem*, т. е., что передача долга становится совершенной лишь чрезъ то, что третье лицо или стипулируетъ отъ должника или совершаетъ литисконтестацію въ качествѣ *procurator* кредитора. Подобнымъ же образомъ, юристъ Павелъ ²⁾ говоритъ:

ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino iudicium accipiendi.

Очевидно, что это изреченіе находило примѣненіе и относительно *in rem suam procurator* ³⁾. Изреченіе же юриста Павла (l. 32. D. de procur. 3. 3):

pluribus procuratoribus in solidum simul datis occupantis melior conditio erit, ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator—

несомнѣнно должно быть признано касающимся нѣсколькихъ послѣдовательно установленныхъ *in rem suam procuratores*, причѣмъ если *i. r. s. procurator* совершилъ литисконтестацію, то требованіе становилось его собственностью и до-

¹⁾ l. 11. § 1. D. de novat. 46. 2.

²⁾ l. 16. D. de procur. 3. 3.

³⁾ Это подтверждаетъ и слѣд. *Fragm. Vat.* (§ 263):

Eam, quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit, neque per mancipationem praediorum dominium transtulit, nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit.

пускавшаяся противъ простаго процессуальнаго прокуратора *translatio litis*, въ отношеніи его примѣняема быть не могла ¹⁾. Онъ могъ бы употреблять требованіе также и для компенсаціи. Объ этомъ говорить юристъ Папиніанъ (l. 18. pr. D. de compens. 16. 2):

in rem suam procurator datus, post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.

Въ непосредственной связи съ чѣмъ, стоитъ продолженіе того же фрагмента (§ 1):

creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare,

т. е., что должникъ, привлеченный къ отвѣтственности, не можетъ пользоваться для компенсаціи требованіемъ третьяго лица, хотя бы и съ согласія послѣдняго. Что и весьма натурально, потому что отвѣтчикъ не становится еще собственникомъ требованія, вслѣдствіе простой воли третьяго лица, безъ соблюденія формы, въ которой онъ могъ бы присвоить названное требованіе, ибо уполномоченный къ осуществленію права требованія становится истиннымъ кредиторомъ лишь *post litem contestatam*.

Указанное изреченіе Папиніана, основываясь, очевидно, на неразвитомъ понятіи о цессіи не можетъ быть примѣняемо къ современному праву, гдѣ понятіе о цессіи получило полное развитіе и гдѣ согласіе третьяго лица на пользованіе его требованіемъ для компенсаціи дѣйствуетъ какъ молчаливая цессія. Подобнымъ же образомъ непримѣнимо для современнаго права и указаніе l. 1 и 2. D. pro socio. 17. 2.

¹⁾ l. 25. D. de procur. 3. 3. Plane si dicat in rem suam se procuratorem datum, et hoc probaverit, non debet carere propria lite.

Такъ, согласно l. 1 и 2 цит., которыя, очевидно, основываются на недостаточно развитомъ цессіонномъ понятіи, въ случаѣ установленія *societas omnium bonorum*, вещи, принадлежащія *sociis* становятся общою ихъ собственностью — *quia traditio tacita creditur intervenire*; напротивъ того, l. 3. пр. цит. говорить, что

ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu sed actiones invicem praestari debent.

Требованія слѣдовательно не должны перейти къ *socii*; тогда какъ въ настоящее время, можно не задумываясь сказать, что вслѣдствіе договора товарищества, требованія, принадлежащія товарищамъ становятся общимъ ихъ достояніемъ. На подобномъ же основаніи, т. е. что совершенное приобрѣтеніе со стороны цессіонара наступаетъ лишь послѣ литисконтестаціи, несомнѣнно, покоится и рескриптъ императора Антонина ¹⁾:

Si pater tuus tibi, sui juris constituto, actionem adversus debitores suos mandavit, potuit ipse praesens adversus eos re integra experiri. Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

Въ виду возрѣпій классическаго времени, къ которому принадлежатъ этотъ рескриптъ, несомнѣнно, что слова «*re integra*» могутъ быть пояснены посредствомъ словъ «*lite nondum contestata*» и слѣдовательно здѣсь имѣетъ мѣсто лишь примѣненіе принципа, указаннаго въ l. 16 D. de proc. 3. 3.

Наконѣцъ, къ делегаціонной точкѣ зрѣнія принадлежитъ также рескриптъ Гордіана [отъ 240 г.] ²⁾, хотя и склоняю-

¹⁾ l. 3. C. mandati. 4. 35.

²⁾ l. 3. C. de novat. 8. 42: Imp. Gordianus. A. Mutiano. Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveras actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex

щійся, отчасти, къ принятію противоположной точки зрѣнія, вслѣдствіе имѣющихся въ немъ, по всей вѣроятности, интерполированныхъ прибавленій.

Точка зрѣнія, на которую становится классическое право, относительно ученія о цессіи, весьма характерно проявляется еще и въ томъ, что о названномъ ученіи нигдѣ не говорится *ex professo*. Соотвѣтствующія опредѣленія встрѣчаются въ различнѣйшихъ мѣстахъ ученій о продажахъ, о прокуратурѣ, о делегаціи, и указываютъ, такимъ образомъ, на институты, совокупность которыхъ въ извѣстныхъ случаяхъ должна была служить практическимъ возмѣщеніемъ невыработаннаго понятія о цессіи.

На ряду, однако, съ указанными изреченіями, въ которыхъ делегаціонное понятіе выступаетъ какъ основная мысль всего института передачи обязательствъ, уже и въ классическое время цессіонное понятіе проявлялось въ отдѣльныхъ случаяхъ.

Такое развитіе несомнѣнно было подготовлено практической жизнью, которая, по всей вѣроятности, уже весьма давно, во всякомъ же случаѣ, прежде чѣмъ обратила на это вниманіе наука, рассматривала *nomina*, въ качествѣ объектовъ годныхъ для купли, закладыванія, легированія. Уже при передачѣ всего наслѣдства чувствовалась потребность, чтобы столь важная часть имущества, какъ наслѣдственные требованія не оставалась въ имуществѣ номинальнаго наслѣдника. Юриспруденція не могла противостоять потребностямъ оборота и должна была найти средство для присоединенія къ

debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta jure novationis tu liberatus es frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem voluntate novationis interposita, debito liberatus sis.

передать искового права — возможности реализовать требование, независимо от доброй воли и жизни лиц, принимающих участие в сделке.

Средство нашли в том, что доставили цессionario *utilis actio*, т. е. самостоятельный иск, связанный с обязательством первоначального уполномоченного ¹⁾).

Свидѣній о томъ, какимъ образомъ была процессуально формулирована, въ противоположность *actio mandata* ²⁾), при-сущей *in rem suam procuratori*—*utilis actio*, которая принадлежала *in rem suam procuratori*, но не *alieno*, а *suo nomine* — мы не имѣемъ. Но это для насъ и не существенно, потому что названные свѣдѣнія могутъ имѣть значеніе лишь историческое. Важно, напротивъ, уяснить себѣ тотъ успѣхъ, который проявлялся въ фактъ доставленія упомянутой *utilis actio*. А такое уясненіе возможно путемъ обозрѣнія отдѣльных случаевъ постепеннаго развитія *actio utilis*. Первый подобный случай былъ вызванъ извѣстнымъ *SCtum Trebellianum* ³⁾):

§ 4. I. de fideic. hered. 2. 23. Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum

¹⁾ Въ отношеніи этой мысли, Бэръ совершенно соглашается съ Виндшейдомъ (*Actio*, стр. 124). Мысль эта, впрочемъ, не новая, такъ какъ на нее указываютъ уже Донелль, также Bethmann-Hollweg (*Versuche*, стр. 208).

²⁾ Процессуальное формулированіе которой мы знаемъ совершенно достоверно. Ср. *Gaj.* IV. 86.

³⁾ I. 1. § 2. D. ad SC. Trebell. 36. 1.

praetor utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

Къ этому случаю—Антониномъ Пиемъ былъ приравненъ аналогичный случай продажи наслѣдства.

I. 16. pr. D. de pactis. 2. 14. Si cum emtore hereditatis pactum sit factum, et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet; nam ex quo rescriptum est a Divo Pio, utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

О тѣхъ же *utiles actiones* покупателя наслѣдства упоминаетъ рескриптъ Александра Севера I. 5. C. de hered. 4. 39.

Если мы будемъ разсматривать приведенный I. 16. D. de pactis — отдѣльно, то второе положеніе его (nam ex quo и проч.) можетъ показаться лишь повтореніемъ и ближайшимъ обоснованіемъ перваго положенія того же фрагмента; но если мы будемъ разсматривать его параллельно съ I. 10 § 2. D. de pactis, въ связи съ разъясненіемъ Ульпіана и Павла, что *dominis* долженъ былъ признавать противъ себя силу *pactum de non petendo*, заключеннаго чрезъ *procurator*, даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда не могло быть и рѣчи объ *utilis actio* ¹⁾), то мы легко придемъ къ убѣжденію, что въ указанномъ заключительномъ положеніи разбираемаго фрагмента—*actio utilis*, сообщаемая покупателю наслѣдства, разсматривается не въ виду обоснованія *exc. doli* только для особеннаго случая *pactum de non petendo*, заключеннаго покупателемъ наслѣдства, но съ точки зрѣнія гораздо болѣе общей, обнимающей и названный особый случай ²⁾).

¹⁾ Ср. I. 12. D. de pactis. 2. 14.

²⁾ Отсюда Бэръ (*Cess.* стр. 383) переводитъ указанную заключительную фразу фрагмента—такъ: «ибо съ тѣхъ поръ, какъ рескриптомъ *div. Pii*—*utilis actio* была сообщена покупателю наслѣдства, съ

Сдѣланное заключеніе находитъ подтвержденіе и въ другихъ мѣстахъ источниковъ, указывающихъ, что названное положеніе было дѣйствующимъ правомъ еще до Ульпіана, какъ для случая реституированія фидеикоммисса, такъ и для случая продажи наслѣдства.

Относящіеся сюда мѣста источниковъ суть:

1. 27. § 7. D. ad SC. Trebell. 36. 1. ¹⁾.

и 1. 17. D. de transact. 2. 15. ²⁾.

Въ приведенныхъ фрагментахъ содержится разсужденіе совершенно противоположное делегаціонному принципу. Согласно указанному разсужденію, наслѣдникъ не можетъ осуществлять наслѣдственные требованія, послѣ реституціи или продажи наслѣдства даже и при отсутствіи стипуляціи или литисконтестаціи пріобрѣтателя, въ виду противорѣчія такому осуществленію *exceptio doli* или — *restitutae hereditatis*. Только тогда, когда должникъ, не зная объ отчужденіи наслѣдства, вступалъ съ наслѣдникомъ въ мировую сдѣлку, происшедшій компромиссъ долженъ былъ быть поддерживаемъ, но не потому опять таки, что наслѣдникъ былъ дѣйствительнымъ кредиторомъ, а — *propter ignorantiam*. Причина этого отступленія отъ делегаціоннаго принципа можетъ быть найдена лишь въ доставленіи въ указанныхъ

тѣхъ поръ должникъ наслѣдства можетъ вообще опровергнуть искъ покупателя наслѣдства посредствомъ *exc. doli*.

¹⁾ Qui ex Trebelliano Senatusconsulto hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur, exceptioe restitutae hereditatis adjuvari vel, summoverti potest.

²⁾ Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit; si emtor hereditatis hoc debitum ab eo, exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

двухъ случаяхъ *actio utilis*, ставшей уже въ то время весьма употребительною.

Utilis actio того же вида, какъ мы видѣли выше, во время классическихъ юристовъ, принадлежала залогопринимателю при закладѣ долговаго требованія ¹⁾.

Кромѣ *actio utilis* залогопринимателя признавали и *actio utilis* покупателя требованія, стали признавать подобныя же полномочія и другихъ пріобрѣтателей требованія. Въ виду имѣющихся указаній въ источникахъ можно заключить о постепенности такого развитія. Такъ, въ то время, какъ 1. 3. C. de novat. 8. 42. (отъ 240 г.) еще ничего не знаетъ объ *actio utilis* при *mandatum actionis solvendi causa* и гораздо болѣе опирается на делегаціонную точку зрѣнія, — въ другомъ рескриптѣ того же императора Гордіана отъ 243 г. названный искъ объявляется въ извѣстныхъ случаяхъ допустимымъ ²⁾. Признаніе *actio utilis* выступаетъ еще рѣшительнѣе въ конституціи имп. Валер. и Галл. (отъ 261 г.) ³⁾.

Но и здѣсь еще, очевидно, въ виду воззрѣній классическаго времени замѣтно сомнѣніе въ томъ, должна ли имѣть мѣсто *delegatio* (стипуляція) или *litis contestatio* для того, чтобы цессіонаръ могъ сдѣлаться *dominus* требованія. Лишь при Диоклетіанѣ *utilis actio*, повидимому, пришла къ большей

¹⁾ 1. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1; 1. 4. C. quae res. p. obl. p. 8. 17; 1. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7.

²⁾ 1. 1. C. de O. et A. 4. 19: Data certae pecuniae quantitate ei, cujus meministi, invicem debiti actionem tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatam, et antequam eo nomine litem contestaveris, sine herede creditorem fati munus implere proponis. Quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.

³⁾ 1. 2. eod: Nominibus in dotem datis, quamvis nec *delegatio* praecesserit, nec *litis contestatio* subsequuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dare oportere, saepe rescriptum est.

общности. Съ теченіемъ времени мы находимъ ее на ряду съ *actio mandati*, признаваемой не только за покупателемъ *pominis* ¹⁾, но и за тѣми, кому требованіе передается въ качествѣ легата или вмѣсто уплаты ²⁾.

Но обратимся къ фрагменту приписываемому Ульпіану:

l. 55. D. de procur. 3. 3: *Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratoris in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam; qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.*

Если мы сравнимъ этотъ фрагментъ съ прочими одновременными ему и позднѣйшими изреченіями источниковъ, то трудно повѣрить, чтобы указанный фрагментъ, въ его настоящемъ видѣ, могъ исходить отъ Ульпіана, ибо во время названнаго юриста *utilis actio* никоимъ образомъ не могла принадлежать столь общно *in r. s. procuratori*, какъ заставляетъ предполагать послѣдняя фраза указаннаго фрагмента. Можетъ быть лишь, какъ справедливо замѣчаетъ Бэръ ³⁾, что первая часть фрагмента дѣйствительно взята у Ульпіана. И вѣроятно онъ написалъ ее въ томъ смыслѣ, что по установленіи *in r. s. procurator*, должникъ поступаетъ надлежащимъ образомъ, если онъ, дабы не сдѣлаться словонарушителемъ, предоставляет требовать *in r. s. procuratori*, а не первоначальному кредитору, который юридически еще представляется хозяиномъ требованія. Такимъ образомъ приведенное изреченіе было бы болѣе предписаніемъ доброй нравственности, чѣмъ юридическимъ правиломъ ⁴⁾.

¹⁾ l. 8. C. de hered. 4. 39.

²⁾ l. 5. C. quando fisc. vel. priv. 4. 15. l. 18. C. de legatis, 6. 37.

³⁾ Cess. стр. 388.

⁴⁾ Подобное изреченіе Ульпіана имѣется также въ l. 26. D. locati. 19. 2: *In operis duobus simul locatis convenit, priori conductori ante satisfieri.*

Превращеніе же указаннаго положенія въ юридическій принципъ, сообразно съ общимъ признаніемъ принадлежащей *in r. s. procuratori—actio utilis*, по всей вѣроятности, есть дѣло компилятора.

Какъ бы то ни было, несомнѣнно однако, что въ приведенномъ фрагментѣ содержится указаніе на преимущество *in r. s. procurator* передъ первоначальнымъ должникомъ, даже и до литисконтестаціи, заключающееся въ принадлежности *in r. s. procuratori—actio utilis*.

Вышеизложеннаго достаточно, чтобы оцѣнить *actio utilis*, принадлежавшую *in rem suam procuratori*. Въ противоположность *actio mandata*, принадлежавшей делегационной точкѣ зрѣнія, *actio utilis* была представительницей вырабатывавшагося цессіоннаго понятія. Осуществлявшаяся же въ *actio utilis* мысль была несомнѣнно та, что передача требованія для взысканія въ силу собственного права, доставляетъ непосредственное, не отзываемое право на требованіе. Указанная передача перестала, вслѣдствіе этого, быть мандатомъ, простымъ уполномоченіемъ, а стала актомъ дѣйствительной передачи имущества.

Несомнѣнно однако, что мысль о такомъ нововведеніи пробивала себѣ дорогу лишь постепенно, смотря по тому расположенію, которое оказывали отдѣльной юридической сдѣлкѣ, направленной на передачу требованія. Съ другой стороны, придерживались *actio mandata*, по скольку она была достаточна для даннаго конкретнаго случая, такъ что *actio utilis* имѣла, на ряду съ ней, значеніе болѣе субсидіарное. Фактически, однако, *actio utilis* была юридическимъ средствомъ, идущимъ гораздо далѣе и дѣлавшимъ совершенно излишнее *actio mandata*; въ виду чего, *actio utilis*, съ теченіемъ времени, должна была абсорбироваться, что дѣйствительно и случилось.

Вышеизложенное даетъ также возможность яснѣе опредѣлить значеніе для разбираемаго ученія — денунціаціи.

Несомненно, что денунциация связана съ развитіемъ цессіоннаго понятія. Мы видимъ, что во всѣхъ случаяхъ, нормируемыхъ съ делегационной точки зрѣнія признается, что служить къ присвоенію требованія могутъ лишь стипуляція и литисконтестація. Извѣщеніе о цессіи признается достаточнымъ для обезпеченія цессіонара лишь тѣми мѣстами источниковъ, которыя предоставляютъ *in r. s. procuratori—actio utilis*. Всѣ же мѣста, подобныя I. 1 и 2. C. de O. et A. 4. 10.—противопоставляютъ имѣющую быть доставленною *actio utilis*—отсутствующей литисконтестаціи, тогда какъ, если бы денунциация приравнивалась къ литисконтестаціи—уже при господствѣ делегационной точки зрѣнія, то должно было бы ожидать указаніе на «отсутствіе литисконтестаціи или денунциации»; а между тѣмъ, говоря о переходѣ дарственно-цедированнаго требованія выражаются словами: *licet nulla litis contestatio facta vel petita sit*. Изъ всѣхъ этихъ явленій, очевидно, можно сдѣлать заключеніе, что денунциация, какъ средство обезпеченія лица, имѣющаго *actio utilis*, составляетъ полную противоположность *litis contestatio*—какъ средству извѣстнаго присвоенія для *in r. s. procurator*.

Съ точки зрѣнія делегационнаго понятія—денунциация и литисконтестація даже не могутъ быть и сравниваемы. Если же I. 3. C. de novat. 8. 42. принадлежащая несомненно делегационной точкѣ зрѣнія и предполагаетъ такое сравненіе въ словахъ: *vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit*—то слова эти, по всей вѣроятности, интерполированы.

Причина такой интерполяции понятна. Компильторы не могли пользоваться даннымъ положеніемъ, въ его первоначальномъ видѣ, потому что въ ихъ время, не только литисконтестація, но и денунциация давали цессіонару вполне обезпеченное право на требованіе. Они и думали помочь дѣлу указаннымъ прибавленіемъ; они, можетъ быть даже, приняли упомянутую редакцію для того, чтобы указать на признавае-

мое новымъ правомъ, равенство значенія литисконтестаціи и денунциации, но они упустили при этомъ изъ виду, что въ приведенномъ мѣстѣ источниковъ содержится гораздо болѣе глубокое противоположеніе праву ихъ времени и что это противоположеніе должно было бы развитъ еще болѣе или совершенно отбросить. Для насъ же здѣсь является цѣннымъ лишь то, что компильторы несомненно хотѣли сказать, что по новому правовоззрѣнію для присвоенія требованія—литисконтестаціи цессіонара болѣе не требуется.

Въ теченіе двухъ столѣтій послѣ Діоклетіана ученіе о цессіи оставалось безъ особеннаго развитія. Ученіе о цессіи выдвигается снова на первый планъ, лишь при Анастасіи (сл. въ 500 г.). Въ I. 22. C. mandati. 4. 35. императоръ Анастасій издаетъ (носящее имя императора) предписаніе противъ ростовщическихъ покупокъ требованія. Императоръ же Юстиніанъ старается въ I. 23 eod. охранить этотъ законъ отъ обхода опредѣленіемъ, идущимъ еще далѣе. Въ обѣихъ конституціяхъ не говорится при этомъ о *mandatum actionum*; юридическая же сдѣлка, посредствомъ которой требованіе передается «*venditionis*» или «*donationis titulo*» называется уже «*cessio actionum*». Приведенныя выраженія указываютъ на существенный успѣхъ, происшедшій въ развитіи цессіоннаго понятія, такъ какъ иначе, едва ли можно было бы думать о томъ оборотѣ требованій который вызвалъ появленіе *lex Anastasiana* ¹⁾.

¹⁾ Несомненно, однако, что остатки древнѣйшаго права сохранились до Юстиніана. Это явствуетъ изъ конституціи I. 33. C. de donat. 8. 54.:

Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter suis eas transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent, vel jus contestationis divino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litis contestationem ad heredes transmitti

Въ то время, какъ для случаевъ онерознаго приобрѣтенія требованій уже утвердилось цессіонное понятіе, въ отношеніи даренія требованія сохранялась прежняя делегационная точка зрѣнія, такъ что если одаренный умиралъ до литисконтестаціи, то его право не переходило на наслѣдниковъ. Очевидно, что такая отсталость въ развитіи была слѣдствіемъ того неблагоприятнаго положенія, въ которое, съ давняго времени, ставилось дареніе. Юстиніанъ же предписалъ, чтобы и въ этомъ случаѣ, требованіе переходило по наслѣдству, т. е. чтобы примѣнялось цессіонное понятіе. Этимъ предписаніемъ, несомнѣнно, былъ уничтоженъ послѣдній остатокъ делегационной точки зрѣнія. Благодаря указанному обстоятельству, мы можемъ считать обязательство безусловно подлежащимъ передачѣ, а ученіе о цессіи завершеннымъ, хотя несомнѣнно, что съ современной точки зрѣнія можно сомнѣваться въ такомъ завершеніи даже и въ Юстиніановомъ правѣ.

Въ настоящее время на цессію смотрятъ какъ на договоръ, посредствомъ котораго приобрѣтается чужое требованіе. Стоитъ лишь взглянуть на современную намъ практику для того, чтобы убѣдиться въ справедливости сказаннаго.

Въ настоящее время каждый очень хорошо понимаетъ, что вовсе нельзя признать, что при цессіи обязательства, до увѣдомленія должника, не приобрѣтается ничего, кромѣ личнаго притязанія относительно цедента. Требованіе становится собственностью, вслѣдствіе его цессіи, хотя и само собою разумѣется, что возлагаемая на должника обязанность уплаты зависитъ отъ соотвѣтствующаго его извѣщенія.

Пока институтъ цессіи былъ въ состояніи развитія, до тѣхъ поръ юридическое основаніе, на которомъ передавался

permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus, licet nulla litis contestatio facta vel petita sit.

искъ имѣло значеніе лишь на столько, на сколько не всѣ юридическія основанія доставляли *actio utilis*, въ виду чего нужно было, для квалификаціи себя въ правѣ на вчиненіе *actio utilis* — опираться именно на юридическое основаніе передачи.

Въ настоящее же время, когда мы признаемъ, что каждое юридическое основаніе служить достаточнымъ поводомъ къ цессіи, указанная зависимость цессіи отъ ея основанія прекратилась. Теперь цессія представляетъ видъ абстрактной передачи имущества. Достаточно простаго объявленія: «цедирую», для того, чтобы процессуально цессія была признана существующею ¹⁾. Въ силу этой абстрактной природы, цессія стала на одной линіи съ традиціей и стипуляціей ²⁾, занявъ между ними какъ бы среднее мѣсто. Со стипуляціей у цессіи имѣется общность въ идеальномъ объектѣ, съ традиціей же то, что какъ при цессіи, такъ и при традиціи — объектъ имущественнаго сообщенія не создается впервые ими, но раньше уже имѣетъ объективную экзистенцію. Подобно стипуляціи и традиціи, цессія имѣетъ существованіе отдѣльное и независимое отъ своего юридическаго основанія (*causa, titulus*). Часто, однако, цессія вступаетъ съ нимъ въ тѣсную связь и такъ какъ она не ограничивается опредѣленной формой, то она можетъ быть совершенно сокрыта въ лежащей въ основаніи ея юридической сдѣлкѣ. Между тѣмъ, отсутствіе опредѣленной формы цессіи и служило нерѣдко поводомъ къ упущенію изъ виду ея истиннаго характера и къ идентифицированію цессіи съ ея *causa*.

Въ нижеслѣдующей характеристикѣ цессія взята въ тѣсномъ смыслѣ, въ которомъ мы обыкновенно употребляемъ

¹⁾ Cp. Seuffert, Arch. d. Entsch. d. ob. Ger. V. 150, 151. X. 36.

²⁾ Cp. Bähr, Anerkennung § 8.

это слово въ настоящее время, именно, какъ договоръ (*inter vivos*), который неограниченно передаетъ исковое право, какъ собственное имущественное право. Но уже выше было замѣчено, что еще римское право знало передачу исковыхъ правъ для ограниченныхъ цѣлей, подобно *jura in re aliena*.

Въ новѣйшее время понятіе цессіи, можетъ быть примѣняемо и въ виду указанныхъ ограниченныхъ цѣлей потому, что конституирующее право охватываетъ требованіе, смотря по своей природѣ — какъ бы вещной силой. Развившееся цессіонное понятіе распространилось, впрочемъ, и въ другую сторону. Пока требованія передавались только путемъ мандата, до тѣхъ поръ вчиненіе иска могло исходить лишь отъ самого кредитора, всякая же другая диспозиція, имѣющая цѣлью передачу требованія могла дѣйствовать лишь посредственно, облигаторно, понуждая кредитора къ *mandatum actionis*.

Такъ напримѣръ, адьюдикація требованія не давала адьюдикатару непосредственнаго права на требованіе, но обязывала лишь прежняго кредитора мандировать адьюдикатару — *actio* ¹⁾. Точно также, *legatum nominis* не могло сообщать непосредственнаго права требованія легатару, но обязывало лишь наследника сдѣлать легатара — *in r. s. procurator* омъ. Разъ, однако, было признано вообще, что требованія могутъ быть передаваемы, то не было болѣе надобности пользоваться указаннымъ обходомъ. Признаніе *actio utilis* стало возможнымъ какъ въ зависимости отъ воли кредитора, такъ и отъ воли другихъ лицъ, каковы: судья, наследникъ (въ случаѣ легата) и т. д.

Такимъ образомъ, въ настоящее время передача требованія путемъ цессіи можетъ происходить не только посред-

¹⁾ Ср. 1. 2. § 5. D. fam. exerc. 10. 2; 1. 21. § 3. D. de ann. leg. 33. 1.

ствомъ договора (*inter vivos*), но и посредствомъ всякаго рода иныхъ юридическихъ актовъ, способныхъ вообще къ передачѣ имущества, каковы завѣщательное распоряженіе, судебное рѣшеніе и проч. Впослѣдствіи, принципъ *actio utilis* получилъ расширеніе еще и въ виду того, что въ извѣстныхъ случаяхъ, гдѣ отсутствовало волеизъявленіе, направленное на передачу требованія, на основаніи *aequitas* — воля эта была фингирована, и на право требованія смотрѣли какъ на приобрѣтенное третьимъ лицомъ въ силу закона, признавая за этимъ лицомъ — *actio utilis*. Въ данномъ случаѣ шла, слѣдовательно, рѣчь не только объ обходѣ формы, но доставленіе названной *actio utilis* имѣло весьма важное и матеріальное значеніе, потому что третьему лицу, вмѣсто посредственнаго личнаго притязанія на требованіе, реализируемаго лишь черезъ цессію результата приобрѣтенія — доставлялось непосредственное право на требованіе, такъ что если приобрѣтатель требованія — подпадалъ подъ конкурсъ, то третье лицо (подобно виндиканту) могло осуществлять противъ *debitor cessus* перешедшее къ нему право требованія, внѣ конкурса. Определенное отграниченіе случаевъ такого законнаго перехода требованій весьма затруднительно. Во всякомъ однако случаѣ, положеніе, что вездѣ, гдѣ должна имѣть мѣсто цессія, тамъ, въ настоящее время, требованіе можетъ быть осуществляемо черезъ *actio utilis* — должно быть признано преувеличеннымъ.

Такое положеніе, уничтожаетъ въ области обязательственнаго права, всякое обезпеченіе личности кредитора и ведетъ къ подобному же заблужденію, какъ если бы въ области вещнаго права захотѣли признать положеніе, что вездѣ, гдѣ существуетъ обязательство къ передачѣ собственности, самъ собственникъ можетъ быть преслѣдуемъ посредствомъ *utilis rei vindicatio*. Также и въ области оборота съ требованіями основныя понятія права, личныя и вещныя уполномоченія должны быть примѣняемы такъ, чтобы названный оборотъ не терялъ своей солидности.

Вслѣдствіе возможности передачи требованій получило значеніе субъективное уполномоченіе на требованіе, въ противоположность прежней безусловной объективности обязательствъ. Но можетъ возникнуть вопросъ—кому же принадлежитъ данное требованіе? Необходимо обозначить уполномоченіе даннаго лица, въ противоположность уполномоченію другихъ лицъ. Наиболее подходящимъ для того выраженіемъ, по мнѣнію Бэра, служить—«собственность на требованіе» («*Eigenthum an der Forderung*») въ противоположность возможнымъ въ отношеніи его ограничительнымъ правамъ, каковы закладное право, узуфруктъ и т. под., хотя само собою разумѣется, что въ отношеніи собственности на требованіе не могутъ быть примѣняемы всѣ положенія, имѣющія силу касательно собственности на вещи, равно какъ и владѣніе со всѣми его послѣдствіями. Въ обыденной жизни, говоритъ Бэръ ¹⁾, давно уже принято выраженіе—«собственность на требованіе». Непризнаніе наукой такого выраженія было бы неосновательно. Нельзя также сказать, что это не согласно съ понятіями римскаго права, ибо и римляне обозначали *procurator*'а послѣ *litis contestatio*, какъ *dominus litis*, т. е. хозяина, собственника процессуальнаго обязательства. Въ виду этого мы и можемъ говорить о собственности на требованіе по крайней мѣрѣ настолько, насколько уже римляне говорили о закладномъ правѣ на требованіи.

Обращаясь къ разсмотрѣнію существующихъ ученій о цессіи—Бэръ оговаривается, о томъ, что онъ вовсе не думаетъ внести въ указанное ученіе что либо совершенно новое.

Высказываемыя имъ воззрѣнія были уже одно время извѣстны, хотя и сопровождались нѣкоторыми ложными выводами. Сопоставленіе цессіи съ традиціей весьма старо. Оно встрѣчается уже въ *glossa* ²⁾. Подобныя же указанія встрѣ-

¹⁾ Cess. стр. 401.

²⁾ ad. c. ult. quando fisc. v. priv.

чаются у Бартола ¹⁾. Воззрѣніе на цессію, защищаемое Бэромъ встрѣчается также у Донелла ²⁾. У послѣдняго цессія совершенно ясно обозначается какъ актъ абстрактнаго сообщенія имущества, аналогичный передачѣ собственности на тѣлесныя вещи, причемъ въ качествѣ представителя этой передачи собственности на требованіе признается *actio utilis*. Подобнымъ же образомъ, почти всѣ древніе практики рассматривали цессію, какъ дѣйствительную передачу права требованія; при этомъ, однако, признавая римское право недостаточнымъ для обоснованія своихъ воззрѣній, они обращались не рѣдко и къ современному имъ правовоззрѣнію ³⁾.

Существенная ошибка въ воззрѣніяхъ прежнихъ юристовъ, по мнѣнію Бэра, заключается въ томъ, что вмѣсто того, чтобы признавать взаимное отношеніе *actio mandata* и *actio utilis* ⁴⁾ за отношеніе историческаго успѣха и считать устраненіе противоположенія названныхъ исковъ результатомъ допущенія общаго значенія *actio utilis*, они пришли къ заключенію, что *actio mandata* и *actio utilis* существуютъ еще и въ современномъ правѣ на ряду другъ съ другомъ, какъ иски, вытекающіе изъ цессіи и признавали въ зависимости отъ того, пользуется ли цессіонаръ въ своихъ отношеніяхъ къ должнику *actione mandata* или *actione utili*—существенно различныя послѣдствія, причемъ долженъ былъ остаться не

¹⁾ ad. l. 1. C. de O. et A.:—quod operatur traditio in rebus corporalibus, illud operatur cessio in istis rebus incorporalibus.

Болѣе подробное указаніе исторіи догмы см. у Mühlenbruch (Cession § 17) и Kuntze (Oblig. § 7 и сл.).

²⁾ Comment. XV. c. 44. § 8 и сл.

³⁾ См. напр. Schilter (Praxis jur. Rom. Exerc. 30. § 62 и сл.); Leyser. (Medit. ad Pand. Spec. 199. № 6, 7.).

⁴⁾ Cp. Faber (Conj. XII. c. 6.): Aliud est mandare actionem, longe aliud nomen cedere.

разрѣшеннымъ вопросъ о томъ, какимъ образомъ слѣдуетъ понимать противоположеніе указанныхъ исковъ въ ихъ практическомъ проявленіи. Мюленбрухъ, который въ новѣйшее время впервые подвергнулъ ученіе о цессіи разсмотрѣнію съ исторической точки зрѣнія, имѣетъ безспорную заслугу, состоящую въ устраненіи указанной ошибки, вслѣдствіе ученія о томъ, что оба иска направлены къ одной и той же цѣли и при обоихъ возникаетъ (касательно *debitor cessus*) одинаковое юридическое отношеніе ¹⁾. Но *actio mandata* и *actio utilis* сливаются у Мюленбруха и въ отношеніяхъ между цедентомъ и цессіонаромъ. Мюленбрухъ не сознаетъ, очевидно, исполнѣ ясно того успѣха внутренняго преобразования, которое претерпѣло ученіе, вслѣдствіе *actio utilis*. У Мюленбруха нѣтъ для того соответствующаго понятія объ «имущественномъ сообщеніи» («*Vermögenszuwendung*»), какъ у Бэра, и признаніе наличности указанного сообщенія при цессіи. Сообразно съ этимъ, Мюленбрухъ опредѣляетъ цессію какъ передачу полномочія на осуществленіе чужаго права требованія, какъ своего собственнаго ²⁾—дефиниція, которая, какъ легко видѣть, оставляетъ совершенно неразрѣшеннымъ вопросъ о томъ — предполагается ли здѣсь продолжающимъ свое существованіе прежнее делегаціонное понятіе или уступлено мѣсто другому воззрѣнію.

Видоизмѣненіе прежняго ученія Мюленбрухъ видитъ въ томъ, что дѣйствія *actio mandata* и *actio utilis* наступаютъ и помимо формы мандата, вслѣдствіе каждаго волеизъявленія, имѣющаго въ виду передачу требованія.

Сравненіе цессіи съ традиціей Мюленбрухъ отрицаетъ и склоняется къ признанію, что о «собственности» на тре-

¹⁾ Mühlenbruch, Cession § 16.

²⁾ Тамъ же, § 18 ...die Uebertragung der Befugniß ein fremdes Forderungsrecht als eignes geltend zu machen.

бованіе и объ осуществленіи этой собственности противъ третьихъ лицъ не можетъ быть и рѣчи ¹⁾.

Еще рѣшительнѣе въ пользу удержанія делегаціоннаго понятія высказывается Пухта ²⁾, который, по мнѣнію Бэра ³⁾, «настолько глубоко вчитался въ классическую юриспруденцію», что онъ даже не въ состояніи оцѣнить, должнымъ образомъ, позднѣйшее развитіе. Пухта признаетъ различіе между основаніемъ цессіи и ея актомъ. Актъ цессіи въ его глазахъ все еще ни что иное, какъ мандатъ. Посредствомъ указанного акта ничто не измѣняется въ отношеніяхъ между цедентомъ и должникомъ. Цедентъ обязывается лишь obligatorно—*causa cessionis*—не дѣйствовать болѣе, въ качествѣ кредитора. Отъ могущаго продолжаться воздѣйствія цедента, требованіе охраняется лишь черезъ *litis contestatio* и въ силу сингулярнаго предписанія черезъ денунціацію цессіонара. По мнѣнію Пухты, *actiones utiles* должны имѣть мѣсто тогда, когда обязанный къ цессіи не хочетъ или не можетъ устанавливать *mandatum*.

Въ виду авторитетовъ вышеуказанныхъ ученыхъ, съ нѣкотораго времени, сдѣлалось почти общимъ положеніе, что цессія переноситъ не самое право требованія, но лишь его выполненіе (*Ausübung*) или, что цессіонаръ осуществляетъ чужое право требованія. Чужимъ, говоритъ Мюленбрухъ ⁴⁾, указанное право можетъ быть признаваемо потому, что и послѣ цессіи цедентъ можетъ еще имъ распоряжаться и что, вслѣдствіе этого, требованіе, въ сущности, все еще можетъ быть разсматриваемо какъ требованіе цедента.

¹⁾ Тамъ же, §§ 17, 49.

²⁾ Ср. его возвр. въ Weiske's-Rechtslex. II стр. 636 и сл.; Pand. § 280 и Vorles.

³⁾ Cess. стр. 406.

⁴⁾ Cess. §§ 18, 48.

Въ новѣйшее время, противъ этихъ положеній открыто высказываются: Дельбрюкъ ¹⁾, Бринцъ ²⁾, Виндшейдъ ³⁾, Арндсъ ⁴⁾.

Нерѣдко утверждаютъ, что кому передается неограниченное осуществленіе требованія, тому чрезъ это передается и самое право, такъ какъ, практически, право можетъ проявляться лишь въ его осуществленіи. На сколько, однако, идетъ рѣчь объ отношеніяхъ между цессіонаромъ и цедентомъ, на столько должно отрицать справедливость и этихъ положеній. Противъ положенія, что цессія содержитъ въ себѣ лишь дозволеніе будущаго присвоенія, но не непосредственное сообщеніе права требованія, другими словами, что делегационная точка зрѣнія все еще дѣйствуетъ, должно протестовать самымъ рѣшительнымъ образомъ. Преобразование новаго права именно въ томъ и заключается, что цедентъ не сохраняетъ за собою послѣ цессіи никакого права на цедированное требованіе и выраженіе такого права не можетъ быть найдено ни въ мнимо остающейся у него *actio directa*, ни въ томъ обстоятельстве, что должникъ до полученія извѣстія о цессіи можетъ освободиться отъ долга путемъ уплаты цеденту. Напротивъ, при сравненіи цессіи съ передачей собственности, въ ихъ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ, выясняется, относительно, гораздо большая зависимость цессіонара отъ цедента.

Зависимость эту нельзя, однако, находить въ такихъ явленіяхъ, которыя суть какъ бы необходимыя слѣдствія положенія *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*. Если цессіонаръ какого либо денежнаго требованія долженъ подвергаться возраженіямъ, что цедентъ передалъ вещь

¹⁾ Delbrück, Uebnahme fremder Schulden, стр. 8 и сл.

²⁾ Brinz, Kritische Blätter № 2. стр. 34.

³⁾ Windscheid, Kritische Ueberschau I стр. 40; Actio §§ 16, 17.

⁴⁾ Arndts, Pandekten 2 Aufl. § 254. прим. 4.

не существующую или уже получилъ соответствующую уплату, то это слѣдуетъ просто изъ того, что въ данномъ случаѣ предполагается, что вовсе и не было требованія, способнаго къ цессіи и положеніе цессіонара не лучше положенія приобретателя собственности, когда лицо, передавшее эту собственность никогда ея и не имѣло или лишилось ея еще до передачи, между тѣмъ какъ положеніе *nemo plus juris* и проч. справедливо лишь на столько, на сколько могутъ существовать отношенія, которыя не допускаютъ прекращенія права, но только служатъ основаніемъ оспариваемости его дѣйствительности и которыя тамъ, гдѣ право должно быть преслѣдуемо искомъ путемъ характеризуются какъ эксценціи. Указанныя отношенія, при переходѣ права на другое лицо могутъ быть разсматриваемы двояко. Можно разсматривать ихъ какъ ограниченія, ингерирующія въ самомъ правѣ и потому дозволяющія переходъ права къ третьему лицу, лишь вмѣстѣ съ ними. Можно, однако, представить ихъ и раздѣльными отъ права, такъ что право можетъ быть передаваемо третьимъ лицамъ и безъ нихъ, причемъ названные отношенія сохраняются лишь касательно лицъ, уполномоченныхъ ранѣе заключенія сдѣлки о передачѣ. Но и въ послѣднемъ случаѣ, нельзя признавать рѣзкой противоположности между положеніемъ цессіонара и положеніемъ приобретателя собственности. Обыкновенно, при вопросѣ о томъ, насколько преемникъ права собственности долженъ подвергаться эксценціямъ, основаннымъ на положеніи его предшественника, различаютъ между *exceptiones personae* и *rei cohaerentes*, въ томъ смыслѣ, что послѣднія признаются имѣющими силу и противъ сингулярнаго сукцессора ¹⁾. Къ нимъ должно отнести *exc. rei venditae et traditae* ²⁾, *exc.*

¹⁾ 1. 4. § 27. D. de doli mali. 44. 4.

²⁾ 1. 4. § 32. eod. l. 3 D. de exc. 21. 3.

metus ¹⁾; без сомнѣнія, также, и *ex c. doli*, на сколько посредствомъ послѣдней—*bonae fidei possessor* можетъ указывать на притязаніе о вознагражденіи издержекъ, сдѣланныхъ въ періодъ времени до передачи собственности. Еще же въ болѣе широкомъ смыслѣ указанныя эксцепціи должны быть допускаемы и тогда, когда истецъ приобрѣлъ *ex causa lucrativa* ²⁾).

Такимъ образомъ, очевидно, совершенно невозможно признать, что право собственности переходитъ на сингулярнаго сукцессора, независимо отъ всякихъ эксцептивныхъ отношеній. Противоположное немислимо также и въ области ученія о цессіи. Цессіонаръ долженъ допускать противъ себя всѣ эксцепціи, которыя могутъ быть противопоставлены исковому праву cedenta, параллельно же такимъ эксцепціямъ идутъ оспариванія собственности, которыя не могутъ имѣть мѣста противъ третьяго приобретателя и которыя обусловливаются недостатками *causa*. Римское формальное обязательство стоитъ особенно близко къ собственности, чрезъ то, что оно, подобно собственности, является представителемъ приобретенія независимаго (абстрактнаго) отъ своего юридическаго основанія, но подлежитъ оспариванію вслѣдствіе недостатковъ *causa*, выработавшемуся одинаково какъ для института собственности, такъ и обязательственнаго права, въ области ученія о кондикціяхъ ³⁾. Хотя въ то время, какъ оспариваніе собственности, переданной *sine causa* допускалось лишь посредствомъ кондикціи—оспариваніе конституированнаго обязательства могло осуществляться въ формѣ *exceptio (doli)*.

При отчужденіи собственности, право оспариванія (кон-

¹⁾ 1. 4. § 33. D. de doli mali. 44. 4.

²⁾ 1. 4. §§ 27, 31. eod.

³⁾ Ср. Bähr, Anerkennung § 25 и сл.

дикція) противъ отчуждающаго не переходило на новаго приобретателя пассивно, но оставалось, гораздо болѣе, какъ строго личное притязаніе между первоначальными контрагентами. То же самое могло имѣть мѣсто (безъ нарушенія принципа *nemo plus juris* и проч.) и относительно формальнаго обязательства. Можно было бы допустить переходъ его на цессіонара, свободный отъ какихъ либо эксцепцій, основанныхъ на недостаткахъ *causae* и допускавшихъ эксцепцію, причемъ римская стипуляція стала бы юридическимъ отношеніемъ, соотвѣтствующимъ нашему современному векселю, потому что характерность послѣдняго состоитъ именно въ томъ, что возраженія изъ *causa* вексельнаго обязательства не переходятъ на индоссата. Но дѣло развилось иначе. Въ виду того, что цессія основывалась на передачѣ процессуальнаго обязательства, понятно, что и право оспариванія должно было слѣдовать за передаваемымъ обязательствомъ. Согласно же съ этимъ, стипуляція не могла имѣть аналогіи ни съ современнымъ векселемъ, ни съ современной долговой роспиской (*Shuldschein*) ¹⁾. Въ этомъ смыслѣ можно, слѣдовательно, сказать, что цессія переноситъ обязательство менѣ совершенно, чѣмъ традиція—собственность, и именно на столько, на сколько обязательство въ рукахъ цессіонара подлежитъ оспариваніямъ, которымъ не подлежитъ собственность въ рукахъ новаго приобретателя. Несовершенство цессіи заключается еще и въ томъ, что цессіонаръ въ отношеніи своего процессуальнаго положенія менѣ самостоятеленъ, чѣмъ новый приобретатель собственности потому, что онъ является какъ будто бы представителемъ первоначальнаго кредитора.

Указывать на эти несовершенства, характеризующія передаваемое требованіе въ противоположность передаваемой соб-

¹⁾ Ср. Bähr, Anerkennung §§ 59, 68 и др.

ственности, несовершенства, не столько, впрочем, передачи права, сколько гораздо болѣе самого передаваемого права въ виду того, что цессія передавала лишь осуществленіе требованія—вполнѣ возможно, но считать подходящимъ выраженіемъ такого указанія вышеприведенныя неправильныя положенія различныхъ ученыхъ, совершенно невозможно.

Другая форма, въ которой выражается опровергаемое воззрѣніе сводится къ выраженію, что «сингулярная сукцессія не имѣетъ мѣста въ отношеніи обязательствъ» — положеніе, которое Кунце, напротивъ, считаетъ основаніемъ для рѣшенія вышеуказаннаго спора ¹⁾.

Несомнѣнно, что было время, когда дѣйствительно можно было сказать, что сингулярная сукцессія не имѣетъ мѣста въ области обязательственного права. Это время было тогда, когда присвоеніе чужаго требованія могло имѣть мѣсто лишь черезъ *litis contestatio*; основываемое же чрезъ это процессуальное обязательство рассматривалось какъ вновь обоснованное и отличающееся отъ первоначальнаго. Здѣсь первоначальное требованіе прекращалось въ тотъ самый моментъ, когда его содержаніе переходило на новаго пріобрѣтателя; оно не переживало сукцессіи. Не желая признавать такое положеніе за истинное, должно, очевидно, довольствоваться признаніемъ, что въ процессѣ сохраняется первоначальное обязательство. Отсюда же и тѣ юристы, которые въ общемъ хотятъ удержать делегационную точку зрѣнія, если только они отрицаютъ процессуальную новацию должны будутъ согласиться, что черезъ *litis contestatio* и приравниваемую къ ней денунціацию цессіонаръ пріобрѣтаетъ требованіе cedentа, какъ извѣстный имущественный объектъ. Тѣ юристы, которые признаютъ цессіонное понятіе господствующимъ, признаютъ, очевидно, такое пріобрѣтеніе наступающимъ

¹⁾ Oblig. Abschn. I. стр. 29 и 76.

уже съ самой цессіей. Въ виду же того, что обыкновенно, если только не прибѣгаютъ къ самопроизвольнымъ выраженіямъ, вступленіе въ чужое право, объективно остающееся неизмѣненнымъ—обозначаютъ какъ сукцессію ¹⁾, очевидно, что цессія, не смотря на доводы Кунце, должна быть признана содержащей въ себѣ сингулярную сукцессію.

Было бы, однако, совершенно ошибочно думать, что вышеуказанные юристы склонные къ признанію делегационной точки зрѣнія проводятъ такую тенденцію вполнѣ послѣдовательно. Напротивъ того, почти всѣ они, не исключая и Мюленбруха, при отдѣльныхъ и запутанныхъ выводахъ, переходятъ къ цессіонному понятію.

Практическое проведеніе делегационной точки зрѣнія также совершенно невозможно ²⁾.

Такимъ образомъ, кардинальный вопросъ ученія о цессіи, вопросъ о томъ, въ какой моментъ завершается имущественная передача между cedentомъ и цессіонаромъ, составляющая цѣль цессіи—рѣшается Бэрромъ, не въ пользу момента *litis contestatio* между цессіонаромъ и должникомъ или момента денунціаціи послѣднему, но въ пользу момента совершенія самаго акта цессіи. Уже съ этого времени искъ, а вмѣстѣ съ нимъ и право требованія переходятъ въ имущество цессіонара, и имѣетъ мѣсто сингулярная сукцессія. Если же cedentъ отчуждаетъ исковое право уже чрезъ цессію, то указанное право не можетъ принадлежать cedentu послѣ цессіи. Поэтому, должникъ, очевидно, можетъ сдѣлать возра-

¹⁾ Объ универсальной сукцессіи при цессіи очевидно не можетъ быть и рѣчи.

²⁾ Въ доказательство, можно сослаться на двѣ превосходныя монографіи Schäffer'a, по вопросу о томъ, который изъ нѣсколькихъ цессіонаровъ одного и того же кредитора имѣетъ преимущество. (Giesser Archiv I. 23 и III. 18). Ср. также рѣшеніе OAGer. zu Lübeck отъ 1853 г. (Seuffert, Archiv VII. № 301).

женіе цеденту по поводу отсутствія уполномоченія къ иску, даже и въ томъ случаѣ, если цессіонарь и не денунціровалъ должнику, но послѣдній какимъ-либо инымъ путемъ узналъ о цессіи.

Совершенно другой вопросъ—на сколько *debitor cessus* обязанъ сдѣлать указанное возраженіе противъ иска цессіонара. Здѣсь, прежде всего, выступаетъ положеніе, что должникъ, пока онъ ничего не знаетъ о цессіи, можетъ уплачивать прежнему кредитору. Положеніемъ этимъ вовсе не преслѣдуется цѣль признать продолжающимся право цедента на требованіе, но имѣется въ виду лишь предупрежденіе убытка должника. Должникъ, уплачивающій цеденту освобождается не потому, что цедентъ еще кредиторъ, но потому, что хотя онъ и не кредиторъ болѣе, но цессія, совершенная невѣдомо для должника не можетъ служить къ его невыгодѣ. Здѣсь вліяетъ лишь *bona fides* должника, уваженіе которой въ данномъ случаѣ, какъ и въ другихъ подобныхъ отношеніяхъ, является лишь предписаніемъ справедливости¹⁾. Цедентъ является, въ разбираемомъ случаѣ, уполномоченнымъ на принятіе уплаты, столь же мало, какъ и мандатаръ, по прекращеніи мандата, вслѣдствіе, напримеръ, смерти манданта и т. под.²⁾; столь же мало какъ и проходящій, который захватитъ вино, выливаемое должникомъ, вслѣдствіе того кредитора³⁾. Если же должникъ, до полученія извѣщенія о цессіи могъ погашать свой долгъ, уплачивая цеденту, то очевидно, что ему не могло вредить и то, если онъ не противопоставлялъ иску цедента возраже-

¹⁾ Ср. Donell. Comm. XV. c. 44. § 23. (Non liberatur summo jure, sed utilitatis causa, ne dum solvit ei, cui soli se teneri putabat, justa ignorantia ei damnum adferat).

²⁾ I. 12. § 2. I. 32. I. 34. § 3. I. 51. D. de solut. 46. 3. I. 26. § 1. D. mandati. 17. 1.

³⁾ I. 1. § 3. D. de peric. 18. 6.

ніе по поводу цессіи, ему неизвѣстной. Во всякомъ случаѣ, цедентъ имѣетъ права на вчиненіе иска столь же мало, какъ и кредиторъ уже оплаченный *correo debendi*, когда привлеченный къ отвѣтственности другой *correus* не указываетъ на уплату, оставшуюся ему неизвѣстной и не съ большимъ основаніемъ, чѣмъ виндицирующій прежній собственникъ вещи, когда отвѣтчикъ, не зная о происшедшемъ отчужденіи, не пользуется соотвѣствующимъ возраженіемъ. Признаніе иска во всѣхъ этихъ случаяхъ законнымъ покоится не на материальномъ правѣ, но только на процессуальной возможности вчинить искъ, доказать несостоятельность котораго отвѣтчикъ не можетъ въ силу случайности, слѣдовательно, лишь на процессуальномъ заблужденіи. Но спрашивается, не обязываетъ ли должника какимъ бы то ни было способомъ полученное извѣщеніе о цессіи, не считать болѣе кредиторомъ цедента? По мнѣнію Бэра, должно отвѣтить утвердительно. Всякое извѣстіе, которое даетъ возможность заключить, что въ продолжающемся признаніи цедента за кредитора заключается *dolus* должника противъ цессіонара—обязываетъ должника вышеуказаннымъ образомъ¹⁾. Въ интересахъ должника, не должно, однако, упускать изъ виду, что должнику можетъ быть совершенно безразлично, кто осуществляетъ требованіе. На такомъ безразличіи и основывается именно цессія. Отсюда же очевидно, что если должникъ предъявляетъ возраженіе противъ цедента, что кредиторъ не онъ, но цессіонарь, то должникъ возбуждаетъ споръ, въ которомъ заинтересованъ прежде всего цессіонарь и при которомъ, какъ будетъ указано ниже, можетъ быть требуемо, чтобы цессіонарь заступился за должника. Такимъ образомъ, чтобы можно было, безъ опасенія личныхъ невыгодъ, противопоста-

¹⁾ Это воззрѣніе находитъ подтвержденіе и у Донелла (Comm. XV. c. 44. §§ 21, 22; Ср. также ad l. 3. de novat.).

вить указанное возраженіе цеденту, должникъ долженъ знать о цессіи и имѣть строго опредѣленное основаніе, на которое онъ могъ бы опереться, а такое основаніе, по общему правилу, ему доставляетъ лишь денунціація со стороны цессіонара. Посредствомъ денунціаціи цессіонаръ обязываетъ не только должника—не обращать болѣе вниманія на распоряженія цедента, но и себя самого—отвѣчать передъ должникомъ за существованіе цессіи, въ случаѣ какихъ бы то ни было возраженій со стороны цедента. Безъ такого корреспондирующаго обязательства за должникомъ не можетъ быть признаваема возможность осуществленія въ интересахъ цессіонара цессіи, о которой должникъ узналъ лишь по слухамъ. Хотя должникъ и имѣетъ право игнорировать не достаточно солидное извѣстіе о цессіи, тѣмъ не менѣе, право это никогда не можетъ выродиться въ формальный *dolus*. Когда, слѣдовательно, должникъ имѣетъ въ рукахъ документы, которыми доказывається фактъ цессіи, то онъ не можетъ ссылаться на отсутствіе денунціаціи. Сообразно съ этимъ разрѣшается и весьма спорный вопросъ о томъ, можетъ ли служить обезпеченіемъ долга цессіонару—денунціація со стороны цедента, точно также, какъ и денунціація цессіонара. Если цедентъ самъ говоритъ, что онъ хотя и цедировалъ, но все-таки желаетъ взыскать долгъ, то должникъ, въ случаѣ признанія такого доложнаго требованія цедента, самъ становится виновнымъ въ *dolus* и потому не можетъ быть признанъ либерированнымъ ¹⁾. Когда же напротивъ, первоначальный кредиторъ, который объявилъ уже прежде, что онъ цедировалъ свое требованіе, позднѣе, съ полной увѣренностью и самымъ невиннымъ образомъ будетъ утверждать, что объявленіе о цессіи было преждевременнымъ, что дѣло до цессіи не дошло

¹⁾ Съ этимъ согласенъ и Schäffer (Giess. Arch. III. стр. 411. № 5).

и что поэтому онъ все еще кредиторъ, то, смотря по обстоятельствамъ, уплатившій такому кредитору должникъ можетъ быть и либерированъ. Весь вопросъ есть, слѣдовательно, *quaestio facti* конкретного случая. При такой же фактической природѣ вопроса не можетъ быть оставляема безъ вниманія и природа совершаемаго въ отношеніи цедента либерующаго юридическаго акта. Положеніе должника наименѣе затруднительно, когда онъ докажетъ, что онъ дѣйствительно уплатилъ цеденту, потому что, въ этомъ случаѣ, должникъ никакимъ образомъ не могъ получить реальной выгоды и поэтому весьма мало основанія предполагать, чтобы онъ поступалъ недобросовѣстно. Сомнительнѣе случай, когда должникъ заключилъ съ цедентомъ мировую сдѣлку, потому что здѣсь можетъ имѣть мѣсто подозрѣніе, что должникъ воспользовался мнимымъ уполномоченіемъ цедента, чтобы получить извѣстную уступку. Поэтому, въ данномъ случаѣ правильнѣе считать достаточнымъ и менѣе солидное основаніе для предположенія знанія должника о цессіи для того, чтобы признавать заключенную мировую сдѣлку не обязательной для цессіонара. Наболѣе же сомнительнымъ является положеніе должника, когда онъ получаетъ требованіе въ подарокъ отъ цедента. Въ данномъ случаѣ, повидимому, должно признать, что на такое дареніе со стороны неуполномоченнаго болѣе цедента—должникъ вообще не можетъ ссылаться передъ цессіонаромъ ¹⁾. Это же подтверждается и указаніями l. 4. §§ 29 и 31 D. de doli mali. 44. 4. и l. 6. § 11. D. quae in fraud. 42. 8, согласно которымъ, при отношеніяхъ совершенно подобныхъ разбираемымъ, гдѣ должна быть защищаема *bona fides*—имѣетъ силу положеніе, что *causa lucrativa pro dolo est*; положеніе, которое находитъ практическое оправданіе въ томъ, что въ боль-

¹⁾ Ср. Schäffer (Giess. Arch. I. стр. 954. № 8).

шинствѣ случаевъ такихъ дареній — *dolus* одаряемаго дѣйствительно существуетъ, если и не можетъ быть формально доказанъ. Указанная же точка зрѣнія даетъ твердое основаніе и для рѣшенія вопроса о томъ, какіе факты могутъ служить суррогатомъ денунціаціи цессіонара. Въ I. 3. C. de novat. 8. 42. такой суррогатъ указанъ словами *vel aliquid ex debito accipiat*. Но остановиться на этомъ нельзя. Необходимо признать, что каждое сознательное признаніе должникомъ цессіонара, за такового, т. е. каждый фактъ, которымъ должникъ даетъ знать цессіонару, что онъ смотритъ на него какъ на своего кредитора, дѣлаетъ излишнимъ особое увѣдомленіе о цессіи. Сюда должно, слѣдовательно, отнести: просьбу о продленіи срока, предложеніе о заключеніи мировой сдѣлки и проч. Если должникъ сталъ въ указанное отношеніе къ цессіонару, то если даже извѣстность о цессіи и не вполне солидна, тѣмъ не менѣе должникъ не можетъ уже принимать къ свѣдѣнію диспозиціи цедента, напротивъ того должно быть признано соотвѣтствующимъ *bona fides*, чтобы, по крайней мѣрѣ, въ случаѣ преслѣдованій со стороны цедента, должникъ сдѣлалъ надлежащія указанія цессіонару, дабы послѣдній могъ охранить свои права. Изъ указанного значенія денунціаціи, Бэръ выводитъ, что сама по себѣ она не дѣйствуетъ «далѣе чѣмъ на личность денунціата». Если, слѣдовательно, наслѣдникъ должника, который ничего не знаетъ о денунціаціи его наслѣдодателю, уплатить первоначальному кредитору, какъ мнимо еще уполномоченному, то эта уплата должна заслуживать не меньшей защиты, чѣмъ уплата, совершенная добросовѣстнымъ должникомъ. Поэтому, чтобы дѣйствовать болѣе основательно цессіонарь долженъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ повторить денунціацію. Упомянутая точка зрѣнія должна быть примѣнена и тогда, когда для цедированнаго требованія на лицо нѣсколько *correi*. Когда же цессіонарь денунціируетъ должнику, но не поручителю, а послѣдній платитъ

цеденту *bona fide*, то поручителю принадлежитъ искъ о возвращеніи (*actio mandati*) противъ должника, но поэтому-то должникъ и долженъ быть признанъ освободившимся передъ цессіонаромъ. Если цессіонарь хотѣлъ бы воспрепятствовать этому, то онъ долженъ былъ бы денунціровать и поручителю. Должникъ же долженъ быть признанъ дѣйствующимъ согласно *bona fides* если онъ извѣщаетъ цессіонара лишь о существованіи поручителя, который могъ бы уплатить. Но онъ не долженъ увѣдомлять поручителя; цессіонарь можетъ заботиться объ этомъ самъ.

Наконецъ, признаніе, что денунціація не есть собственно то, что основываетъ право цессіонара противъ должника — даетъ возможность выяснить истинное значеніе денунціаціи для процесса. Денунціація не есть необходимое условіе иска вчиняемаго цессіонаромъ. Коль скоро должникъ обязанъ уплатить въ извѣстный срокъ, или если цедентъ напоминаетъ о долгѣ, то цессіонарь можетъ вчинить искъ уже потому, что должникъ не уплатилъ цеденту; должникъ же не можетъ при этомъ возразить, что цессія не была ему извѣстной. Гдѣ, напротивъ, для вчиненія иска требуется напоминаніе и гдѣ это не сдѣлано цедентомъ, тамъ цессіонарь долженъ предпринять напоминаніе и при этомъ, чтобы выказать себя должнымъ напоминателемъ — указать должнику на цессію достоверно, на сколько онъ не можетъ сослаться на другое извѣщеніе должника о цессіи. Денунціація, слѣдовательно, можетъ быть признана условіемъ вчиненія иска лишь въ качествѣ qualificatio напоминанія. Отклоняясь отъ вышеизложеннаго, господствующее ученіе признаетъ, что цедентъ остается кредиторомъ и послѣ цессіи; онъ перестаетъ быть кредиторомъ лишь со времени денунціаціи цессіонара. Отсюда господствующее ученіе субституируетъ праву должника доставить уплату цеденту — право цедента требовать уплаты. Ссылаются при этомъ на принадлежащую цеденту *actio directa*, равно какъ и на рѣшеніе въ I. 3. C. de

novat. 8. 42. Но что касается первого, то въ источникахъ нѣтъ ни одного мѣста, которое обозначало бы *actio directa*, въ противоположность *actio utilis*, какъ практическое юридическое средство. Напротивъ того, совсѣмъ обратное говорится въ совершенно подобномъ же случаѣ, приводимомъ въ l. 27. § 1. D. de proc. 3. 3:

Et licet procuratori commissa sit stipulatio, tamen domino erit danda utilis ex stipulatu actio, directa penitus tollenda.

Названная *actio directa* цедента, на ряду съ *actio utilis* цессионара есть ничто иное, какъ *nudum jus Quiritium*, противоположное *in bonis habere*, какъ право гражданского наследника, въ противоположность *possessio cum re*. Она есть пустое имя, историческая реминисценція древне-римскаго положенія, что права требованія не могутъ быть передаваемы, она есть, по выраженію Бэра ¹⁾, «завядшая листовая оболочка», изъ которой развилась *actio utilis* цессионара. Что Юстиніанъ не отмѣнилъ ее столь же выраженнымъ образомъ, какъ *nudum jus Quiritium*—это чистая случайность. Несмотря на *actio directa*, продолжавшую жить лишь въ идеѣ древняго гражданского права, должно быть утверждено, что принципиально цеденту вовсе не принадлежитъ исковое право и не только для времени послѣ денунціаціи, но съ момента цессіи. На основаніи же фактическаго положенія вещей можно признать, что цедентъ, пока должникъ ничего не знаетъ о цессіи, можетъ взыскивать и послѣ цессіи, въ связи съ противоположнымъ правомъ должника на освобожденіе посредствомъ уплаты цеденту. Указанное право цедента, съ виѣшней стороны, совершенно подобно исковому праву мандирующаго кредитора, по прекращеніи *mandatum actionis*. Но по внутреннему и подробному разсмотрѣнію, названныя права оказываются совершенно различными.

¹⁾ Bähr, Cess. стр. 423.

Уполномоченіе *domini*, касательно *actio mandata*, было истиннымъ матеріальнымъ, тогда какъ вышеуказанное, якобы, уполномоченіе цедента касательно цедированнаго требованія основывалось на процессуальномъ заблужденіи.

На столь возможномъ смѣшеніи указанныхъ отношеній—именно и покоится понятіе приводимое въ l. 3. C. de novat. 8. 42. Но что этимъ не хотѣли удержать точку зрѣнія делегаціоннаго понятія, это доказывается несомнѣнной попыткой стать на точку зрѣнія цессіоннаго понятія, путемъ излюбленныхъ прибавленій. Такой приемъ никогда однако не поможетъ тѣмъ, кто не видитъ въ денунціаціи ничего другого, кромѣ суррогата литисконтестаціи, въ смыслѣ делегаціоннаго понятія.

Между тѣмъ, спрашивается, какимъ же образомъ *litis contestatio* доставляла *in r. s. procuratori* передаваемое ему требованіе? Въ этомъ отношеніи, съ точки зрѣнія классическаго права ¹⁾, не можетъ быть сомнѣнія. Это происходило вслѣдствіе воззрѣнія на литисконтестацію какъ на формальный контрактъ. Если, слѣдовательно, въ этомъ смыслѣ денунціація была бы приравниваема къ *litis contestatio*, то въ денунціаціи должны бы были признавать новый видъ формальнаго контракта. Но какимъ же образомъ соотвѣтствовало бы такое признаніе всей тенденціи того времени, въ которое возникла денунціація?

Развѣ указываютъ на формальную юридическую сдѣлку слова въ l. 4. C. quae res. p. obl. p. 8. 17.—*nondum certior a te de obligatione tua factus?* И развѣ можно, приравненное въ l. 3. C. de novat. 8. 42. къ денунціаціи — *aliquid ex debito accipere*—считать актомъ, который обнимаетъ требованіе какъ бы договорной силой? Далѣе, если бы денунціація была лишь суррогатомъ *litis contestatio* въ прежнемъ смыслѣ,

¹⁾ См. l. 11. § 1. D. de novat. 46. 2.

то до денунціації, отношенія должны бы были остаться тѣми же, какими они были прежде, до *litis contestatio*; слѣдовательно, *mandatum actionis* оставалось бы до денунціації не наслѣдственнымъ и могущимъ быть произвольно прекращаемымъ ¹⁾. Но развѣ *actio utilis*, присущая цессіонару послѣ смерти цедента связана съ условіемъ предшествующей денунціації? И развѣ можно признавать за цедентомъ право запрещать должнику производить освобождающую уплату цессіонару, до денунціації съ его стороны? А это должно было бы сдѣлать, если бы цессія и по новѣйшему праву не заключала бы въ себѣ ничего иного, кромѣ полномочія на приобрѣтеніе известнаго права ²⁾.

Новую точку зрѣнія на значеніе денунціації устанавливаетъ Виндшейдъ ³⁾. Вслѣдствіе цессіи, *actio*, по мнѣнію Виндшейда, еще не переходитъ къ цессіонару; для этого требуется специальная «*Besitzergreifung*», а въ послѣдней именно и заключается *denunciatio*, равнымъ же образомъ она заключается и въ припятіи вещной уплаты («*Stückzahlung*»). Въ виду вышеуказаннаго, Виндшейдъ становится на сторону тѣхъ, которые говорятъ о непередаваемости обязательствъ. Между тѣмъ, главное основаніе для опроверженія ложныхъ теорій должно заключаться именно въ стремленіи защищать положеніе, что самая цессія переноситъ требованіе. Указываемую же «*Besitzergreifung*» можно было бы имѣть въ виду лишь для сравненія, такъ что Виндшейду слѣдовало бы сказать лишь, что съ точки зрѣнія делегаціоннаго понятія, *in r. s. procurator* присвоиваетъ требованіе через *litis contestatio*. Въ этомъ смыслѣ, противъ указаннаго воззрѣнія Виндшейда нельзя бы было возразить ничего, кромѣ того, что оно

¹⁾ *Corp. l. 1. C. de O. et. A. 4. 10.*

²⁾ *l. 106. D. de solut. 46. 3.*

³⁾ *Actio* стр. 140 и сл.

защищаетъ делегаціонную точку зрѣнія. Но, повидимому, Виндшейдъ придаетъ своей «*Inbesitznahme*» значеніе гораздо болѣе важное. Признавая, въ качествѣ единственно возможнаго пониманія руководящей мысли разбираемаго писателя, что новый приобрѣтатель *actionis*, дабы быть дѣйствительно уполномоченнымъ, долженъ увѣдомить должника о происшедшей перемѣнѣ ¹⁾, въ качествѣ ближайшаго разъясненія, мы читаемъ у Виндшейда, что вступленіе во владѣніе передаваемымъ правомъ требованія требуется въ томъ же смыслѣ, какъ традиція или *quasi-traditio* для установленія сервитутовъ, именно, чтобы придать названнымъ юридическимъ отношеніямъ необходимую *Körperhaftigkeit*. Дѣйствительно нельзя отрицать, что отношеніе сервитутно-уполномоченнаго къ собственнику служащей вещи имѣетъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ сходство съ обязательствомъ; но между названными отношеніями существуютъ и рѣзкія различія. Противоположенія указанныхъ отношеній заключаются, главнымъ образомъ, въ томъ, что въ области вещнаго права имѣетъ мѣсто поссесорная и публиціанская защита, также какъ и приобрѣтательная давность, между тѣмъ какъ обязательственному ученію все это чуждо. Названные институты основываются на владѣніи, и потому какъ владѣніе, такъ и понятіе о его передачѣ ²⁾ должны быть признаны имѣющими примѣненіе при сервитутахъ, тогда какъ во всемъ обязательственномъ правѣ мы не найдемъ ничего подобнаго.

Оборотъ съ требованіями возникъ впервые, по всей вѣроятности ³⁾, въ отношеніи письменныхъ требованій (т. е.

¹⁾ Объясненіе, которое, по мнѣнію Бара (*Cess. стр. 426*), само нуждается въ объясненіи.

²⁾ Отсюда, Яволень, допуская (*l. 20. D. de servit. 8. 1*), въ противоположность Лаббону, примѣненіе традиціи къ сервитутамъ, замѣчаетъ, что: *ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.*

³⁾ *Cp. Bähr, Cess. стр. 427.*

требований, имѣющихъ письменную форму). Продавали, легировали *chirographum* ¹⁾, закладывали *cautio* ²⁾, причемъ для завершенія этихъ сдѣлокъ передавались долговые документы, какъ представители обязательствъ. Если бы вышеуказанные владѣніе и передача владѣнія требованіемъ дѣйствительно практиковались, то самое натуральное было бы связать ихъ съ указанной передачей долговаго документа ³⁾. Между тѣмъ и въ этомъ направленіи, мы не видимъ ни малѣйшаго указанія, а это составляетъ явное доказательство того, какъ сильно предполагаемая идея противорѣчила римской юриспруденціи ⁴⁾. Разъ же мы отказываемся отъ воззрѣнія, что получающій право требованія можетъ присвоить его содержаніе лишь путемъ заключенія съ должникомъ формальнаго контракта, то тѣмъ самымъ мы вынуждаемся признать уже одну волю соглашенія между кредиторомъ и третьимъ лицомъ (*mandatum actionis*) факторомъ перехода права. И это вполнѣ соотвѣтствовало стремленію римскаго права позднѣйшаго времени, когда все болѣе и болѣе шли къ освобожденію отъ излишняго формализма. Это соотвѣтствовало, въ частности, принципамъ, давно уже установившимся для передачи иска между наслѣдникомъ и фидеикоммиссаромъ, такъ какъ указанная передача завершалась не формальнымъ актомъ воли, именно, объявленіемъ о реституціи наслѣдника ⁵⁾. Но и защита, предоставляемая должнику, въ случаѣ уплаты цеденту *bona fide* не есть вѣдь

¹⁾ I. 59. D. de legat. III. l. 44. § 5. D. de legat. I.

²⁾ I. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1.

³⁾ Вѣдь признаетъ же современная практика закладъ долговыхъ требований завершаемымъ передачей долговой расписки.

⁴⁾ Ср. Donell, Comm. XV. C. 44. Quippe traditionibus et usucapionibus jure directo res transferuntur; actionis autem datio nullam traditionem admittit.

⁵⁾ I. 37. pr. D. ad SC. Trebell. 36. 1.

что либо отдѣльно стоящее, но гораздо болѣе, повтореніе явленій, подобныхъ вышеуказаннымъ. Тотъ, кто возвращаетъ депонированнаго раба мнимому хозяину, не отвѣчаетъ долѣе передъ истиннымъ хозяиномъ; послѣдній можетъ искать лишь съ получившаго ¹⁾. Должникъ, который, обязавшись передъ супругомъ, одареннымъ посредствомъ делегации, уплачиваетъ не зная о дареніи ²⁾, освобождается подобно должнику, который уплачиваетъ мандатару своего кредитора, не зная объ уничтоженіи мандата ³⁾. Если кредиторъ хочетъ этому воспрепятствовать, то онъ долженъ извѣстить должника:

cui ...permisero solvi, ei non recte solvitur, si, priusquam solveretur, denunciaverim promissori, ne ei solveretur ⁴⁾.

Но особенно интересны для производимаго изслѣдованія разъясненія, даваемые въ I. 29. D. mandati. 17. 1. Спрашивается, можетъ ли поручитель получить право регресса противъ главнаго должника, посредствомъ *actio mandati*, когда онъ, будучи привлеченъ къ уплатѣ, не воспользовался экспенціею, принадлежащею главному должнику. И это должно быть отрицаемо, если онъ поступалъ завѣдомо, и утверждаемо, если онъ дѣйствовалъ не зная объ экспенціи:

potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum. (I. 29. pr. cit.).

Тѣ же правила, очевидно, должны быть примѣняемы и въ случаѣ уплаты главнымъ должникомъ или поручителемъ ⁵⁾.

¹⁾ I. 1. § 32. D. depos. 16. 3.

²⁾ I. 39. D. de donat. 24. 1.

³⁾ Ср. I. 12. § 2. I. 32. I. 34. § 3. I. 51. D. de solut. 46. 3. I. 26. § 1. D. mandati. 17. 1.

⁴⁾ I. 106. D. de solut. 46. 3. Ср. также I. 21. D. ad SC. Trebell. 36. 1.

⁵⁾ (I. 29. § 2 ит.). Si, quum debitor solvisset, ignarus fidejussor

Поручитель, слѣдовательно, чтобы сохранить за собой право регресса противъ главнаго должника, обязанъ увѣдомленіемъ послѣдняго о произведенной уплатѣ. *Nunciare, certiorare, notum facere* и т. под. являются желаемыми и здѣсь, но никто не будетъ видѣть въ этомъ формальнаго акта или «*Besitzergreifung*», посредствомъ которыхъ право на *actio mandati* приобрѣтается поручителемъ. Скорѣе уже, должно признать, что указанный искъ находитъ себѣ непосредственное основаніе въ самой уплатѣ, совершаемой поручителемъ.

Можно сказать, что посредствомъ ея, требованіе кредитора цедируется матеріально. Поставленная въ обязанность поручителю денунціація имѣетъ, такимъ образомъ, лишь то значеніе, что черезъ нее должна быть устраняема *ignorantia* главнаго должника, которая, въ случаѣ если главный должникъ уплачиваетъ *bona fide*, уполномочиваетъ этого должника къ *ex. doli* противъ поручителя, такъ что послѣдній долженъ довольствоваться лишь *condictione indebiti* противъ главнаго должника. При этомъ, само собою разумѣется, что если главный должникъ узнаетъ какимъ либо образомъ объ уплатѣ, произведенной поручителемъ, то онъ не только будетъ уполномоченъ, но и обязанъ въ отношеніи поручителя противопоставленіемъ взыскивающему кредитору, возникающаго изъ уплаты поручителемъ, возраженія объ уплатѣ. (Ибо

solverit, puto eum mandati habere actionem; ignoscendum est enim ei, si non divinavit, debitorem solvisse, debitor enim debuit notum facere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor obrepat, et ignorantiam ejus circumveniat, et exequat ei summam, in quam fidejussit.

(1. 29. § 3 цит.) Hoc idem tractari et in fidejussore potest, si, quum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit, quod solvere eum non oportebat; et crede, si, cum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fidejussorem repelli. Dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere autem reus indebiti actione fidejussori debet, ne duplum creditor consequatur.

на возраженіе: «почему ты меня не увѣдомилъ», поручитель можетъ отвѣтить: «ты вѣдь объ этомъ зналъ»).

Извѣстно, далѣе, что поручитель можетъ доставить уплату за главнаго должника, заставивъ цедировать себѣ требованіе кредитора¹⁾. Если мы сравнимъ этотъ случай съ вышеуказаннымъ, гдѣ поручитель уплачиваетъ *solutionis causa*, то оба случая, по внѣшней своей формѣ, будутъ совершенно одинаковы. Какъ здѣсь, такъ и тамъ, поручитель приобрѣтаетъ требованіе относительно главнаго должника чрезъ то, что онъ уплачиваетъ кредитору, а послѣдній прекращаетъ за то свое требованіе противъ главнаго должника. Въ обоихъ случаяхъ, поручитель (цессіонаръ) долженъ увѣдомить цессуса (*debitor cessus*) о совершаемомъ юридическомъ актѣ; если же онъ этого не сдѣлаетъ, то должникъ освобождается, въ случаѣ уплаты *bona fide* лицу неуполномоченному ко взысканію, поручитель же (цессіонаръ) можетъ вчинять искъ лишь противъ лица неуполномоченнаго къ принятію уплаты.

Но, спрашивается, зачѣмъ же здѣсь, при уплатѣ не согласной съ цессіей, обязательная для поручителя, денунціація должна имѣть совершенно другое значеніе? Почему право должно приобрѣтаться лишь черезъ денунціацію? Почему главный должникъ, если онъ узнаетъ какимъ либо несомнѣннымъ образомъ объ удовлетвореніи кредитора поручителемъ, ни обязанъ, ни уполномоченъ отвѣтить кредитору взыскивающему второй разъ: «ты вѣдь получилъ уже свои деньги»? Возраженіемъ, что совпадающая форма обоихъ отношеній имѣетъ общее основаніе въ томъ, что каждый благоразумный человѣкъ долженъ сознавать, что признаніемъ указанного значенія денунціаціи—въ область ученія о цессіи вносится искусственность, вмѣсто того, чтобы удовлетвориться самымъ простымъ и самымъ натуральнымъ воззрѣніемъ? Но

¹⁾ 1. 76. D. de solut. 46. 3. 1. 36. D. de fidejuss. 46. 1.

зачѣмъ же, спросать насъ ¹⁾, римское право требуетъ для исключенія цедента паличности денунціаціи? Почему римское право не объявило достаточнымъ каждое знаніе должника о цессіи?

На подобные, однако, вопросы можно отвѣтить, что основаніе для принятаго положенія, въ данномъ случаѣ тоже, какъ и въ вышеприведенныхъ §§ 2 и 3 l. 29. D. mandati. 17. 1., гдѣ говорится лишь о денунціаціи платящаго *corgeus*, ибо извѣщеніе именно чрезъ того, кто приобрѣтаетъ права кредитора безъ содѣйствія должника есть самый ближайшій и естественный путь, посредствомъ котораго должникъ узнаетъ о положеніи дѣла. Несомнѣнно также, что римляне не остались чужды и тѣмъ воззрѣніямъ, которыя, согласно вышеуказанному, могли привести къ признанію, что обязанность должника уважать цессію соединяется съ денунціаціей цессіонара. Но такое признаніе невѣрно.

Въ l. 17. D. de transact. 2. 15, на основаніи заключаемой съ наслѣдникомъ мировой сдѣлки, допускается *exscriptio* противъ покупателя наслѣдства или фидеикоммиссара, лишь того должника, *qui ignorabat venditam esse hereditatem*.

Намъ могутъ, пожалуй, возразить, что это отдѣльные случаи, въ которыхъ передается все имущество. Но вѣдь ни фидеикоммиссаръ, ни покупатель наслѣдства не становятся по цивильному праву собственниками наслѣдственныхъ требованій. *Hereditas vendita* и *actio vendita* ²⁾; *restitutio hereditatis* и *mandatum actionis*, вездѣ въ источникахъ ³⁾ ставятся на ряду другъ съ другомъ. Единственная особенность указанныхъ случаевъ есть чисто историческая, состоящая въ томъ, что они были первыми и почти единственными, гдѣ

¹⁾ Напр. Виндшейдъ.

²⁾ D. de hered. 18. 4. и C. de hered. 4. 39.

³⁾ l. 37. § 1. D. ad SC. Trebell. 36. 1.

проявлялся принципъ *act. utilis*. Во всѣхъ же прочихъ случаяхъ мы встрѣчаемъ не денунціацію, но литисконтестацію, которая при этомъ, согласно делегаціонной точкѣ зрѣнія, разсматривается, какъ основаніе того, что требованіе цессіонара не можетъ быть болѣе отрицаемо. Сопоставляя три изреченія источниковъ касательно денунціаціи:

— *qui ignorabat, venditam esse hereditatem*—

— *nondum certior a te de obligatione tua factus*—

— *antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit*—

можно положительно придти къ заключенію, что руководящей въ разбираемомъ случаѣ мыслью было то, что должникъ долженъ получить извѣстіе о происшедшей цессіи и притомъ столь убѣдительное, какъ напимѣръ, денунція со стороны цессіонара.

На практикѣ, положеніе, что *debitor cessus* не можетъ ссылаться передъ цедентомъ на цессію до денунціаціи цессіонара, иногда и признавалось, ибо то здѣсь, то тамъ, по видимому встрѣчались средства устраненія невыгодныхъ возраженій путемъ болѣе простымъ. Но должно безусловно остерегаться содѣйствовать началамъ матеріальнаго права путемъ поддержанія ложныхъ юридическихъ принциповъ; между тѣмъ перейти должныя границы весьма легко. Представимъ себѣ, что родственникъ должника позволилъ цедировать себѣ требованіе, лишь для того, чтобы дать должнику достаточный срокъ или смотря по обстоятельствамъ и совсѣмъ простить долгъ. Коль скоро денунціація не можетъ быть произведена тотчасъ, вслѣдствіе напр. смерти цессіонара или временнаго его отсутствія, а удовлетворенный уже кредиторъ снова вчиняетъ искъ и должникъ обязывается платить еще разъ только потому, что денунціація не доказана, то гдѣ же, спрашивается, справедливость?

Пробнымъ камнемъ правильности принимаемой конструкціи могутъ, также, служить слѣдующіе случаи:

Вообразимъ, что послѣ происшедшей цессіи, но до денунціаціи со стороны цессіонара, цедентъ умираетъ и наслѣдуется должникомъ (или обратно). Господствующее ученіе, въ данномъ случаѣ, должно придти къ заключенію, что вслѣдствіе указаннаго наслѣдованія, наступаетъ конфузія долга; цессіонарь можетъ, поэтому, осуществлять лишь свои обязательныя права, основанныя на *causa sessionis* и на сколько они имѣютъ мѣсто, не смотря на указанную конфузію. Съ точки же зрѣнія теорія, защищаемой Бэромъ, по цедированному требованію вчиняется искъ противъ наслѣдника, совершенно какъ и прежде, какъ будто никакого измѣненія обстоятельствъ не произошло потому, что конфузія не есть юридическій актъ, который требуетъ для *debitor cessus* защиты, оправдывающей *exceptio doli*.

Если, далѣе, требованіе цедирруется цессіонару *in solutum*, т. е. для погашенія долга цедента, то по господствующему ученію, погашеніе долга происходитъ не черезъ цессію, но лишь черезъ денунціацію, ибо при уплатѣ, освобожденіе должника не есть самостоятельный (абстрактный) юридическій актъ, но безусловно зависитъ отъ того, что средство уплаты переходитъ въ имущество кредитора ¹⁾. Поэтому, если бы *debitor cessus* былъ несостоятельнымъ до денунціаціи, то цессіонарь могъ бы снова обратиться къ цеденту по поводу своего долга. Короче говоря, еще и теперь должно было бы признать положеніе, которое несомнѣнно лежитъ въ основаніи I. 3. D. de novat. 8. 42 ²⁾, и заключается въ томъ, что цессія не способна дѣйствовать какъ уплата. Нельзя, однако, не согласиться, что современная практика едва ли будетъ въ состояніи понять такую консеквенцію доктрины.

¹⁾ Ср. Bähr, *Anerkennung* стр. 35.

²⁾ Ср. Mühlenbruch, *Cess.* стр. 199.

Другой возникающій здѣсь вопросъ, есть вопросъ о томъ, имѣетъ ли изъ нѣсколькихъ цессіонаровъ одного и того же кредитора преимущество тотъ, которому прежде цедировано или тотъ, которому прежде денунціровано. При этомъ само собою разумѣется, что если младшій цессіонарь, до денунціаціи старшаго цессіонара получилъ уже уплату, то о притязаніи старшаго цессіонара противъ должника не можетъ быть и рѣчи. Названный вопросъ имѣетъ поэтому мѣсто, лишь для случая, когда еще не уплачено послѣ денунціаціи втораго цессіонара, а первый цессіонарь выступаетъ со своимъ притязаніемъ. Но и въ этомъ крайне спорномъ вопросѣ обнаруживается лишь противорѣчіе между делегаціоннымъ и цессіоннымъ понятіемъ.

Съ точки зрѣнія делегаціи изъ нѣсколькихъ, другъ за другомъ стоящихъ, *in r. s. procuratores*, каждый является равноуполномоченнымъ къ присвоенію требованія, истиннымъ же собственникомъ считается тотъ, кто прежде контестировалъ *litem*. Такое значеніе литеконтестаціи хотять признать и за денунціаціей. Согласно же развитому цессіонному понятію должно признать, что посредствомъ самой цессіи переносится истинная, какъ бы вещная юридическая матерія и поэтому, если кредиторъ цедируетъ во второй разъ, то онъ дѣлаетъ то же, что и тотъ, кто, по передачѣ своей собственности на вещь, отчуждаетъ ее еще разъ, т. е. переноситъ право, котораго самъ болѣе не имѣетъ. Очевидно, однако, что правильнымъ можетъ считаться лишь послѣднее воззрѣніе. Положеніе, что должникъ, если до его свѣдѣнія дошла лишь вторая цессія можетъ уплачивать съ освободительнымъ дѣйствіемъ младшему цессіонару основывается на тѣхъ же принципахъ, на основаніи которыхъ должникъ можетъ уплачивать цеденту до тѣхъ поръ, пока онъ вообще ничего не знаетъ о цессіи. Съ узнаніемъ же о первой цессіи право это оканчивается. На вопросъ о томъ, въ правѣ ли должникъ отказывать въ уплатѣ первому цессіонару, когда

должникъ хотя и не уплатилъ второму цессіонару, но далъ новирующее обѣщаніе уплатить—наиболѣе правильно будетъ отвѣчать отрицательно. Несомнѣнно, что новирующее долговое обѣщаніе переноситъ на стипулянта новый имущественный объектъ, которымъ погашается прежнее требованіе. Но этотъ имущественный объектъ, существуя лишь въ идеѣ, такъ какъ стипулянтъ, какъ второй цессіонаръ, не былъ собственникомъ первоначальнаго требованія—можетъ быть оспариваемъ по принципамъ *condictio ob causam datorum*, посредствомъ *exs. doli*. Въ виду же того, что должникъ имѣетъ притязаніе лишь на защиту противъ реального убытка очевидно, что онъ не можетъ отказывать въ уплатѣ и первому цессіонару, какъ истинному кредитору, коль скоро послѣдній принимаетъ на себя обязанность защищать должника противъ втораго цессіонара. Отсюда само собою разумѣется, что и простое акцессорное обѣщаніе уплатить, данное должникомъ второму цессіонару не можетъ исключать перваго цессіонара.

Указанные принципы служатъ также основаніемъ отношеній между различными залогопринимателями одного и того же требованія, для которыхъ рѣшающимъ является не приоритетъ денунціаціи, но первенство закладыванія.

Разнообразныя рѣшенія названнаго вопроса различными писателями могутъ служить дополненіемъ вышесказаннаго. Мюленбрухъ ¹⁾, Снитенисъ ²⁾, Вангеровъ ³⁾ хотя и отрицаютъ возможность сингулярной сукцессіи въ обязательствахъ, тѣмъ не менѣе признаютъ преимущество за первымъ цессіонаромъ. Пухта высказывается неопредѣленно ⁴⁾. Вид-

¹⁾ Cess. стр. 502.

²⁾ Civilrecht II. стр. 821.

³⁾ Pand. 6. Aufl. стр. 134.

⁴⁾ «Wenn der zweite Cessionar dem ersten zuvorkommt», говоритъ Пухта (Vorles. § 283), «so ist dieser ausgeschlossen». Но чѣмъ

пойдетъ ¹⁾ же, въ виду своей «Besitzergreifungstheorie», рѣшаетъ разбираемый вопросъ въ пользу преимущества первой денунціаціи. Но самымъ подробнымъ образомъ оба воззрѣнія защищаются, съ одной стороны, въ вышеуказанныхъ сочиненіяхъ Шеффера (въ пользу перваго цессіонара), съ другой — въ сочиненіи Musset ²⁾ (въ пользу денунціанта). О значеніи сочиненій Шеффера сказано выше. Musset же защищаетъ свое воззрѣніе совершенно послѣдовательно, съ точки зрѣнія делегаціоннаго понятія. Денунціація, по его мнѣнію, «дѣйствуетъ фактически какъ делегація». При этомъ онъ старается убѣдить читателя и практическими доводами, указывая, что лишь въ приоритетѣ денунціаціи заключается критерій рѣшенія вопроса о томъ, кому должно платить. Что изъ конкуренціи нѣсколькихъ цессіонаровъ должнику не должна угрожать никакая опасность, это не признается никѣмъ, кромѣ Бэра. Между тѣмъ какъ въ пользу приоритета цессіи нерѣдко высказывается судебная практика ³⁾.

Далѣе возникаетъ вопросъ о томъ, можетъ ли цессіонаръ, когда требованіе послѣ цессіи взыскано цедентомъ или позднѣйшимъ цессіонаромъ, требовать выдачи полученнаго? Въ отношеніи цедента, этотъ вопросъ теряетъ значеніе, потому что цедентъ, обыкновенно, безусловно отвѣчаетъ за цѣнность требованія ⁴⁾; поэтому вопросъ становится особенно важнымъ, когда по требованію взыскиваетъ второй цессіонаръ (съ которымъ первый цессіонаръ не состоитъ ни въ какомъ договорномъ отношеніи).

«zuvorkommt»?—Принятіемъ уплаты или денунціаціей —этого Пухта не разъясняетъ.

¹⁾ Actio, стр. 190.

²⁾ Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proc. N. F. X. № 12.

³⁾ Cp. Seuffert, Archiv. № 248, также Rechtsfreund. 1850, стр. 104.

⁴⁾ I. 23. § D. de her vel. a. vend. 18. 4.

Съ точки зрѣнія делегаціоннаго понятія, указанный вопросъ о правѣ взысканія перваго цессіонара со втораго — долженъ быть рѣшенъ, безъ всякаго сомнѣнія, отрицательно. Съ делегаціонной точки зрѣнія должно быть признано, что второй цессіонаръ пользуется въ данномъ случаѣ лишь своимъ правомъ; онъ можетъ быть сравниваемъ со вторымъ покупателемъ, которому вещь традирована ранѣе чѣмъ первому покупателю, но все же вещь принадлежитъ ему, потому что — *occupantis melior est conditio*. Съ точки же зрѣнія цессіи, вопросъ напротивъ долженъ быть рѣшенъ утвердительно. Къ принятію такого рѣшенія существуютъ два основанія. Дѣло въ томъ, что если должникъ уплатилъ второму цессіонару, то онъ уплатилъ тому, кто объективно не былъ уполномоченъ къ вчиненію иска, вслѣдствіе этого, должно признать, что уплатившій приобрѣлъ *condictio ob causam datorum* на возвращеніе уплаченнаго — противъ втораго цессіонара. Указанная же *condictio* составляетъ суррогатъ, вошедшій въ имущество должника въ замѣнъ уплаченной суммы, такъ что первый цессіонаръ можетъ домогаться вмѣсто наличной уплаты — уступки названной *condictio* и затѣмъ, посредствомъ послѣдней пытаться получить отъ втораго цессіонара то, что уплатилъ должникъ. Въ общемъ же разбираемый случай, несомнѣнно, долженъ быть причисленъ къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ, въ настоящее время, согласно расширенному приципу *actio utilis*, за уполномоченнымъ къ цессіи признается исковое право, и помимо выраженнаго о томъ объявленія со стороны обязаннаго. Такимъ образомъ выясняется одно основаніе, въ виду котораго первый цессіонаръ можетъ вчинять искъ противъ втораго цессіонара по поводу полученія своихъ денегъ. Искъ вчиняется, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ, на основаніи дѣйствительной или фиггированной цессіи, и въ виду приобретенной должникомъ *condictio ob causam datorum*. Другое основаніе слѣдующее. Такъ какъ, согласно развитому понятію цессіи, требованіе должно быть считасмо перенесшимъ въ имущество перваго цессіонара

вслѣдствіе первой цессіи, то, въ случаѣ вышеуказаннаго взысканія по требованію, второй цессіонаръ осуществляетъ право чужое, сдѣлку, заключенную съ первымъ цессіонаромъ. Отношеніе, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ является совершенно подобнымъ тому, какъ если бы вещь была продана не собственникомъ, потому что послѣдній, точно также, отвѣчаетъ передъ истиннымъ собственникомъ за вырученное отъ продажи, по принципамъ *negotiorum gestio*¹⁾. Отвѣтственность несомнѣнна вездѣ, гдѣ диспозитъ осуществляетъ чужое полномочіе *mala fide*, ибо его *dolus* не можетъ привести къ обращенію сдѣлки объективно ему чуждой — въ сдѣлку, принадлежащую ему самому. Сомнительнѣе случай, когда второй цессіонаръ взыскиваетъ требованіе *bona fide*. Рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ вопроса о границахъ дѣйствія *actio neg. gest. directa*. Бэръ полагаетъ, что въ данномъ случаѣ отвѣтственность втораго цессіонара, можетъ быть признана, согласно *l. 49 D. de n. g. 3. 5.*²⁾. *Actio* же *neg. gest. directa* основываетъ точку зрѣнія, исходя изъ которой первый цессіонаръ можетъ требовать взысканнаго вторымъ цессіонаромъ; такъ что, если при отсутствіи денунціаціи должникъ уплачиваетъ цеденту или второму цессіонару, то чрезъ это первый цессіонаръ не теряетъ свое право на требованіе, но онъ не можетъ болѣе обращаться къ должнику, а — лишь къ лицу, получившему уплату. Но если въ вышеуказанномъ случаѣ второй цессіонаръ проститъ требованіе, то очевидно, что не можетъ быть рѣчи ни о *condictio*, возникающей изъ личности должника ни объ *actio neg. gest.* противъ втораго цессіонара потому, что вмѣстѣ

¹⁾ Ср. *l. 3. C. de rei v. 3. 32.*

²⁾ *Si rem, quam servus venditus surripuisset a me venditore, emtor vendiderit, ea que in rerum natura esse desierit, de pretio neg. gest. actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset meum, gessisses.* Въ аналогичномъ случаѣ — *l. 22. § 10. D. mandati. 17. 1.* допускаетъ *in factum actio*.

съ послѣдней должно бы было быть одобрено и дареніе. Какимъ же образомъ, спрашивается, первый цессіонаръ можетъ получить въ такомъ случаѣ обратно свои деньги? Этотъ именно вопросъ и приводитъ къ доказательству справедливости вышеуказаннаго положенія и въ примѣненіи къ разбираемому случаю. Цессіонаръ взыскиваетъ по требованію противъ должника въ данномъ случаѣ, точно также, какъ и прежде потому, что указанное прощеніе не оправдываетъ должника. Если при дареніи должникъ былъ *in bona fide*, а второй цессіонаръ *in mala fide*, то первый могъ бы имѣть право регресса въ отношеніи послѣдняго, если же не было ни того ни другаго, то убытокъ долженъ нести должникъ и онъ переноситъ его легко, такъ какъ споръ можетъ идти лишь *de iusto captando*.

Господствующее ученіе можетъ, однако, вызвать заблужденія еще и въ другихъ отношеніяхъ. Такъ, касательно вопроса о томъ, можетъ ли должникъ, въ случаѣ уплаты цессіонару своего мнимаго кредитора, направлять *condictio indebiti* противъ цессіонара или противъ cedenta, если смотрѣть на цессіонара только какъ на *procurator*, которому долгъ переданъ лишь для взысканія, то можно придти, въ виду I. 57. § 1. D. de cond. ind. 12. 6., къ заключенію, что должно отрицать кондикцію должника лишь противъ cedenta. А такое положеніе должно быть считаемо неправильнымъ.

Цессіонаръ, при предположеніи, что долгъ дѣйствительно существуетъ, есть истинный кредиторъ. Поэтому онъ долженъ быть признанъ и обогащающимся уплатою *indebiti*. Непосредственно же изъ этого обогащенія вытекаетъ право на *cond. indeb.*, причемъ несуществованіе долговаго отношенія доставляетъ средство представить названное обогащеніе какъ несправедливое. Если же мы предположимъ въ качествѣ *causa cessionis* совершаемое *bona fide* дареніе, то справедливость сдѣланнаго вывода обнаружится еще болѣе. Если поэтому должникъ узнаетъ о

недѣйствительности требованія еще до уплаты и будетъ на основаніи этого оспаривать искъ цессіонара, то не подлежитъ никакому сомнѣнію, что убытокъ долженъ касаться цессіонара, который и будетъ отвѣчать, не имѣя права регресса противъ cedenta. Если, однако, должникъ узнаетъ о неосновательности заключенной сдѣлки лишь позднѣе и если cedentu будетъ отказано на основаніи *cond. indebiti*, то cedentъ долженъ будетъ нести всѣ убытки потому, что за нимъ не можетъ быть признано право на искъ о возмѣщеніи противъ цессіонара. Но зачѣмъ же, спрашивается, должно признавать различіе въ матеріальныхъ послѣдствіяхъ указанной случайной дифференціи? Развѣ не соответствуетъ справедливости, что убытки несетъ лицо одаренное? И что же иное есть *cond. indeb.* какъ не квалифицированное послѣдующее оспариваніе долга, имѣющее мѣсто противъ того, противъ котораго оспариваніе могло бы имѣть мѣсто съ самаго начала?

Наконецъ, цессіонное понятіе должно быть считаемо совершенно примѣнимымъ и для передачи вещныхъ притязаній. Удивительно поэтому, почему Іерингъ ¹⁾ считаетъ цедированную *rei vindicatio* прекращающеюся, коль скоро цедирующійся собственникъ получаетъ обратно владѣніе вещью. Въ этомъ случаѣ, гораздо болѣе, выясняется, предполагая лишь, что *rei vindicatio* была вообще цедируема противъ cadaго владѣльца, что *actio utilis* перенесенная на цессіонара, въ силу своей самостоятельности, дѣйствуетъ ²⁾ и противъ собственника, подобно тому, какъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ преторская *actio Publiciana* дѣйствуетъ даже противъ цивильнаго собственника. Самъ Іерингъ ³⁾ признаетъ, что при наслѣдованіи между должникомъ и cedentомъ—це-

¹⁾ Ihering, Jahrb. f. die Dogm. B. I. стр. 110.

²⁾ Bähr, Cess. стр. 444.

³⁾ Тамъ же, стр. 111.

дированное обязательство не прекращается, но сохраняется за цессionarioмъ. Отсюда же должно признать, что при цессии *actio quod metus causa*—цедентъ становится должникомъ цессионара, вслѣдствіе послѣдующаго вступленія во владѣніе вещью, равно какъ и то, что при цессии ипотечнаго требованія цессionario можетъ направлять *actio hypothecaria* и противъ цедента, если только послѣдній приобрѣлъ ипотеку послѣ цессии. Но развѣ всѣ эти отношенія не аналогичны обратному полученію владѣнія цедирующимъ собственникомъ? Денунціація понуждаетъ детентора, уступить владѣніе не цеденту, но цессионару, причемъ въ противномъ случаѣ, онъ отвѣчаетъ передъ цессionarioмъ какъ *dolo desiens possidere*. Что же касается до *rei vindicatio*, то въ данномъ случаѣ ей подчиняется и послѣдующій владѣлецъ. Отсюда цессія *rei vindicatio* должна быть признана какъ бы практическимъ суррогатомъ передачи владѣнія и собственности, реальное осуществленіе которой совершенно невозможно для временнаго собственника.

До сихъ поръ, мы останавливались на изученіи вліянія развитаго цессіоннаго понятія на отношенія между цессionarioмъ и цедентомъ. На ряду съ этимъ, должно быть признано совершенно вѣрнымъ, что, какъ указываетъ между прочимъ и Мюленбрухъ, названное развитіе цессіоннаго понятія не оказывало вліянія на отношенія между цессionarioмъ и должникомъ, что *actio utilis* не была искомъ цессионара противъ должника, идущимъ дальше, чѣмъ *actio mandata* и что поэтому можно сказать, что еще и по современному праву цессionario приравнивается, въ противоположность должнику, къ процессуальному представителю. Такое положеніе претерпѣваетъ, однако, модификаціи съ двухъ сторонъ. Прежде всего, оно имѣетъ силу лишь на благо должника; послѣдній можетъ смотрѣть на цессionario какъ на своего истиннаго кредитора во всѣхъ отношеніяхъ, въ которыхъ его положеніе становится чрезъ это выгоднѣе. Поэтому кредиторъ долженъ допускать

и возраженія со стороны должника. Съ другой же стороны, существуютъ права должника, которыя стоятъ столь мало въ связи съ долговымъ отношеніемъ, что они опредѣляются лишь личностью истца, выступающаго противъ должника. Эти права должникъ не можетъ переносить изъ своего отношенія къ цеденту на отношеніе къ цессионару, почему и утверждаютъ, что должникъ не можетъ пользоваться основанными на личности цедента—возраженіемъ о зачетѣ (*Compensationseinrede*), встрѣчнымъ искомъ, правомъ на *benef. competentiae* и проч. Такимъ образомъ соглашаются признать, что цессionario осуществляетъ свое собственное право. Но здѣсь-то именно и имѣютъ мѣсто серьезныя сомнѣнія, причемъ возникающій споръ можетъ быть сведенъ къ двумъ вопросамъ. Во 1) вопросу о томъ, на сколько цессionario можетъ пользоваться средствами доказательства противъ цедента, присущими должнику и 2) вопросу о томъ, какимъ образомъ цессionario долженъ доказать свое полномочіе на данное требованіе (т. е. происшедшую цессію и ея дѣйствіе). Первый изъ указанныхъ вопросовъ имѣетъ главнымъ образомъ практическій интересъ. Остановимся, поэтому, на разсмотрѣніи втораго вопроса.

Древнѣйшіе юристы считаютъ доказательство цессионара, что онъ дѣйствительный владѣлецъ требованія—за, такъ называемую, *legitimatō ad causam*. При этомъ указываютъ, что доказательство вещной легитимации цессионара должно быть или совершеннымъ или замѣщеннымъ кауціями ¹⁾. Противъ такого воззрѣнія съ особенной энергіей выступаетъ Бетманъ-Гольвегъ ²⁾, признавая, что такъ называемая легитимация къ вещи есть ничто иное, какъ часть исковаго основанія не отличающаяся отъ прочихъ исковыхъ основаній. Объ упод-

¹⁾ Ludovici, de legitim. ad causam § 49. Mevius, Decis. VII. 99.

²⁾ Versuche, Abh. II.

номоченіи цессіонара онъ говоритъ ¹⁾ слѣдующее: «по римскому праву цессіонаръ не есть сингулярный сукцессоръ, онъ осуществляетъ требованіе кредитора, какъ его репрезентантъ, но въ свою пользу, какъ *procurator in r. s.* Какъ обыкновенный *procurator* долженъ легитимироваться *ad acta*, т. е. доказать, что онъ имѣетъ полномочіе, такъ и этотъ *procurator in r. s.* долженъ легитимироваться, но только въ виду собственныхъ своихъ интересовъ не *ad acta*, а *ad causam*, т. е. здѣсь доказательство цессіи дѣйствуетъ, какъ *legitimatō ad causam*, отдѣльно отъ доказательства самаго требованія, отъ основанія иска. Но если такое раздѣленіе имѣло мѣсто въ древнѣйшемъ римскомъ процессѣ и притомъ ради указанія своеобразно фингированной передачи требованій, то въ современномъ правѣ, причины къ тому совершенно исчезли. Съ тѣхъ поръ, какъ цессіонару вездѣ, гдѣ онъ можетъ вынуждать цессію иска, дали *a. utilis*, съ тѣхъ поръ его право не зависитъ болѣе отъ легко прекращаемаго мандата и потому можетъ быть разсматриваемо какъ право прибрѣтенное противъ cedenta и противъ *debitor cessus*. Нельзя сказать, чтобы на цессіонара переходило самое требованіе; онъ все еще осуществляетъ чужое право; но именно право на осуществленіе этого чужаго права прибрѣтается имъ совершенно, тогда какъ у cedenta остается лишь номинальное право. Поэтому, хотя и весьма важно, въ матеріальномъ отношеніи признать, что цессіонаръ можетъ быть считаемъ репрезентантомъ cedenta, что онъ осуществляетъ чужое право, тѣмъ не менѣе мы можемъ сказать, что формально въ процессѣ онъ осуществляетъ свое собственное право. Условія этого права образуютъ основаніе иска, предметъ главнаго доказательства къ которому должны быть отнесены цессія или титулъ».

Кто не замѣтитъ, однако, въ приведенной дедукціи не-

¹⁾ Стр. 89 и сл.

ясности пониманія современнаго воззрѣнія? Гдѣ должно было бы признать цессіонара самостоятельнымъ, тамъ его дѣлаютъ прокураторомъ, гдѣ нужно было бы удержать послѣднюю точку зрѣнія, — говорятъ о собственномъ правѣ цессіонара. Мюленбрухъ, повидимому, имѣлъ нѣкоторое предчувствіе обь истинѣ, когда объявилъ, въ первомъ изданіи «*Cession*» недопустимымъ доказательство цессіи путемъ принесенія присяги. Позднѣе, однако ¹⁾, онъ измѣнилъ свое воззрѣніе, на основаніи разсужденій Генслера ²⁾, и допустилъ названное доказательство. Ученія указанныхъ теоретиковъ и вызвали вышеприведенныя совершенно ложныя заключенія. Хотя факты, которые имѣютъ назначеніе доказывать легитимацію истца, преслѣдуемое искомъ право и нарушеніе этого права, съ внѣшней стороны, являются одинаковыми, на сколько они должны быть утверждаемы и доказываемы истцомъ, такъ что въ этомъ смыслѣ ихъ можно понимать подъ общимъ именемъ «основаній иска», тѣмъ не менѣе, внутреннее значеніе ихъ для юридическаго отношенія весьма различно. При требованіяхъ, въ противоположность вещнымъ притязаніямъ (гдѣ отвѣтчикъ, предавшій владѣніе и не уполномоченному, по общему правилу, признается либерированнымъ) должникъ не перестаетъ отвѣчать передъ истиннымъ уполномоченнымъ, вслѣдствіе уплаты неуполномоченному. Должникъ преслѣдуемый цессіонаромъ можетъ поэтому требовать, чтобы цессіонаръ доказалъ ему не только законность своего требованія, но и — чтобы не платить дважды — незаконность требованія первоначальнаго кредитора. Оба доказательства процессуально не совпадаютъ. Въ упущеніи же изъ виду обстоятельства, что такимъ образомъ доказательство вещной легитимаціи относительно правъ требованія дѣйствуетъ двояко, именно и заключается

¹⁾ 3 Auf. стр. 604.

²⁾ Arch. f. civ. Pr. II. Abh. 1.

основание господствующаго ложнаго ученія. Посмотримъ теперь, какъ въ подобныхъ случаяхъ должникъ защищался по римскому праву. Лицо, желавшее дѣйствовать, въ качествѣ представителя, т. е. выступавшее за другаго, съ искомъ въ процессѣ, по римскому праву было обязано доставить кауцію— *cautio rem ratam dominum habiturum* или *amplius eo nomine neminem petiturum*¹⁾. Свободенъ отъ указанной кауціи, первоначально, былъ лишь *cognitor*, т. е. представитель, котораго *dominus* устанавливалъ лично передъ судомъ, посредствомъ *certa et solennia verba*. Позднѣе отъ этой обязанности былъ освобождаемъ и неформально устанавливаемый *procurator*, когда онъ былъ *procurator praesentis* или *apud acta factus*, т. е. когда его установление ставилось внѣ сомнѣнія вслѣдствіе личнаго присутствія *dominus* или даннаго послѣднимъ объясненія *apud acta*. Указаніе на соответствующій принципъ мы находимъ, въ I. 1 C. de procur. 2. 13.

*Cautio ratihabitionis tunc exigitur a procuratore, quoties incertum est, an ei negotium mandatum sit*²⁾.

Тотъ же принципъ признается и въ институціяхъ³⁾. Вышеупомянутая кауція была слѣдовательно суррогатомъ *ex. rei judicatae*⁴⁾.

То же имѣло мѣсто и въ случаѣ, когда *procurator*

¹⁾ Болѣе подробное изложеніе этого ученія см. у Puchta, Instit. II. § 156; Bethmann-Hollw. Versuche Abh. 3; Keller, Civ. Proc. § 57.

²⁾ Ср. также I. 39. D. de procur. 3. 3. 1. 3. § 2. D. ut in poss. leg. 36. 4. 1. 6. § 3. D. quod ejusc. univers. 3. 4. 1. 23. D. de admin. 26. 7. 1. 26. D. de minor. 4. 4. Vat. Fragm. § 333.

³⁾ § 3. I. de satisd. 4. 11. Si non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisfactionem procurator dare compellitur.

⁴⁾ Gaj. IV. § 97. 1. 8. pr. 1. 22. § 8. D. rat. rem hab. 46. 8.

былъ устанавливаемъ лишь для веденія процесса или *in rem suam*. При осужденіи, равно какъ и признаніи, отвѣтчикъ не подвергался опасности, даже когда *dominus* возражалъ противъ юдиката; но если *procurator* дѣлалъ притязаніе на уплату, то здѣсь возникала опасность, что *dominus* можетъ изъяснить вторичное притязаніе на уплаченное прокуратору. *Procurator in rem suam* могъ не только осуществлять юдикатъ, но и предъявлять требованіе ко взысканію; здѣсь было, слѣдовательно, двойное основаніе настаивать на доставленіи названной кауціи. Несомнѣнно также, что не произошло никакого измѣненія вслѣдствіе признанія впослѣдствіи за *in rem suam procurator— utilis actio*. *Actio utilis* должна была только сохранять уполномоченіе къ иску въ отношеніяхъ между цессіонаромъ и цедентомъ тамъ, гдѣ это не было признаваемо въ виду узкости принциповъ цивильнаго права. Совершенно непонятно также, какимъ бы образомъ могли въ то время когда, съ одной стороны, имѣло мѣсто столь сильное развитіе матеріальной справедливости, съ другой—такъ отстаивать то, что оставляло неудовлетворенною явно признаваемую потребность защиты должника противъ двойнаго взысканія¹⁾. Но въ чемъ же состояла указанная *cautio de rato*, должная быть доставленной прокураторомъ (цессіонаромъ)? Очевидно — въ стипуляціонномъ обѣщаніи, направленномъ на возмѣщеніе интереса отвѣтчика, въ случаѣ неодобренія *dominus'*омъ процесса, который велъ прокураторъ. Для исполненія этого обѣщанія должно было быть доставлено еще матеріальное обезпеченіе — *satis datio* посредствомъ поручителей или залога. Разсмотримъ сначала содержаніе обязательства, принимаемаго прокураторомъ посредствомъ стипуляціи. Если вступающій прокураторъ самъ объявлялъ, что онъ не имѣетъ еще уполномоченія, что онъ слѣдовательно дѣйствуетъ лишь

¹⁾ Ср. Bethmann-Hollweg, Versuche стр. 154, 208.

какъ *negotiorum gestor*, то кауція содержала обѣщаніе отвѣчать за будущее одобрение со стороны *dominus* и она осуществлялась если *dominus* отказывалъ въ одобреніи. Если же, напротивъ, прокураторъ утверждалъ, что онъ имѣетъ уже порученіе и былъ поэтому обязываемъ къ доставленію кауціи только потому, что онъ не могъ тотчасъ доказать порученіе, то *dominus* не могъ, если утверждение было истиннымъ, сдѣлать, путемъ послѣдующаго отказа въ одобреніи, случившееся для себя необязательнымъ ¹⁾. Здѣсь, слѣдовательно, прежде всего, шла рѣчь о доказательствѣ полномочія, такъ что если это доказательство было приведено, то неодобрение, т. е. простая попытка осуществить еще разъ требованіе оставалась не имѣющей значенія. Отсюда, въ данномъ случаѣ, *procurator* освобождался отъ обязательства, принятаго посредствомъ *cautio de rato*, когда онъ въ отношеніи приведеннаго доказательства предпринималъ защиту должника противъ *dominus*; причемъ если защита эта не удавалась, то онъ отвѣчалъ за интересъ, происходящій изъ неодобрения. Въ случаяхъ послѣдняго рода, а таковыя имѣли мѣсто всегда когда искъ предъявлялъ *in r. s. procurator*, который могъ опереться лишь на полномочіе уже сообщенное—*cautio de rato*, должная быть доставляема прокураторомъ, была, въ сущности, та же, которую мы находимъ въ римскомъ правѣ вездѣ, гдѣ субъективное уполномоченіе на требованіе является сомнительнымъ. Упомянутая *cautio* являлась при этомъ, то подъ тѣмъ же названіемъ, то какъ — *cautio indemnitis* или *cautio defensum iri*. Такъ извѣстно, что вчиненіе иска, касательно возвращенія *dos*, совершаемое отцомъ за отсутствіемъ дочери, или дочерью, въ случаѣ невозможности участія въ названномъ искѣ отца, допускалось, не иначе, какъ подъ условіемъ до-

¹⁾ 1. 65. D. de procur. 3. 3.

ставленія *cautio de rato* ¹⁾. Подобнымъ же образомъ, *cautio de rato* долженъ былъ доставлять отецъ, взыскивающій по требованію, принадлежащему къ *peculium castrense* сына ²⁾. Точно также, въ случаѣ сомнѣнія о томъ кому изъ двухъ лицъ (можетъ быть одного имени) завѣщанъ легатъ, наслѣдникъ могъ уплатить любому изъ двухъ, но при условіи *ut ab eo defendatur* ³⁾. Въ случаѣ же, если умиралъ депонентъ и каждое изъ двухъ лицъ, спорящихъ о наслѣдствѣ изъявляло притязаніе на депозитъ, то депозитаръ долженъ былъ выдать вещь тому, *qui paratus est, adversus alterum reum defendere;—quodsi neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait, non esse cogendum a Praetore iudicium suscipere; oportere igitur rem deponi in aede aliqua donec de hereditate judicetur* ⁴⁾ и т. под.

Если мы рассмотримъ всѣ эти изреченія, то мы убѣдимся, что *cautio de rato*, доставлявшаяся прокураторомъ (цессіонаромъ), есть лишь одна изъ разновидностей того ряда кауцій, которыя имѣли мѣсто вездѣ, гдѣ личность кредитора была сомнительна и гдѣ должно было быть осуществлено положеніе, что должникъ не можетъ подвергаться процессуальной опасности, вслѣдствіе сомнительности личности кредитора.

¹⁾ 1. 2. § 2. 1. 22. §§ 4, 10. D. sol. matr. 24. 3.

²⁾ 1. 18. § 5. D. de castr. pec. 49. 17.

³⁾ 1. 8. § 3. D. de legat. II. Cp. 1. 16. D. ut. legat. 36. 3.

⁴⁾ 1. 1. § 37. D. depos. 16. 3. Cp. 1. 3. § 2. D. de neg. gest. 3. 5. 1. 20. § 2. 1. 46. 1. 51. pr. D. famil. ercisc. 10. 2. 1. 1. §§ 9, 13. D. de dote prael. 33. 4. 1. 11. § 21. D. de legat. III. 1. 57. 1. 31. pr. D. de H. P. 5. 3. 1. 57. D. de rei v. 6. 1. 1. 14. § 1. D. jud. solvi. 46. 7. 1. 29. § 6. D. mandati. 17. 1. 1. 16. § 3. D. ad SC. Trebell. 36. 1.

Что же, спрашивается, сдѣлалось изъ такихъ кауцій въ позднѣйшей юриспруденціи. Какимъ образомъ основывается въ наше время обязательство, лежащее въ основаніи тѣхъ кауцій, при непримѣняемости стипуляціи? Можно было бы думать, что здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, возможна суррогатія стипуляціи простымъ обѣщаніемъ. Но, на самомъ дѣлѣ, касательно стипуляцій, которыя имѣютъ своимъ назначеніемъ укрѣплять юридическое отношеніе въ силу понужденія со стороны магистрата, мы можемъ идти еще далѣе, мы можемъ ихъ супплировать. Дѣло въ томъ, что въ Римѣ, какъ преторъ, такъ и *iudex* осуществляли присущую имъ юридическую дѣятельность (*officium*) — не въ видѣ непосредственнаго опредѣленія юридическихъ отношеній (точное опредѣленіе цѣли которыхъ принадлежало будущему), но лишь содѣйствуя установленію этихъ юридическихъ отношеній самими сторонами. Римское правительство не вторгалось въ юридическія отношенія сторонъ организуящимъ образомъ. Преторъ могъ лишь въ извѣстномъ направленіи доставлять помощь или отказывать въ ней; *iudex* же обыкновенно присуждалъ или оправдывалъ извѣстной денежной суммой. Но указанные лица могли осуществлять свое право воздѣйствія на стороны лишь такъ, чтобы послѣднія какъ будто сами, т. е. совершенно добровольно оформляли свои взаимныя отношенія, соотвѣтственно матеріальному праву. Соотвѣтствующей же для того формой была стипуляція, примѣненію которой была открыта широкая область вслѣдствіе существованія такъ называемыхъ *stipulationes praetoriae* и *iudiciales*. Первоначально такой порядокъ могъ быть поставленъ въ зависимость отъ того положенія, которое занимали у римлянъ магистраты и судьи, равно какъ и отъ, соотвѣтствовавшихъ дискреціонной власти названныхъ лицъ, принципъ матеріальнаго права (*aequitas*), такъ какъ мы находимъ ихъ дѣйствующими еще и въ повѣйшемъ римскомъ правѣ, гдѣ должность судьи получила уже другую постановку, и

указанные принципы консолидировались въ твердыя юридическія правила. Такимъ образомъ, преторъ, понуждая стороны къ соотвѣтствующимъ стипуляціямъ, реализовалъ, основанныя на принципахъ преторскаго права, взаимныя обязанности сторонъ. Но для насъ нѣтъ надобности въ подобномъ формальномъ обходѣ. Въ настоящее время вовсе не нужно прибѣгать къ содѣйствію сторонъ для выполненія того, что предписываетъ законъ. Мы можемъ, поэтому, вездѣ, гдѣ *bona fides* вызываетъ необходимость обязываться, признать указанную необходимость адекватной самому обязательству. Прежній чуть замѣтный слѣдъ обязательства обязательства. Такъ на примѣръ, противъ узупруктуара — по цивильному праву — собственникъ имѣлъ лишь иски, вытекающіе изъ права собственности и деликтные иски, но преторъ доставлялъ ему болѣе сильную защиту тѣмъ, что понуждалъ узупруктуара къ *cautio*, т. е. къ стипуляціи, обеспечиваемой посредствомъ *satisfactio*:

et usurum se boni viri arbitrato, et, quum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde extabit ¹⁾.

Въ настоящее же время трудно утверждать, чтобы узупруктуаръ могъ доставлять такое особое обѣщаніе; при *cautio usufructuaria* мы можемъ думать лишь о доставленіи матеріальнаго обезпеченія. Но развѣ названное обязательство прекратилось? Нѣтъ. Но намъ достаточно, что установленіе этого обязательства основывается на законѣ, чтобы признать названное обязательство возникающимъ путемъ простой передачи вещи въ узупруктъ. Въ современномъ смыслѣ должно сказать, что узупруктуаръ уже по закону обязанъ передъ собственникомъ заботливо пользоваться вещью и затѣмъ возвратить

¹⁾ l. 1. pr. D. usufr. quemadm. sav. 7. 9.

ее. Узуфруктъ, такимъ образомъ, сталъ реальнымъ контрактомъ; онъ приравнялся къ *pignus*, *commodatum* и т. д., а что касается до *quasi-ususfructus*, то послѣдній приравнялся къ *mutuum*. Сублируя, такимъ образомъ, вышеозначенную стипуляцію, мы поступаемъ вполне въ духъ дальнѣйшаго преобразования, которому римское право подвергается у насъ, не только въ общемъ, но и въ отдѣльных случаяхъ подобныхъ вышеуказаннымъ. Такъ, когда происходило замедленіе въ доставленіи *cautio* со стороны аррогатара, по поводу возвращенія имущества аррогированнаго или когда представленіе *cautio damni infecti* ставилось въ зависимость отъ рѣшенія претора, а вредъ уже наступилъ — тогда помогали посредствомъ *utilis actio* ¹⁾.

На случай промедленія въ доставленіи *cautio usufructuaria*, при *quasi ususfructus*—допустили въ качествѣ суррогата кондикцію ²⁾. Точно также, если доставлялась уплата прокуратору, безъ *cautio de rato*, то при отказѣ въ ратификаціи, на ряду съ стипуляционнымъ искомъ, стала законная кондикція ³⁾.

Процессъ представлялъ богатое поле для новыхъ успѣховъ. Въ древнѣйшемъ римскомъ процессѣ, по общему правилу, тѣ обязательства, которыя присоединялись къ разбираемому въ судѣ спорному отношенію—устанавливались посредствомъ стипуляцій ⁴⁾. Въ Юстиніановомъ правѣ они уже большей частью исчезли, причемъ ихъ замѣнили соотвѣтствующія законныя обязательства; сохранившіяся же ⁵⁾—перестали нуждаться въ ка-

¹⁾ 1. 19. § 1. D. de adopt. 1. 7. 1. 15. § 28. D. de dam. inf. 39. 2.

²⁾ 1. 5. § 1. D. de usufr. ear. rer. 8. 5.

³⁾ 1. 25. § 1. D. rat. rem. 46. 8. 1. 14. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. cp. 1. 9. § 4. D. ad exhib. 10. 4. 1. 7. §§ 4, 5. D. de dote prael. 33. 4.

⁴⁾ Cp. Savigny, Syst. VI. § 258.

⁵⁾ Cp. tit. I. de satisdat. 4. 11.

комъ либо выраженномъ обѣщаніи. Если отвѣтчикъ устанавливалъ прокуратора, то само собою разумѣется, что онъ подчинялся юдикату противъ указаннаго прокуратора и потому онъ не долженъ былъ болѣе обѣщать *judicatum solvi*. Подобнымъ же образомъ, мы можемъ смотрѣть и на имѣющую быть доставленной прокураторомъ истца *cautio de rato*, въ отношеніи ея облигаторнаго элемента, какъ на обязательство, наступающее въ силу закона.

Если поэтому, кто нибудь выступаетъ противъ меня, какъ мнимый представитель, то по современному юридическому воззрѣнію вовсе не требуется, чтобы онъ обязался отвѣчать за дѣйствительность своего полномочія; уже *bona fides* обуславливаетъ его отвѣтственность въ этомъ отношеніи ¹⁾. Онъ обязанъ лишь сдѣлать утверждаемый мандатъ процессуально для меня замѣтнымъ, т. е. въ случаѣ надобности представить его доказательство третьему лицу. Если же онъ не будетъ въ состояніи этого сдѣлать, то онъ отвѣчаетъ за всѣ убытки. Эти-то принципы, примѣняемые къ цессіонару и указываютъ, что онъ долженъ отвѣчать передъ *debitor cessus* по поводу своего полномочія относительно даннаго требованія, именно за то, что первоначальный кредиторъ не будетъ уже взыскивать по требованію, равно какъ и предпринять, на свой страхъ, защиту должника противъ иска со стороны первоначальнаго кредитора.

Прослѣдимъ теперь въ отдѣльности практическіе выводы указаннаго основнаго положенія, причемъ однако, центральнымъ пунктомъ изслѣдованія будетъ все же римское кауціонное обязательство. Цессіонаръ, если онъ судебно или внѣ судебно претендуетъ на уплату со стороны *debitor cessus*,

¹⁾ Точно также, какъ при продажѣ—*dictum* обязываетъ не мѣнѣе, чѣмъ *promissum*.

обязанъ доказать передачу требованія; если же онъ не можетъ этого сдѣлать, то онъ долженъ доставить матеріальное обезпеченіе на случай привлеченія должника ко вторичной отвѣтственности. Строго говоря, должникъ долженъ былъ бы требовать такое обезпеченіе даже и при денунціаціи, насколько имѣетъ мѣсто опасность быть преслѣдуемымъ первымъ кредиторомъ и быть чрезъ то обремененнымъ издержками. Ничтожность интереса, равно какъ и довѣріе, которое господствуетъ въ оборотѣ, по общему правилу, ведутъ къ тому, что такое требованіе отсутствуетъ; должникъ однако не можетъ игнорировать денунціацію, происшедшую и безъ достаточнаго обезпеченія. Несомнѣннымъ доказательствомъ цессіи, въ виду того, что свидѣтели представляютъ доказательство далеко не безусловное, а присяга совершенно не имѣетъ примѣненія, долженъ быть признанъ лишь офиціальный документъ, содержащій самую цессію или признаніе ея со стороны цедента. Указанный офиціальный документъ есть документъ столь существенный, что его можно разсматривать какъ несомнѣнное объективное доказательство. Эвентуально имѣющее быть доставленнымъ, матеріальное обезпеченіе наступаетъ тогда, когда цессіонаръ не можетъ достаточнымъ образомъ доказать свою сольвенцію черезъ поручителей или установленіемъ залога. Форма того же обезпеченія имѣетъ мѣсто въ случаѣ если цессіонаръ, до доказательства цессіи, объявляетъ о возможности допущенія судебного депозита долга вмѣсто уплаты. Впрочемъ, должникъ можетъ всегда требовать, чтобы ему не только былъ показанъ, но и врученъ цессіонный документъ въ оригиналѣ или въ копіи, засвидѣтельствованный на счетъ цессіонара. До тѣхъ же поръ, пока должнику не будетъ доставлено полное обезпеченіе, онъ можетъ задержать уплату или судебно депонировать ее ¹⁾.

¹⁾ I. 1. § 37. D. depos. 16. 3.

Если мы спросимъ теперь—какъ относится указанная обязанность цессіонара гарантировать должнику цессію къ его же процессуальной обязанности доказать цессію, то мы должны будемъ признать, что тамъ, гдѣ цессіонаръ доказалъ несомнѣнное существованіе цессіи, тамъ гарантія и доказательство совпадаютъ. Гдѣ же цессіонаръ, при отсутствіи объективнаго доказательства прибѣгаетъ къ доставленію матеріальнаго обезпеченія, тамъ онъ не долженъ быть признанъ освобождающимся чрезъ это отъ процессуальнаго доказательства цессіи, которое должно быть совершеннымъ. Для этого могутъ быть употреблены средства всякаго рода, причемъ цессіа, по мнѣнію многихъ, можетъ быть доказана даже и посредствомъ присяги. Различія между доказательствомъ и гарантіей цессіи, обыкновенно не выясняютъ, когда спорятъ о томъ, какимъ образомъ должна быть доказана цессіа. Далѣе возникаетъ также вопросъ о томъ, должно ли при искѣ цессіонара противъ должника обращать вниманіе на отсутствіе соотвѣтствующей гарантіи—*ex officio*? Въ этомъ можно было бы сомнѣваться потому, что обязанность названной гарантіи основывается лишь на *aequitas*, причемъ отсутствующая легитимачія прокуратора обусловливаетъ и въ римскомъ правѣ лишь *exceptio (procuratoria)* ¹⁾. Но указанный вопросъ все-таки долженъ быть рѣшенъ утвердительно. Какъ *jus aequum*, такъ и право, которое проявлялось у римлянъ въ формѣ *exceptio* въ настоящее время суть процессуально совершенныя права, которыя, въ зависимости отъ соотвѣтствующихъ фактическихъ оснований, должны быть гарантируемы *ex officio*. Такъ напримѣръ, покупатель, который вчиняетъ искъ о поставкѣ товаровъ—въ современномъ процессѣ долженъ указать и соотвѣтствующую плату за товары, иначе его искъ признается

¹⁾ I. 62. D. de procur. 3. 3.

неосновательнымъ, по римскому же праву возраженіе о не-указаніи названной платы вліяло лишь эксцепціонально. То же должно признать и относительно гарантіи, доставляемой цессіонаромъ должнику. Указанное доставленіе касается вопроса объ искомомъ основаніи, въ широкомъ смыслѣ слова, т. е., не обоснованія права, преслѣдуемаго искомъ, но указанія нарушенія, обусловливающаго вчиненіе иска. Разъ искъ разсматривается, то очевидно, что доставленіе или предложеніе достаточной гарантіи можетъ быть сдѣлано и въ теченіи процесса; если же отвѣтчикъ не порицаетъ недостатка гарантіи, то можетъ быть принять и отказъ отъ нея; тамъ же, гдѣ отсутствуетъ такой отказъ, тамъ, по общему правилу имѣетъ мѣсто не отказъ въ искѣ, но лишь модификація осужденія (къ уплатѣ ради обезпеченія или въ формѣ депозита).

Разсмотримъ, наконецъ, случай, когда должникъ уплачиваетъ цессіонару безъ доставленія послѣднимъ достаточнаго доказательства въ своемъ полномочіи. Здѣсь произведенная уплата не можетъ, вслѣдствіе указаннаго недостатка, обратиться въ *indebitum*, которое могло бы быть требуемо обратно ¹⁾. Названная уплата должна быть разсматриваема какъ совершенная, въ предположеніи, что первоначальный кредиторъ не будетъ притязать на уплату на ряду съ цессіонаромъ, почему цессіонаръ не перестаетъ отвѣчать передъ должникомъ, лишь въ случаѣ вчиненія иска первоначальнымъ кредиторомъ, т. е. онъ долженъ возратить полученное (въ случаѣ признанія основательнымъ иска первоначальнаго кредитора) по принципамъ *cond. ob causam datorum* ²⁾. Въ этомъ случаѣ указанный цессіонаръ приравнивается, слѣдовательно, къ прокуратору которому должникъ уплатилъ, въ предположеніи уполномоченія

¹⁾ Cp. l. 7. § 4. D. de dote prael. 33. 4.

²⁾ Cp. Donell. Comm. XV. c. 44. § 22.

или одобренія со стороны *dominus'a*; если же это предположеніе оказывается неосновательнымъ, то уплата является какъ *ob rem datum*, которое подлежитъ обратному требованію (посредствомъ *condictio ob causam datorum*) ¹⁾.

Такой выводъ долженъ имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда должникъ уплачивалъ цессіонару не добровольно, но будучи судебно-осужденъ. Юдикатъ долженъ вліять на установленіе цессіи лишь въ отношеніяхъ между цессіонаромъ и cedentомъ, а такъ какъ у послѣдняго не могло быть намѣренія понуждать должника къ двойной уплатѣ, то происходящее должно быть разсматриваемо въ предположеніи, что первый кредиторъ не можетъ законно притязать на требованіе. Совершенно подобное же имѣетъ мѣсто въ случаѣ юдиката, который обязываетъ кого-либо доставить собственнику вознагражденіе за потерянную вещь. И въ основаніи этого юдиката лежитъ предположеніе, что вещь болѣе не найдется. Если же собственникъ ее снова найдетъ, то онъ долженъ, несмотря на юдикатъ, выплатить обратно доставленное ему вознагражденіе ²⁾. Если бы уплата цессіонару должникомъ—добровольная или вслѣдствіе юдиката не связывалась бы указаннымъ образомъ, т. е. если бы должникъ долженъ былъ ограничиться лишь уплатой, а первый кредиторъ впослѣдствіи оспаривалъ требованіе цессіонара, то очевидно, что должникъ долженъ бы былъ быть обязываемъ еще менѣе при наличности особаго договора, заключеннаго съ цессіонаромъ (напр. путемъ установленія новаго долговаго документа) или посредствомъ несовершеннаго юдиката. Ему нельзя, однако, отказать въ правѣ, требовать гарантіи цессіи, несмотря на указанныя новыя основанія обязательства ³⁾, ибо

¹⁾ l. 14. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

²⁾ l. 2. D. de cond. sine c. 12. 7.

³⁾ Cp. Bähr, Anerkennung § 24.

даже тогда, когда на ряду съ правомъ цессіонара стоитъ стипуляція или юдикатъ, — цессіонаръ поступаетъ должоно, когда желаетъ реальной уплаты, не желая въ то же время обезпечить должника. Признаніе, слѣдовательно, должникомъ цессіонара никогда не имѣетъ значенія истиннаго признанія, т. е. признанія, формально связывающаго. Но какимъ же образомъ, спрашивается, защищается должникъ, въ случаѣ, если послѣ денунціаціи со стороны цессіонара противъ должника выступитъ первый кредиторъ, оспаривающій цессію? Если должникъ имѣетъ уже въ рукахъ средства доказательства цессіи, то дѣло разясняется само собой. Но если цессіонаръ не представилъ соотвѣтствующіе документы при денунціаціи, а должникъ на этомъ не настаивалъ, то должникъ имѣетъ право приглашать цессіонара къ участию въ доказательствѣ цессіи вмѣстѣ съ должникомъ или къ доставленію послѣднему обезпеченія, касательно издержекъ въ процессѣ противъ иска первоначальнаго кредитора. Если мы спросимъ о юридической природѣ указаннаго приглашенія, то должны будемъ признать, что она есть ничто иное, какъ литисденунціація въ современномъ техническомъ смыслѣ. Вообще же литисденунціація должна быть признана институтомъ не столько позитивнымъ, сколько основаннымъ на общихъ принципахъ. Рѣшеніе юридическаго спора дѣйствуетъ, подобно договору, лишь между сторонами. Что при договорѣ поражаетъ двусторонняя воля, то при *res judicata* поражаетъ власть, данная обѣимъ сторонамъ для воздѣйствія путемъ соотвѣтствующихъ формъ процесса на судебное рѣшеніе. Въ нѣкоторыхъ, однако, случаяхъ, рѣшеніе должно имѣть матеріальное значеніе и для третьяго лица, причемъ убытки, которые вытекаютъ изъ неосновательности защищаемаго права, могутъ быть также возложены на третье лицо. Если бы третье лицо оставалось безусловно внѣ процесса, то чрезъ это возникло бы ложное пониманіе, что оно не можетъ быть связываемо юдикатомъ, что сторона должна заботиться объ измѣненіи матеріальнаго содержанія юдиката и что если ей это не

удастся, то убытки должны отражаться на ея личныхъ интересахъ.

Должно быть, слѣдовательно, найдено средство, чтобы устранить опасность для стороны, которая есть лишь формальная представительница юридическаго отношенія, двукратнаго процесса, т. е., сдѣлать формально дѣйствительною *res judicata* перваго процесса и въ отношеніи заинтересованнаго третьяго лица. Это же достигается тѣмъ, что сторонамъ позволено привлекать къ участию въ процессѣ третьихъ лицъ. Форма привлеченія есть литисденунціація. Послѣдняя была въ классическомъ правѣ вообще вводной формой процесса. Введенная, по всей вѣроятности, путемъ обычая и нормированная Маркомъ Авреліемъ, она заключалась въ вызовѣ истцомъ предъ свидѣтелями отвѣтника, что и вынуждало послѣдняго явиться въ извѣстный срокъ *in iure* и давало движеніе иску ¹⁾. Она была слѣдовательно приглашеніемъ отвѣтника къ участию въ юридическомъ спорѣ, который, соотвѣтствуя общему характеру древнѣйшаго римскаго процесса, завершался посредствомъ частнаго акта. Императоръ Константинъ обратилъ ее въ судебное приглашеніе, предписавъ, чтобы она была оформлена въ видѣ протокола ²⁾. Въ Юстиніановомъ правѣ, какъ форма приглашенія отвѣтника, она исчезла. Но мы находимъ все еще упоминаніе о денунціаціи, какъ о формѣ привлеченія къ участию въ процессѣ третьяго лица. Эта денунціація и должна быть признана имѣющей значеніе равное или, по крайней мѣрѣ, подобное — значенію древнѣйшей *litis denunciatio*. Подобно послѣдней она содержитъ приглашеніе къ участию въ процессѣ, давая поводъ третьимъ лицамъ участвовать въ процессѣ, въ качествѣ защитниковъ, равно какъ и въ виду своихъ собственныхъ правъ;

¹⁾ Puchta, Instit. II §§ 160, 184. Keller, Civ.-Pr. § 48.

²⁾ 1. 2. C. Theod. de denunci. 2. 4.

она обеспечивает формальное действие юдиката против третьих лиц. Литисденунциация имеет поэтому место везде, где сторона уполномочена перенести неблагоприятные для нея последствия процесса на третье лицо¹⁾. Перенесение убытков на третье лицо часто бывает возможно лишь в форме иска, вследствие чего и пришли к установлению общего правила, что литисденунциация может быть применяема там, где имеет место регрессивное притязание. Указанное правило является, однако, слишком узким. Применение литисденунциации должно быть признано также и в тех случаях, когда идет речь о приобретении не иска, но лишь возражения против иска третьего лица. Так когда должник привлекается к уплате долга кредитором, причем заявляет соответствующие притязания и поручитель, не позаботившись о доказательстве произведенной им уплаты, то в отношении поручителя должник не отвечает. Напротив того, поручитель обязан заступить главного должника, в отношении доказательства совершенной уплаты, причем соответствующим средством привлечения поручителя должна быть признана литисденунциация.

Отношения, подобные указанным существуют и между цессионаром и *debitor cessus*. Должник обязан уплатить лишь один раз — или кредитору или цессионару. Вопрос же о том, кто есть действительно-уполномоченный к принятию уплаты — должен быть признаваем касаящимся лишь цессионара. Если, поэтому, первый кредитор вчиняет иск против должника, то для гарантии должник возвращает о спор цессионару и побуждает через это последнего принять на себя доказательство цессии. Раз же в процесс принимает участие цессионар, то спор о легитимации касается лишь цессионара. Должник является

¹⁾ Ср. I. 10. § 12. D. mandati. 17. 1.

уполномоченным принимать участие в этом споре лишь на столько, на сколько он не признает законности цессии, в виду своего собственного интереса. Во всех прочих случаях он должен признавать для себя обязательным результат спора между цессионаром и цедентом совершенно также, как действие цессионного договора. Поэтому, если должник признает направленное против него требование законным, то кроме случая, когда он является уполномоченным к участию в легитимационном споре по исключению, он должен быть отстранен от участия в процессе. Если же должник оспаривает требование, то вопрос о легитимации истца составляет преюдициальный пункт дальнейшего процесса против цессионара.

Но как в том, так и в другом случае последствиями литисденунциации является то, что чрез признание уполномочения первого кредитора констатируется факт неуполномочения цессионара. Если, поэтому, должник еще не уплатил цессионару, то он приобретает на основании юдиката — возражение против иска цессионара. Если же он уплатил уже, то для него юдикат обосновывает вышеупомянутую кондикцию уплаченного. Наконец, вопрос о том, окончательно ли теряет цессионар свое право, вследствие доказательства права первого кредитора, решается, смотря по тому, принимал ли цессионар участие в процессе. Если да, то очевидно, что цессионар проспорил свое право; если нет, то он все еще может ссылаться на цедента.

До сих пор мы имели в виду простейший случай, когда идет речь о конкуренции первого кредитора с цессионаром и когда цессия оспаривается лишь *in facto*. Мы видели, при этом, что все средства защиты должника против опасности двукратной уплаты — каковы притязание на доставление кауции, депозит, литисденунциация — направлены против цессионара. Но спрашивается, может ли должник

примѣнять указанныя средства защиты противъ перваго кредитора?

Не можетъ ли онъ, при вчиненіи противъ него иска цессіонара побудить посредствомъ литисденунціаціи перваго кредитора осуществить свое право на требованіе, вчиняя искъ въ свою очередь? Вопросъ этотъ, повидимому, долженъ быть рѣшенъ отрицательно. Первый кредиторъ имѣетъ безусловную *fundatam actionem*, послѣдняя не требуетъ доказательствъ. Гораздо болѣе нуждается въ доказательствахъ вещная легитимация цессіонара.

Но можетъ имѣть мѣсто и обратное положеніе вещей, въ случаѣ если цессія опровергается первоначальнымъ кредиторомъ. Въ данномъ случаѣ цессіонаръ имѣетъ *fundatam actionem*; цедентъ же долженъ денунціровать должнику, доставить ему кауцію или допустить противъ себя депозитъ, а въ случаѣ надобности принять участіе и въ процессѣ противъ должника.

Наконецъ можетъ случиться, что оспаривается не фактичность отношенія, но только юридическія положенія, которыя рѣшаютъ вопросъ о переходѣ требованія, утверждаемомъ цессіонаромъ. Въ этомъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о томъ, на которую изъ сторонъ должна быть возложена тяжесть доказательства; неопредѣленность юридического отношенія должна отражаться на интересахъ обѣихъ сторонъ. Должникъ можетъ обращать свои притязанія касательно обезпеченія какъ противъ цессіонара, потому послѣдній и безъ того обязанъ доказать свое право на требованіе, такъ и противъ перваго кредитора, потому что онъ допустилъ неопредѣленность положенія, въ которое стало требованіе.

Если мы оставимъ въ сторонѣ случай конкуренціи между цессіонаромъ и первоначальнымъ кредиторомъ и рассмотримъ другой, — когда конкурируютъ различные цессіонары, какъ претенденты на одно и то же требованіе, то мы должны будемъ признать, что здѣсь отношенія комбинируются совершенно иначе.

Прежде всего должникъ можетъ требовать отъ cadaго изъ цессіонаровъ обезпеченія противъ притязаній первоначальнаго кредитора. Вмѣстѣ съ тѣмъ, поднимается вопросъ о предпочтеніи того или другаго цессіонара. И въ этомъ отношеніи, могутъ быть спорными какъ фактическія данныя (напримѣръ, время цессіи), такъ и примѣненіе соотвѣтствующаго юридическаго положенія.

Но если основанія цессіи спорны лишь относительно одного изъ цессіонаровъ, въ отношеніи же другаго они несомнѣнны, то послѣдній долженъ быть признанъ имѣющимъ *fundatam intentionem* и должникъ можетъ требовать доказательства цессіи лишь со стороны того цессіонара, который основываетъ свое право на неопредѣленныхъ фактахъ. Если же всѣ цессіонары основываютъ свои права на неопредѣленныхъ фактахъ, то должникъ можетъ требовать доказательства отъ cadaго изъ нихъ. То же имѣетъ мѣсто въ случаѣ если предпочтеніе претендента зависитъ отъ сомнительности того или другаго юридическаго вопроса. Вообще же въ ученіи о цессіи должно заботиться главнымъ образомъ о сохраненіи практическаго смысла и ничто не дѣйствовало бы вреднѣе, какъ строгое примѣненіе разъ установленныхъ юридическихъ положеній. Вышеуказанныя разъясненія не могутъ поэтому исчерпывать вопроса, но должны служить лишь основаніемъ къ его разъясненію.

Мы не погрѣшимъ, однако, если будемъ имѣть въ виду, что требованіе не можетъ быть передаваемо къ невыгодѣ должника, которая заключается въ опасности двукратной уплаты. Не можетъ быть отрицаемо также и другое общее положеніе: необходимо признать, что должникъ имѣетъ вышеуказанное притязаніе на доказательство цессіи всегда, когда личность кредитора является сомнительною, безъ вины должника. Такъ извѣстно, что считается весьма спорнымъ вопросъ о томъ, долженъ ли тотъ, кто въ качествѣ наслѣдника (кредитора, умершаго безъ завѣщанія) вчиняетъ на-

слѣдственный искъ доказать, для подтвержденія своего исковаго полномочія, свое собственное родство или отсутствіе исключających его другихъ родственниковъ. Обыкновенно признается первое, такъ что доказывать наличность другихъ уполномоченныхъ предоставляется отвѣтчику. И это должно считать совершенно правильнымъ, на сколько идетъ рѣчь о вопросѣ полного отрицанія притязаній истца. Но было бы совершенно неправильно требовать отъ отвѣтчика чтобы онъ, не будучи въ состояніи доказать существованіе другихъ уполномоченныхъ долженъ былъ платить истцу, а впослѣдствіи, когда вчинить искъ лицо болѣе уполномоченное—платить послѣднему еще разъ.

На ряду съ вышеизложеннымъ, очевидно, должны существовать особыя формы, путемъ которыхъ могутъ быть выяснены взаимныя отношенія между конкурирующими претендентами на требованіе. Мы видѣли выше участіе въ процессѣ одного изъ претендентовъ въ качествѣ литисденунціата должника, равно какъ и въ качествѣ истца, вчиняющаго искъ о возвращеніи уплаченнаго неуполномоченному.

Возможно, однако, что конкурирующій претендентъ, послѣ того какъ онъ обязалъ должника путемъ денунціаціи имѣть въ виду его право, не взыскиваетъ по требованію. Первоначальный же кредиторъ, не обязанный прибѣгать даже и къ денунціаціи, имѣетъ право столь очевидное, что цессіонару, не имѣющему въ рукахъ безспорнаго доказательства цессіи, невозможно взыскивать по требованію иначе, какъ съ кауціей или въ формѣ депозита. Какими же, спрашивается, средствами владѣетъ цессіонаръ для того, чтобы освободиться отъ этихъ обременительныхъ отягощеній его права? Какимъ образомъ можетъ онъ освободиться отъ кауціи? Какъ получить онъ слѣдующую сумму депозита? Очевидно, онъ нуждается для этого, на сколько его конкурентъ не удовлетворяетъ его притязаніе добровольно, въ искѣ, имѣющемъ быть вчиненнымъ противъ названнаго конкурента.

Посмотримъ теперь, съ какой точки зрѣнія искъ этотъ можетъ быть конструированъ. Противъ первоначальнаго кредитора такой искъ долженъ быть признанъ обязательнымъ и основывающимся на фактѣ цессіи. Такъ какъ цессіонаръ можетъ имѣть полное основаніе къ осуществленію права, переданнаго ему путемъ цессіи, лишь при наличности цессіоннаго документа, то цедентъ обязанъ доставленіемъ такового, причемъ, само собою разумѣется, что издержки по поводу доставленія цессіоннаго документа, по общему правилу, долженъ нести цессіонаръ. Для полученія безусловнаго доказательства цессіи цессіонаръ можетъ также привлечь цедента къ участію въ процессѣ, въ качествѣ свидѣтеля.

Указанный выше искъ цессіонара, основывающійся на фактѣ цессіи является, однако, недостаточнымъ, коль скоро идетъ рѣчь о конкуренціи нѣсколькихъ цессіонаровъ. Въ данномъ случаѣ наиболѣе справедливымъ должно быть признано допущеніе вчиненія такого иска, который можетъ быть основанъ лишь на непосредственномъ правѣ «собственности на требованіе» и который долженъ имѣть мѣсто противъ каждаго, кто фактически препятствуетъ осуществленію этого права. Признаніе указаннаго иска будетъ необходимо, коль скоро мы признаемъ право должника депонировать долгъ въ виду сомнительности конкурирующихъ притязаній. Упомянутое депонированіе долга можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что чрезъ него должникъ долженъ быть защищаемъ противъ иска тѣхъ лицъ, въ виду спорныхъ правъ которыхъ онъ депонировалъ. Вслѣдствіе депозита каждый изъ конкурентовъ находится до извѣстной степени во владѣніи депонированнымъ, такъ какъ депозитъ сохраняется для него эвентуально. Каждый изъ конкурентовъ является въ данномъ случаѣ столь же заинтересованнымъ, сколь и уполномоченнымъ къ устраненію притязанія другаго цессіонара, который препятствуетъ ему въ свободномъ осуществленіи требованія. А потому, за отсутствіемъ добровольнаго соглашенія, указан-

нымъ конкурентамъ остается лишь прибѣгнуть къ содѣйствію суда. Если же мы спросимъ о природѣ иска между указанными конкурентами, касательно ихъ вещной легитимации, то мы должны будемъ признать названный искъ не облигаторнымъ, но вещнымъ. Посредствомъ его осуществляется субъективное право лица на данное требованіе. Взаимный искъ между претедентами на одно и то же требованіе можетъ быть названъ какъ бы негаторнымъ. Что же касается до процессуальнаго формулированія указанного иска, равно какъ и иска между цессіонаромъ и цедентомъ, то мы можемъ признать, что какъ исковое прошеніе, такъ и рѣшеніе должны быть направлены на документальное признаніе вещной легитимации истца. Названная форма является однако ненужною, въ случаѣ состоявшагося судебного рѣшенія. Последнее можетъ ограничиться фактическимъ признаніемъ или непризнаніемъ права истца, чѣмъ уже и обусловливается вышеупомянутая легитимация. Указанные же иски, въ виду вышеизложеннаго, очевидно должны быть отнесены къ разряду исковъ, имѣющихъ своею цѣлью констатированіе извѣстнаго юридическаго отношенія ¹⁾.

Таковы воззрѣнія Бэра, по мнѣнію котораго, главная вина существующихъ въ ученіи о цессіи заблужденій должна быть приписана несомнѣнно теоріи.

¹⁾ Если, говоритъ Бэръ (Cess. стр. 487), мы обратимъ вниманіе на воззрѣнія судовъ касательно разбираемаго ученія, то мы встрѣтимся съ состояніемъ, встрѣчаемымъ всюду, гдѣ практика пролагаетъ себѣ путь, будучи оставлена теоріей. Одна часть практиковъ борется все еще съ точки зрѣнія теоріи, другая же придерживается извѣстныхъ взглядовъ лишь потому, что они выработаны практикою. Въ подтвержденіе своего ученія о цессіи Бэръ ссылается на судебныя рѣшенія, взятые изъ практики Кургессенскихъ судовъ. (Ср. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VII. стр. 16. VIII. стр. 668, 674. Seuffert, Arch. XI. 32).

Вообще же можно замѣтить, что ученіе о цессіи не принадлежитъ къ числу излюбленныхъ предметовъ изслѣдованія. Пишутся самыя разнообразныя сочиненія по вопросамъ почти не имѣющимъ никакого практическаго интереса, тогда какъ о томъ, что встрѣчается практику ежедневно, о томъ теоретики не даютъ ему почти никакихъ существенныхъ указаній. Наряду съ этимъ находятся юристы, которые отказываютъ наукѣ въ уполномоченіи къ соответствующимъ объясненіямъ спорныхъ вопросовъ касательно цессіи. Но такое убѣжденіе должно быть признано слишкомъ крайнимъ. Правда, большая часть вышеуказанныхъ выводовъ не можетъ быть доказана ссылками на непосредственные фрагменты источниковъ, тѣмъ не менѣе, нельзя утверждать, что теорія цессіи въ томъ видѣ, какъ она изображена у Бэра и представлена нами, есть нѣчто созданное совершенно вновь и помимо практики. Гораздо правильнѣе признать, что развивая изложенную теорію Бэръ, какъ онъ и самъ сознается ¹⁾, слѣдовалъ лишь изреченію юриста Павла:

Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.

Цессіонныя теоріи въ примѣненіи къ разъясненію юридической природы заклада долговыхъ требованій.

Теорія такъ называемой «условной цессіи», при разъясненіи природы *pignus nominis*, защищается главнымъ образомъ Мюленбрухомъ, который въ своемъ сочиненіи «*Cession der Forderungsrechte*» рассматриваетъ, между прочимъ, и вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій. Исходя изъ своего основнаго воззрѣнія, что чужія права требованія можно осуще-

¹⁾ Cess. стр. 497.

ствлять безъ согласія должника лишь *ex mandato actionum* и юридически равныхъ ему оснований, вопросъ о конструкціи понятія заклада долговыхъ требованій Мюленбрухъ пытается рѣшить въ зависимости отъ признанія заклада требованія за его «суспензивно условную» цессию («*suspensiv-bedingte Cession*») ¹⁾. *Actio utilis*, по мнѣнію Мюленбруха, принадлежитъ одинаково, какъ залогопринимателю, при *pignus nominis*, такъ и цессионару, причемъ подобно тому, какъ цессионаръ получаетъ право осуществлять чужое право требованія какъ свое собственное, такъ и залогоприниматель осуществляетъ чужое требованіе какъ свое собственное. Въ зависимости отъ вышеуказаннаго, Мюленбрухъ выводитъ и ограниченія правъ залогопринимателя. Послѣдній, говоритъ онъ, не долженъ имѣть совершенное и безусловное право на объектъ заложеннаго попен, но лишь ретенціонное право на него; доставленіе задолженнаго по данному требованію должно быть разсматриваемо, какъ производимое — залогодателю. Въ отношеніи заложеннаго требованія залогопринимателю принадлежитъ лишь право продажи и взысканія. Такія полномочія залогопринимателя продолжаются до тѣхъ поръ, пока существуетъ требованіе, обезпечиваемое залогомъ, по прекращеніи

¹⁾ Защита приблизительно той же мысли встрѣчается у Huschke (*de pign. nom.*) и Gaupp (*de nom. pign. стр. 32, 50. Thes. VI*). Въ *pignus nominis* Huschke видитъ—«*juris personalis cessio in securitatem debiti creditori ita facta, ut post moram factam nomine perimendo (potissimum exactione) satisfactionem sibi quaerere liceat. Non igitur in obligatione pignorata creditor potestatem vel jus aliquod accipit... accipit jus ex obligatione h. e. facultatem agendi ex jure et persona debitoris sui*» (стр. 17) ...«*pignore nominis enim*», говорятъ Huschke на стр. 71 (цит.), «*cessio continetur*». «*Ceduntur autem actiones multis modis, veluti vendito, legato, vel donato nomine. In his, ajo, etiam nominis oppignervatio ponenda*». (стр. 33).

же этого требованія—права залогодателя, въ отношеніи заложеннаго имъ требованія, возобновляются сами собою.

Указанной теоріи слѣдуютъ совершенно или съ незначительными отклоненіями: Пфейферъ ¹⁾, Пухта ²⁾, Келлеръ ³⁾, Зейфертъ ⁴⁾, Вангеровъ ⁵⁾, Штоббе ⁶⁾, Готтинеанусъ ⁷⁾. Названные писатели отклоняются отъ Мюленбруха лишь тѣмъ, что болѣе или менѣе всѣ признаютъ за залогопринимателемъ въ отношеніи объекта взыскиваемаго по заложенному требованію, не ретенціонное право ⁸⁾, но дѣйствительное закладное право.

Нельзя однако не замѣтить, что съ точки зрѣнія на закладъ долговаго требованія, какъ на условную его цессию, невозможно придти къ безусловно необходимому признанію, съ одной стороны — неотъемлемости извѣстныхъ правъ залогодателя, въ отношеніи закладываемаго требованія, и ограниченности передачи требованія съ закладною цѣлью, а съ другой стороны—къ признанію за залогопринимателемъ извѣстныхъ правъ уже съ самаго момента установленія заклада. Кредиторъ, въ этомъ заключается вся цѣль закладнаго права, долженъ получить, вслѣдствіе залога, настоящее обезпечивающее его право, которое, хотя и не можетъ быть осуществляемо тотчасъ, но и не должно становиться совершеннымъ лишь съ наступленіемъ будущихъ эвентуалитетовъ.

¹⁾ Ausf. I. стр. 2.

²⁾ Pand. и Vorles § 208.

³⁾ Pand. § 200.

⁴⁾ Pand. § 207. прим. 2.

⁵⁾ Pand. I. § 368. прим. 1.

⁶⁾ D. Privatr. II. § 155.

⁷⁾ De pign. nom. стр. 36.

⁸⁾ Въ этомъ отношеніи съ Мюленбрухомъ согласенъ Trotsche, Verpf.-R. стр. 112 и сл.

Если закладъ требованія должно было бы понимать какъ условную цессию требованія, то должно было бы признать, что по наступленіи условія, кредиторъ будетъ имѣть то же право, которое онъ имѣлъ бы, если бы ему цедировали безусловно. Согласно этому должна бы была имѣть мѣсто обратная цессія требованія, въ случаѣ желанія поставить залогодателя въ прежнее отношеніе къ заложенному требованію, равно какъ и полное распоряженіе залогопринимателя заложеннымъ ему требованіемъ, въ случаѣ наступленія условія. Если же сторонники теоріи Мюленбруха отрицаютъ такіе выводы, то это доказываетъ неправильность ихъ основнаго воззрѣнія ¹⁾).

Съ указанной точки зрѣнія условной цессіи невозможно также объяснить допущеніе многократнаго закладыванія требованія. Между тѣмъ какъ защитники теоріи Мюленбруха допускаютъ и многократное закладываніе требованія. Противъ теоріи условной цессіи возражаютъ также, и это совершенно справедливо, что, при послѣдовательномъ проведеніи ея, должно было бы признать, что залогоприниматель, какъ цессионарь, приобретаетъ собственность на вещи, доставляемые должникомъ залогодателя. А между тѣмъ, какъ мы видѣли выше, и самъ Мюленбрухъ и его сторонники дѣлаютъ выводы совершенно иные.

Избѣгнуть ошибокъ, въ которыя впадаетъ теорія Мюленбруха, вслѣдствіе принятія условной цессіи, пытается теорія, опирающаяся главнымъ образомъ на авторитетъ Дернбургъ и видящая въ закладѣ долговаго требованія его хотя и безусловную, но «ограниченную» цессию.

Мы видѣли выше, что защитники теоріи условной цессіи, сами себѣ противорѣча, допускаютъ однако, что залогопри-

¹⁾ Ср. Buchka, de pign. nom. стр. 12—15; Sohm, Subp. стр. 44. 46; Bekker, Krit. V.-J.-Schr. VI. стр. 481.

ниматель, хотя и должный считаться не собственникомъ, но залогопринимателемъ (цессионаромъ)—можетъ продавать заложенное требованіе и слѣдовательно передавать его покупателю точно такимъ, какимъ оно принадлежало залогодателю; допускаютъ также многократное закладываніе и признаютъ, что послѣ погашенія долга, обеспеченнаго закладомъ, залогодатель становится по-прежнему кредиторомъ своего должника. Все это признаютъ и защитники теоріи ограниченной цессіи, съ тою разницею, что стараются найти соответствующее основаніе въ установленіи новаго понятія.

Такъ, Дернбургъ ¹⁾, напримѣръ, исходитъ изъ того прин-

¹⁾ Въ новѣйшее время, говоритъ Дернбургъ (Pfundr. I. стр. 104 и сл.), весьма подробно изслѣдуется вопросъ о томъ, имѣетъ ли закладное право, подобно сервитутамъ, характеръ вещнаго господства («dinglicher Herrschaft») или оно устанавливаетъ извѣстнаго рода какъ бы обязанность заложенной вещи, подобную личному обязательству («ein Verbindlichwerden der Pfandsache nach Art einer persönlichen Obligation»). Положеніе, что закладное право есть *jus in re*, а не *obligatio rei* признаетъ и Дернбургъ, причемъ доказываетъ весьма подробно справедливость названнаго положенія, въ противоположность воззрѣнію, согласно которому закладное право есть *obligatio rei*. Закладное право, говоритъ Дернбургъ, немыслимо безъ требованія, служить обеспеченіемъ которому оно назначено. Цѣль закладнаго права составляетъ удовлетвореніе требованія кредитора. Отсюда нѣкоторые ученые полагаютъ возможнымъ считать, что заложенная вещь обязывается какъ бы лично, на ряду съ самимъ залогодателемъ, къ погашенію долга, обеспеченнаго залогомъ. Древнѣйшіе ученые заботились, главнымъ образомъ, объ опредѣленіи понятія закладнаго права, когда предметомъ его являлись вещи и лишь какъ бы въ видѣ дополненія, указывали на распространеніе института закладнаго права и на права, какъ на другія части имущества, замѣчая при этомъ, что результатомъ названнаго распространенія совершенно не можетъ быть появленіе какого либо вещнаго права. Природы же новаго

ципа, что кредиторъ можетъ передавать лишь личное право. Закладъ требованій возможенъ лишь въ томъ смыслѣ, что залогопринимателю «передается право осуществленія требо-

юридическаго отношенія, возникающаго въ случаѣ названнаго заклада правъ, указанные ученые не разясляли. Новѣйшіе ученые, къ которымъ примыкаетъ и Дернбургъ, сводятъ все закладное право къ вещному закладному праву; тамъ же, гдѣ римляне говорятъ о *pignus*, относительно *res incorporeales*, тамъ, по мнѣнію этихъ ученыхъ, вовсе не имѣетъ мѣста залогъ, но—лишь суррогатъ закладнаго права, сдѣлка порождающая юридическія отношенія, имѣющія общую съ отношеніями, возникающими при залогѣ—экономическую цѣль, но не общую юридическую природу. Обязательственное право, говорятъ Дернбургъ, предполагаетъ отношенія между независимыми, совершенно самостоятельными субъектами. Право кредитора сводится къ требованію («Forderung»), притязанію («Anspruch») на извѣстное доставленіе, со стороны должника. Определеніе Савиньи (Syst. B. I. стр. 339), что обязательство есть господство надъ извѣстнымъ дѣйствіемъ лица, по мнѣнію Дернбурга, должно быть отвергнуто. Право требованія имѣетъ своимъ основаніемъ свободу личности должника, оно апеллируетъ къ этой свободѣ, ищетъ опредѣлить волю должника и ожидаетъ отъ него извѣстнаго рода активную дѣятельность, причемъ, лишь, въ случаѣ неисполненія соответствующихъ обязанностей, примѣняются средства принужденія. У вещи нѣтъ естественнаго основанія («natürliche Grundlage»), на которомъ строится право требованія и только при помощи фикціи, безъ всякаго очевиднаго къ тому основанія, можно приписать ей личность, активность, свободу. Защитники же мнѣнія, что закладное право обуславливаетъ обязательство вещи, именно и вынуждаются прибѣгнуть къ такого рода фикціи, т. е. къ признанію за объектомъ залога извѣстной индивидуальности. Въ римскомъ правѣ, по мнѣнію Дернбурга, имѣются несомнѣныя доказательства того, что римскіе юристы относили закладное право къ разряду вещныхъ правъ. Право залогопринимателя на продажу залога, по наступленіи срока долга, обеспеченнаго залогомъ, и полученіе изъ вырученной отъ продажи суммы, соответ-

ванія», у залогодателя же «отнимается свободная диспозиція», но все это лишь на столько, на сколько это соответствуетъ цѣли обезпеченія и удовлетворенія требованія за-

ствующаго удовлетворенія—служить, по мнѣнію Дернбурга, точно также доказательствомъ вещной природы закладнаго права, такъ какъ указанное право продажи, несомнѣнно, должно быть признаваемо за осуществленіе извѣстнаго вещнаго господства. Доказательствомъ справедливости признанія закладнаго права за вещное право, по указанію Дернбурга, служить также, принадлежащая залогопринимателю — *actio hypothecaria*. Помимо обозначенія римскими юристами названнаго иска словами *in rem actio*, *petitio*, *vindicatio*, самое *petitum* истца, при *actio hypothecaria*, было совершенно однородно съ *petitum* истца въ прочихъ вещныхъ искахъ. Если бы закладное право обуславливало извѣстную *obligatio rei*, то залогоприниматель долженъ былъ бы, осуществляя свое право иска, требовать отъ лица, владѣющаго объектомъ залога и потому являющагося представителемъ названной вещи, уплаты долга, обезпеченнаго залогомъ, а между тѣмъ, прямую цѣль иска залогопринимателя составляетъ выдача самой заложенной вещи. Доказательствомъ въ пользу признанія *actio hypothecaria*, относящейся къ категоріи вещныхъ, а не личныхъ исковъ можетъ служить также допускаемое римскимъ правомъ, примѣненіе къ *actio hypothecaria*—*longi temporis praescriptio*, которая, какъ извѣстно, совершенно не примѣнялась въ отношеніи личныхъ исковъ. (Ср. l. 5. C. quibus non objic. longi temp. praeser. 7. 35. l. 21. C. de evict. 8. 45. l. 8. C. arbitrium tutelae. 5. 51. l. 8. C. de neg. gestis. 2. 19.) Съ точки зрѣнія на закладное право, какъ на *obligatio rei*, говорятъ Дернбургъ (Pfandr. I. стр. 109), совершенно непонятно также, почему за залогопринимателемъ, еще до срочности долговаго обязательства, обеспеченнаго залогомъ, признаются *actiones confessoriae* и *negatoriae* (l. 16. D. de servit. 8. 1) равно какъ и *condictio furtiva* (l. 12. § 2. D. de cond. furtiva. 13. 1), принадлежащая принципиально, какъ извѣстно, лишь собственнику вещи. Признавая, что закладное право порождаетъ извѣстнаго рода обязательство заложенной вещи, мы должны будемъ признать, что

логопринимателя. Закладъ долговаго требованія, по юридической формѣ своей, есть, слѣдовательно, «своеобразный видъ цессіи требованія», при которой полномочія цессіонара огра-

римская юриспруденція положила въ основу формы залога, образовавшейся въ позднѣйшее время, совершенно другое юридическое воззрѣніе, чѣмъ то, которое раздѣлялось въ первомъ періодѣ исторіи римскаго закладнаго права. Исходный пунктъ, зарождавшейся идеи римскаго закладнаго права, составляетъ, какъ мы видѣли выше, фидуція, а при залогѣ въ формѣ фидуціи, залогоприниматель пріобрѣтаетъ несомнѣнное право вещнаго господства надъ объектомъ залога. Поэтому, гораздо болѣе вѣроятности, что практическій тактъ римскихъ юристовъ, вырабатывая позднѣйшія формы залога, содѣйствовалъ развитію прежней идеи фидуціи въ связи съ соответствующими матеріальными основаніями. О возложеніи на вещь личной обязанности какого либо доставленія, въ источникахъ римскаго права не упоминается. Простой договоръ, говорятъ противники воззрѣнія Дернбурга, не сопровождаемый традиціею вещи, служа, согласно принципамъ римскаго права, къ образованію личной обязанности, отнюдь не можетъ служить образованію вещнаго права. А отсюда, закладное право, въ позднѣйшей своей формѣ, должно быть признаваемо порождающимъ извѣстнаго рода *obligatio rei*. Но вѣдь по принципамъ римскаго обязательственнаго права, обязываться можно лишь лично за себя и слѣдовательно совершенно непонятно, какимъ образомъ закладывающій можетъ устанавливать на ряду съ самимъ собой, въ качествѣ содолжника, еще и объектъ залога. Родство закладнаго права съ обязательственнымъ видятъ также въ томъ, что въ отношеніи какъ того, такъ и другаго, безусловно не допускалось пріобрѣтеніе черезъ представителей. Однако по римскому праву, какъ извѣстно, черезъ представителей нельзя было также пріобрѣтать и сервитуты. Исключеніе же свободнаго представительства основывалось на общемъ принципѣ римскаго права, согласно которому, свободныя лица—вообще не могли содѣйствовать пріобрѣтенію какихъ либо правъ для третьихъ лицъ. Принципъ этотъ претерпѣвалъ исключеніе лишь въ отношеніи такого рода сдѣлокъ, которыя основывались на передачѣ владѣнія.

ничиваются сообразно цѣлямъ закладнаго права, такъ что они прекращаются съ погашеніемъ обеспеченнаго требованія ¹⁾.

Въ сущности, однако, признавая вышеуказанныя положенія, Дернбургъ не пытается поставить ихъ въ связь съ основнымъ принципомъ своей теоріи. Возникновеніе же закладнаго права на вещь, доставленную по заложенному

Совершенно не вѣрно, также, по мнѣнію Дернбурга, основывать сходство закладнаго права съ обязательственнымъ на томъ, что римское право, не признавая за залогопринимателемъ необходимости владѣнія объектомъ его права, равнымъ образомъ, не знало владѣнія объектомъ права требованія. Залогоприниматель можетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, владѣть объектомъ залога и до срока долга, тогда какъ владѣніе личностью должника совершенно немислимо. Гораздо большія сомнѣнія можетъ вызывать то обстоятельство, что понятіе пріобрѣтенія по давности, напримѣръ, одинаково не примѣнимо, какъ къ закладному праву, такъ и къ обязательственному. Но вѣдь не всѣ права, къ которымъ не можетъ быть примѣняемо понятіе пріобрѣтенія по давности суть обязательственныя. Не можетъ служить доказательствомъ въ пользу признанія закладнаго права за обязательственное и то, что римскіе юристы обыкновенно пользуются одними и тѣми же выраженіями, для обозначенія, какъ установленія залога, такъ и основаній правъ требованія. Таковы выраженія *rem, pignus* и *hypothecam obligare, pignori* или *hypothecae obligare* и проч., соответственно чему для обозначенія закладнаго права употреблялись выраженія *obligatio, pignoris vel hypothecae vinculum* или *pexus*. Такая терминологія не можетъ указывать на отождествленіе закладнаго и обязательственнаго правъ потому, что слово *obligatio* у римлянъ обозначало ничто иное, какъ пассивное подчиненіе извѣстнаго объекта. Слово *obligatio*, употребляемое нами въ смыслѣ понятія обязанности къ извѣстному доставленію, въ Римѣ имѣло значеніе гораздо болѣе разностороннее и неопредѣленное. Такимъ образомъ Дернбургъ защищаетъ воззрѣніе на закладное право, какъ на право вещное.

¹⁾ Dernburg, Pfandr. I стр. 462.

требованію, Дерибургу¹⁾ сводитъ къ закладному праву на *res debita, implicite*, содержащемуся въ закладѣ требованія.

Довольно близко къ теоріи ограниченной цессіи приближается воззрѣніе Гельвига²⁾, по мнѣнію котораго, закладъ долговыхъ требованій основываетъ сукцессію этого требованія, въ томъ смыслѣ, что юридическія отношенія залогодателя къ его должнику не прекращаются, но залогоприниматель является совѣрителемъ («*Mitgläubiger*») первоначальнаго кредитора, вслѣдствіе чего послѣдній ограничивается въ осуществленіи своего права. Опредѣляя права залогопринимателя, Гельвигъ исходитъ изъ предположенія о вещномъ правѣ залогопринимателя, въ случаѣ если объектъ заклада украденъ безъ вины залогопринимателя. Право залогопринимателя возникаетъ въ зависимости отъ правъ залогодателя («*Auctor*»), причемъ залогоприниматель и залогодатель являются солидарно уполномоченными, на все время существованія заклада долговаго требованія. Особенности существующаго въ данномъ случаѣ солидарнаго обязательства обуславливаются срочностью правъ залогопринимателя параллельныхъ правамъ залогодателя.

Ближайшимъ образомъ къ Дерибургу примыкаютъ Эбергардъ³⁾ и Экснеръ⁴⁾. Родство взглядовъ Эбергарда съ взглядами Дерибурга состоитъ, главнымъ образомъ, въ принятіи «своеобразной цессіи, съ цѣлью доставленія закладнаго права на объектъ требованія»⁵⁾. Цессія требованія при его закладѣ, не связанная при этомъ съ извѣстною фор-

¹⁾ Тамъ же, стр. 236. 242. 467, 468.

²⁾ *Verpf. und Pf. Gr. Pfersche*, въ *Krit. V.-J.-Schr. B. 27.* стр. 208.

³⁾ *Eberhard, Verpf. v. Ford.*

⁴⁾ *Exner, Kritik des Pfandr.*

⁵⁾ *Eberhard, Verpf.* стр. 14.

мою, обуславливаетъ, по мнѣнію Эбергарда¹⁾, переходъ къ истинному закладному праву. Юридическая же природа указанной цессіи ближайшему разсмотрѣнію у Эбергарда не подвергается. Въ частности имѣется рядъ отклоненій, изъ которыхъ слѣдуетъ упомянуть лишь о томъ, что по мнѣнію Эбергарда, закладное право кредитора на доставленный предметъ возникаетъ лишь тогда, когда кредиторъ пользовался своимъ *jus exigendi*²⁾; при этомъ, однако, признается, что дѣйствіе закладнаго права отнюдь не зависитъ отъ приобрѣтенія залогодателемъ права собственности на объектъ доставленія³⁾.

Гораздо большее значеніе имѣютъ разсужденія Экснера, который впервые попробовалъ опредѣленнѣе выяснить внутреннее существо разбираемаго института, т. е., опредѣлить въ чемъ именно состоитъ своеобразное ограниченіе цессіи долговыхъ требованій при ихъ закладѣ. Въ то время какъ Дерибургу смотритъ еще какъ на главное—на личное дѣйствіе заклада требованія и принимаетъ антиципирующій закладъ лишь для объясненія факта, что кредиторъ, въ отношеніи взысканнаго предмета, приобрѣтаетъ не собственность, но закладное право—у Экснера мы видимъ обратное. Для него главное—пендентное закладное право, возникающее изъ эвентуальнаго заклада *rei debitaе*, какъ вещное дѣйствіе заклада требованія⁴⁾. Обязательственное послѣдствіе разбираемой юридической сдѣлки—«своеобразно ограниченная цессія» есть лишь *plus*, который можетъ быть присоединенъ къ закладу *rei debitaе*, лишь средство къ цѣли, уполномочить самого кредитора къ осуществленію эвентуалитета, при которомъ возникаетъ его закладное право.

¹⁾ Тамъ же, стр. 25.

²⁾ Стр. 33.

³⁾ Стр. 20.

⁴⁾ *Exner, Kritik.* стр. 133, 136.

Залогодатель переносит свое требование лишь ради «парящего (schwebendes) закладного права» и лишь в той степени, на сколько это требуется для его реализованія¹⁾.

Такимъ образомъ то, чего недостаетъ у Дербурга—именно ближайшаго опредѣленія своеобразно ограниченной цессіи съ закладной цѣлью, то пытается дополнить Экснеръ. Въ закладѣ требованія, говоритъ Экснеръ, заключается предоставленіе требованія въ распоряженіе залогопринимателя ради его удовлетворенія, что и происходитъ путемъ цессіи, которая по своему матеріальному содержанію подчиняется названной цѣли и ею ограничивается²⁾. Путемъ указанія на цессію требованія *in dotem*, которая включаетъ въ себѣ посвященіе извѣстнымъ цѣлямъ и содержитъ въ себѣ вслѣдствіе этого извѣстныя результирующія границы юридическаго положенія цессіонара, также какъ и на цессію процентнаго требованія *in usumfructum*—Экснеръ опредѣляетъ «особое содержаніе» закладной цессіи, ближайшимъ образомъ тѣмъ, что цессіонаръ долженъ осуществлять требованіе лишь на столько, на сколько велико его собственное требованіе и съ соблюденіемъ тѣхъ правилъ, на основаніи которыхъ осуществляется закладное право. Въ предѣлахъ этого ограниченія залогоприниматель есть истинный кредиторъ цедированнаго требованія. Такимъ образомъ, слѣдовательно, Экснеръ видитъ ограниченіе разбираемаго вида цессіи лишь въ томъ, что она теряетъ свое дѣйствіе, когда кредиторъ получаетъ удовлетвореніе и что залогоприниматель не можетъ требовать отъ должника залогодателя свыше размѣровъ своего требованія въ отношеніи залогодателя. Ограниченіе, слѣдовательно, касается экстензивныхъ границъ права, вытекающаго изъ цессіи, но не матеріальнаго

¹⁾ Тамъ же, стр. 135.

²⁾ Тамъ же, стр. 154.

его содержанія. Послѣдовательность однако такого пониманія несомнѣнно привела бы къ заключенію, что залогоприниматель получаетъ доставленіе отъ должника залогодателя на тѣхъ же основаніяхъ, какъ цессіонаръ. А этотъ выводъ столь же ужасаетъ самого Экснера, какъ и другихъ писателей. Согласно съ этимъ, мы находимъ у Экснера, безъ попытки сближенія съ выше указаннымъ воззрѣніемъ, утвержденіе, что право залогопринимателя ограничено и съ матеріальной стороны. Залогодатель, говоритъ Экснеръ¹⁾, выдѣляетъ закладываемое требованіе изъ своего имущества въ пользу залогопринимателя, въ виду опредѣленной цѣли. Извѣстный же остатокъ права требованія сохраняется у залогодателя²⁾.

Указанная у Экснера идея раздѣленія заложеннаго требованія находитъ развитіе у Мансбаха³⁾ и Ганаусека⁴⁾. Ближайшимъ, впрочемъ, основателемъ воззрѣнія, которое ведетъ къ принципиальному дѣленію закладываемаго требованія можетъ быть названъ Бюркель. Уже въ своихъ *Beitr. zur Lehre v. Niessbrauch*⁵⁾—онъ указывалъ, что въ требованіи кауціонно-уполномоченнаго на передачу вещи въ собственность заключается и требованіе на передачу вещи въ узупфруктъ; перенося извѣстное право на узупфруктуара собственникъ сохраняетъ за собой лишь требованіе, направленное на *nuda proprietas*, которую, впрочемъ, узупфруктуаръ обыкновенно будетъ требовать отъ должника вмѣстѣ съ узупфруктомъ.

Въ *Krit. V.-J.-Schr.*⁶⁾ Бюркель примѣнилъ эту конструкцію и къ закладному праву.

¹⁾ стр. 135.

²⁾ стр. 152.

³⁾ Mansbach, Niessbr. v. Ford. стр. 40.

⁴⁾ Hanausek, Lehre v. un. Niessbr. стр. 67.

⁵⁾ стр. 65 и сл.

⁶⁾ XI. стр. 219.

Что касается до Мансбаха и Ганаусека ¹⁾, то первый полагает, что нѣтъ никакого основанія — если мы вообще признаемъ, что права требованія могутъ быть передаваемы — ограничивать понятіе конститутивной сукцессіи вещными правами. Критеріемъ этого понятія остается то обстоятельство, что первоначальное право («Mutterrecht») остается по формѣ и содержанію въ сущности неизмѣненнымъ; производное же право («Tochterrecht») есть право, хотя и одинаковое по формѣ, но не одинаковое по содержанію, потому что въ производномъ правѣ заключается лишь часть первоначальнаго права. Согласно съ этимъ, залогоприниматель требованія, долженъ получить право требовать отъ должника залогодателя установленія закладнаго права на предметъ доставленія по заложенному требованію.

Ганаусекъ же утверждаетъ, что при закладываніи «суммарнаго требованія» на деньги или другія fungibiles (онѣ только въ этомъ смыслѣ и признаетъ возможность заклада требованій) закладное право основывается на правѣ требованія, принадлежащемъ залогодателю, оно есть самостоятельное обязательственное право, которое характеризуется во внѣ, какъ цессія, но которое, касательно возможности распоряжаться требованіемъ, касательно отношенія къ послѣдующимъ ипотекарамъ и позднѣйшимъ кредиторамъ, должно быть обсуждаемо, на основаніи принциповъ вещнаго закладнаго права. «Пріобрѣтеніе права залогопринимателя», говоритъ Ганаусекъ, «подходитъ подъ понятіе конститутивной сукцессіи».

Соображенія, которыя не допускаютъ принятія указанныхъ теорій, относящихся къ группѣ ученій, выдающихъ въ закладѣ долговыхъ требованій ограниченную ихъ цессію, суть слѣдующія.

¹⁾ Которые считаются представителями «теоріи конститутивной сукцессіи».

Экснеръ, напримѣръ, точно также, какъ Дерибургъ, сводитъ вещное дѣйствіе заклада требованій къ намѣренію сторонъ установить закладное право на *res debita*.

Тогда какъ это совершенно не можетъ быть признано, коль скоро предметъ доставленія заложеннаго требованія составляютъ деньги. Черезъ реализацію закладнаго права на требованіе — въ данномъ случаѣ происходитъ удовлетвореніе кредитора, а не закладъ доставленныхъ вещей. Но если бы даже намѣреніе сторонъ заключалось въ желаніи установить эвентуальное закладное право на имѣющія быть доставленными деньги, то все-таки не могло бы наступать вещнаго дѣйствія заклада требованія. Несомнѣнно, что антиципирующее закладываніе можетъ основывать закладное право лишь тогда, когда сдѣлка имѣющая такую цѣль индивидуализируетъ все-таки будущее закладное право, когда это закладное право уже обозначается содержаніемъ закладнаго акта такимъ образомъ, что при его эвентуальномъ наступленіи оно можетъ быть разсматриваемо въ качествѣ того юридическаго индивидуума, который до того существовалъ какъ *spes*. Другими словами, пендентное закладное право можетъ возникнуть лишь въ отношеніи конкретной вещи (*species*), но не въ отношеніи вещей, которыя могутъ быть опредѣляемы видомъ и числомъ, потому что онѣ, какъ индивидуумы, не могутъ быть принимаемы въ качествѣ истинныхъ объектовъ вещнаго права. Сказанное подтверждается и источниками ¹⁾.

Между тѣмъ, Экснеръ старается согласить свое воззрѣніе съ источниками, ссылаясь на *l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1.*

Согласно толкованію Экснера ²⁾, въ виду указаннаго фраг-

¹⁾ Ср. *l. 1. pr. D. de pign. et hyp. 20. 1.* и *l. 16. § 7. eod.*

²⁾ *Kritik, стр. 113.*

мента, creditor имѣть не только закладное право на уплачиваемой залогодателю наемной платѣ, но онъ получаетъ и соотвѣтствующіе иски для взысканія этой платы. Выраженіе источниковъ «*etiam accipiet*» указываетъ будто бы на то, что кредитору доставляется больше, чѣмъ ему собственно слѣдуетъ. «Позитивной же степеню къ указанной сравнительной степени» — должно быть признано приобрѣтеніе закладнаго права на задолженный залогодателю *pignus* ¹⁾. Но уже Беккеръ ²⁾ не видитъ основанія для указываемаго Экснеромъ перехода отъ сравнительной степени къ позитивной. На ряду съ этимъ, однако, Беккеръ считаетъ вѣрнымъ выраженіе, что *etiam accipiet* указываетъ на другое право, доставляемое залогопринимателю при закладѣ требованій, чѣмъ *jus exigendi*. И все-таки истина очевидна. Указанное другое право, кромѣ *jus exigendi*, имѣетъ не каждый залогоприниматель, но только тотъ, кто ссудилъ деньги на ремонтъ строенія. Такой кредиторъ имѣетъ, если ему заложено требованіе на наемную плату, кромѣ принадлежащаго ему по закону закладнаго права на землю ³⁾, также еще *actio utilis adversus inquilinos*.

Таково не только допустимое, но повидимому, единственно возможное толкованіе разбираемаго мѣста, потому что иначе зачѣмъ же Ульпіанъ упоминалъ бы о выдачѣ денегъ, именно съ цѣлью реституціи строенія? Почему же не сказать бы онъ просто: *si convenit, ut debitor* и проч...?

Но если, на основаніи изложенныхъ причинъ, мы признаемъ, что при закладѣ требованія стороны имѣли въ виду установить антиципирующий закладъ объектовъ задолженныхъ залогодателю, то отсюда должно заключить, что воз-

¹⁾ Kritik, стр. 160.

²⁾ Krit. V.-J.-Schr. стр. 539.

³⁾ I. 1. D. in quib. c. 20. 2. 1. 5. D. qui pot. 20. 4.

никновеніе закладнаго права и обязательственнаго его дѣйствія суть вещи второстепенныя; если же такой выводъ не можетъ быть принимаемъ въ важнѣйшемъ случаѣ заклада требованія, то мы должны его отвергнуть и считать главнымъ и единственнымъ послѣдствіемъ закладыванія — возникновеніе *actio utilis*. Такое заключеніе будетъ необходимо еще болѣе, если мы, не упуская изъ виду закладное право законное и закладное право, основывающееся на процессуальномъ арестѣ требованій, будемъ стараться найти общую конструкцію для всѣхъ случаевъ возникновенія закладнаго права на требованіи.

Но перейдемъ къ разсмотрѣнію вопроса о значеніи своеобразнаго ограниченія цессіи съ закладною цѣлью. Оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о матеріальномъ содержаніи ограниченной цессіи, посмотримъ, возможно ли, съ точки зрѣнія теорій ограниченной цессіи, многократное закладываніе требованія. Экснеръ ¹⁾ рѣшаетъ вопросъ утвердительно въ виду того, что у залогодателя сохраняется извѣстный остатокъ права требованія. Но такое объясненіе можно бы было принять, если бы объектомъ дальнѣйшаго закладыванія не было какъ разъ то, что залогодатель уже заложилъ. Далѣе залогопринимателю приписывается право продать заложенное требованіе, причѣмъ покупатель занимаетъ мѣсто обыкновеннаго цессіонара. Напрасно спросимъ мы, какимъ же образомъ кредиторъ, право котораго противъ должника залогодателя ограничено не только въ отношеніи его осуществленія, но и матеріально — можетъ доставить своему преемнику право, свободное отъ всякихъ подобныхъ ограниченій? Дербургъ разъясняетъ это такъ же мало, какъ и его послѣдователи.

Матеріальное ограниченіе права залогопринимателя за-

¹⁾ Kritik, стр. 159.

щитники разбираемой теории склонны видѣть въ томъ, что залогоприниматель пріобрѣтаетъ объектъ доставленія по заложенному требованію, (всегда или по крайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда оно не денежное) не въ собственность, а въ залогъ. Послѣдовательно, однако, это могло бы быть признано лишь въ томъ случаѣ, если бы залогопринимателю приписывалось право требовать отъ должника залогодателя — установленіе закладнаго права. Такое же положеніе должно быть признано невѣрнымъ, потому что конститутивная сукцессія не можетъ быть примѣняема къ праву требованія. Причина этого заключается въ различіи содержанія вещнаго и обязательственнаго правъ. Право собственности даетъ возможность господствовать надъ подчиненной вещью самымъ разнообразнымъ образомъ, вслѣдствіе чего, возможно конституированіе полномочія, до того въ отдѣльности еще не существовавшего и устанавливаемого въ качествѣ права, особаго отъ собственности, какъ выраженія полного господства.

Иное въ отношеніи долговыхъ требованій, направленныхъ на доставленіе извѣстной вещи. Здѣсь юридическое содержаніе есть нѣчто цѣлое. Требованіе даетъ лишь право требовать доставленіе въ опредѣленномъ видѣ. И какъ самъ кредиторъ не можетъ требовать отъ своего должника, обязаннаго доставленіемъ собственности, чтобы онъ сначала доставилъ относительно вещи узуфруктъ или закладное право, а потомъ уже собственность, такъ точно не можетъ этого требовать и тотъ, кто пріобрѣтаетъ свое право отъ кредитора. Такая аргументація касается какъ защитниковъ вышеуказанной конститутивной сукцессіи, такъ и воззрѣній Бюркеля. Сдѣланныхъ возраженій нельзя избѣгнуть и заявленіемъ ¹⁾, что залогоприниматель требуетъ въ то же время въ собствен-

¹⁾ Ср. напр. Mansbach цит. стр. 57, 58.

ность для залогодателя, ибо обязанность доставленія раздвояется чрезъ это нисколько не менѣе и это будетъ совершенно ясно, коль скоро мы вспомнимъ, что по современному праву—собственность и закладное право возникаютъ совершенно различно.

Но точно также мало основанія признавать антиципирующее установленіе залога со стороны залогодателя потому, что если залогоприниматель долженъ пріобрѣтать, путемъ осуществленія требованія, собственность для залогодателя, то юридически, онъ можетъ быть считаемъ лишь представителемъ залогодателя; между тѣмъ какъ вслѣдствіе цессіи онъ долженъ пріобрѣтать собственное право. Послѣднее, слѣдовательно, могло бы заключаться лишь въ правѣ заступленія залогодателя въ дѣлѣ пріобрѣтенія собственности. Но такое право не можетъ находить себѣ юридическаго оправданія, ибо договоръ, посредствомъ котораго обязываются не лишать лица извѣстнаго полномочія, никогда не можетъ вызывать дѣйствіе ревокаціи ¹⁾. А согласно сказанному, возможно было бы прекращеніе полномочія залогопринимателя на пріобрѣтеніе собственности за залогодателя, въ случаѣ смерти послѣдняго и т. под., а слѣдовательно—и неисполнимость условія, подъ которымъ закладное право должно сдѣлаться совершеннымъ. Гдѣ же, спрашивается, остается при этомъ сукцессія въ правѣ, которая все же заключается въ закладной цессіи, являющейся аналогіей или прототипомъ полной цессіи? ²⁾ И вчиняетъ ли когда нибудь залогоприниматель искъ о томъ, чтобы должникъ залогодателя былъ присужденъ къ доставленію вещи въ собственность залогопринимателю? Отвѣтить на подобный вопросъ о томъ,

¹⁾ Ср. I. 12. § 16. D. mandati. 17. 1.

²⁾ Ср. Salpius, Novat. стр. 406. и сл. Windscheid, Actio стр. 126. Brinz, Pand. II. § 284.

какъ долженъ залогоприниматель вчинять искъ для того, чтобы достигъ результата, указываемаго защитниками теоріи ограниченной цессіи—невозможно. Но далѣе, вѣдь общепризнано, что залогодатель можетъ цедировать заложенное требованіе. А между тѣмъ, развѣ залогоприниматель можетъ при этомъ прибрѣтать собственность за цессіонара? Это совершенно немыслимо потому, что во 1) откуда, спрашивается, получалъ бы залогоприниматель юридическую возможность прибрѣтать собственность въ пользу цессіонара, съ которымъ онъ не состоитъ ни въ какихъ отношеніяхъ и который не сообщалъ ему никакихъ полномочій (такое утверждение стояло бы въ противорѣчій съ элементарными понятіями о представительствѣ) и во 2) развѣ не отсутствовало бы тогда условіе, подъ которымъ должно возникать закладное право на объектъ доставленія по заложенному требованію?

Защитники теоріи цессіи, хотя и ограниченной, вынуждаются также признать, что въ случаѣ совпаденія личности залогодателя съ личностью его должника право требованія, созданное закладною цессіею, не исчезаетъ. А между тѣмъ, спрашивается, для кого же залогоприниматель прибрѣтаетъ въ данномъ случаѣ собственность?

Въ заключеніе можно обратить еще вниманіе на то, что если бы кредиторъ имѣлъ право прибрѣтать собственность отъ должника залогодателя лишь для залогодателя, то залогоприниматель считался бы уже осуществившимъ свое право, коль скоро должникъ залогодателя уплатилъ залогодателю. Какимъ же образомъ, спрашивается, залогоприниматель могъ бы въ данномъ случаѣ требовать вторичной уплаты?—Не потому ли, что онъ имѣетъ право черезъ доставленіе прибрѣтать владѣніе залогомъ¹⁾? Впрочемъ это могли бы намъ возразить

¹⁾ Ср. l. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17.

защитники конститутивной сукцессіи, а не Дернбургъ и Эксеръ, какъ представители теоріи ограниченной цессіи.

Теорія правъ на права.

Третье основное воззрѣніе на *pign. pot.*, отбрасывая, какъ указано выше, принятіе цессіоннаго понятія, рассматриваетъ въ качествѣ послѣдствій заклада требованія—возникновеніе права на самомъ правѣ требованія.

Представителями такого воззрѣнія являются, главнымъ образомъ, Зомъ¹⁾ и Бремеръ²⁾.

Какъ Зомъ, такъ и Бремеръ пытаются конструировать понятіе о закладѣ долговыхъ требованій, въ связи съ признаніемъ заклада долговаго требованія за истинный закладъ.

Единственнымъ условіемъ способности извѣстнаго объекта служить предметомъ заклада, по мнѣнію Зомы, является «имущественная цѣнность этого объекта» («*Vermögenswerth*»).

При всякомъ иномъ критеріи, анализируя существо заклада долговыхъ требованій, говоритъ Зомъ, можно придти къ совершенно ложнымъ заключеніямъ, какъ напр. Тротче³⁾, по утвержденію котораго, римляне видѣли въ *pignus nominis*—*jus in re* касательно заложенного требованія. Отрицая такой взглядъ Тротче, Зомъ признаетъ *pignus nominis* за дѣйствительный *pignus*, а не *quasi pignus*. Власть залогопринимателя, выражающаяся при залогѣ вещи во владѣніи вещью, при закладѣ требованія выражается въ осуществленіи этого требованія. Заложенное право, какъ и заложенная

¹⁾ Sohm, Subp. стр. 42 и сл.

²⁾ Bremer, Pfandr. стр. 207 и сл. Той же теоріи придерживаются Marcus (Verpf. стр. 19), Wittelshöfer (Pfandr. an ein. F.).

³⁾ Trotsche, Verpf.-R. des Pfandgläubigers.

вещь, должно, по указанію Зомы, оставаться имуществом залогодателя. Къ рѣшенію вопроса о закладѣ долговыхъ требованій теорія цессіи, по мнѣнію Зомы, совершенно неприложима. Если закладъ долговыхъ требованій имѣетъ много сходства съ цессіей требованія, то юридическая точка зрѣнія на разбираемый институтъ должна быть совершенно иная. Главное и рѣшительное различіе между цессіей требованія и его закладомъ состоитъ въ томъ, что цессія есть передача требованія изъ состава одного имущества въ составъ другого; закладъ же требованія есть средство установленія новаго, до того не существовавшаго права на данное требование. Если бы закладъ требованія былъ его условной цессіей, то залогоприниматель, до наступленія извѣстнаго условія не имѣлъ бы никакого права, между тѣмъ, онъ пріобрѣтаетъ закладное право на требование тотчасъ послѣ заклада послѣдняго. Съ точки зрѣнія теоріи цессіи, говоритъ Зомъ, совершенно необъяснимо также, какимъ образомъ предметъ (*corpus*) доставленія по заложенному требованію, будучи доставленнымъ, не становится собственностью залогопринимателя, а остается лишь въ качествѣ залога. Кромѣ того, если бы мы стали смотрѣть на закладъ долговаго требованія съ точки зрѣнія цессіи этого требованія, то мы должны бы были предположить, на ряду съ закладомъ требованія, условную передачу собственности на предметъ доставленія по заложенному требованію, причемъ закладъ долговаго требованія потерялъ бы, вслѣдствіе такого предположенія, свою своеобразную природу. Наконецъ, долговое требованіе, какъ и вещь, можетъ быть закладываемо нѣсколькимъ лицамъ, причемъ каждый залогоприниматель пріобрѣтаетъ полное закладное право, тогда какъ посредствомъ цессіи требованія можно перенести право требованія лишь на одно лицо. Признаніе ¹⁾

¹⁾ Подобно Бэру.

заклада долговыхъ требованій за одну изъ многочисленныхъ *causae sessionis*, по мнѣнію Зомы, совершенно невѣрно. Такое признаніе также невозможно, какъ невозможно считать закладъ вещи за одну изъ *causae* передачи права собственности. Сведеніе заклада долговыхъ требованій къ типу не закладной, а какой-либо другой сдѣлки, или вообще признаніе заклада требованій за сдѣлку, лишенную своеобразной природы, по мнѣнію Зомы, безусловно противорѣчитъ источникамъ римскаго права, которые смотрятъ на *pignus nominis*, какъ на дальнѣйшее, въ связи съ нѣкоторыми особенностями, развитіе идеи закладнаго права, а вовсе не какъ на сдѣлку, лишь родственную закладной.

Сдѣлавъ возраженія существующимъ теоріямъ, Зомъ конструируетъ понятіе о закладѣ долговыхъ требованій, въ связи съ своимъ воззрѣніемъ на закладное право вообще. Признавая, что содержаніе закладнаго права, мнѣющагося лишь въ отношеніи своей формы, всегда одно и то же и что содержаніе закладнаго права есть всегда извѣстная имущественная цѣнность, Зомъ считаетъ и при закладѣ долговаго требованія содержаніемъ возникающаго закладнаго права имущественную цѣнность закладываемаго требованія. Имущественную цѣнность долговаго требованія составляетъ его «оборотная цѣнность». Непосредственное подчиненіе заложеннаго требованія волѣ залогопринимателя совершается при этомъ посредствомъ особаго рода исковъ залогопринимателя. Такимъ образомъ, вслѣдствіе своей имущественной цѣнности, долговое требованіе, по мнѣнію Зомы, можетъ быть закладываемо точно также, какъ и прочія части имущества, причемъ содержаніемъ заклада будетъ то же, что и при закладѣ вообще, именно, извѣстная имущественная цѣнность. Отсюда, говоритъ Зомъ, закладъ долговаго требованія долженъ быть признанъ за истинный, въ смыслѣ возможности распространенія идеи закладнаго права и на долговья требованія.

Что касается до Бремера, то по мнѣнію послѣдняго, за-

дача, которую пытается разрѣшить Зомъ, остается не разрѣшенною. Указанная выше попытка Зомъ конструировать на новыхъ основаніяхъ общую теорію закладнаго права, по мнѣнію Бремера, потому лишь не является вполне успѣшной, что Зомъ, развивая свою теорію, не сдѣлалъ всѣхъ надлежащихъ выводовъ. По мнѣнію Бремера, не только содержаніе, но и форма закладнаго права вездѣ и всегда одни и тѣ же. Дѣлаемому же Зомомъ раздѣленію имущественныхъ правъ на права на извѣстныя вещи и права на извѣстнаго рода имущественную цѣнность Бремеръ совершенно не сочувствуетъ ¹⁾. Вещь, замѣчаетъ онъ, какъ предметъ извѣстнаго права тоже должна или представлять извѣстную имущественную цѣнность или не представлять оной. Закладное же право вовсе не мѣняется въ зависимости отъ своего объекта, какъ то полагаетъ Зомъ. Неизмѣняемость эта обусловливается тѣмъ, что объектомъ закладнаго права является всегда какое либо право, подъ условіемъ извѣстной опредѣленной объективной его цѣнности ²⁾. Закладное право, по опредѣленію Бремера ³⁾, есть право на чужое имущественное право, вслѣдствіе чего, залогоприниматель можетъ присвоить себѣ цѣнность (Werth) объекта залога, въ зачетъ принадлежащаго ему требованія. Въ связи съ такимъ опредѣленіемъ, по указанію Бремера ⁴⁾, совершенно не могутъ быть удерживаемы признаваемые еще и въ новѣйшее время различія между закладнымъ правомъ въ тѣсномъ смыслѣ и болѣе широкомъ смыслѣ или собственнымъ и не собственнымъ закладнымъ правомъ, изъ которыхъ первое имѣетъ мѣсто при закладываніи вещей, а второе при закладываніи

¹⁾ Bremer, Pfandr. стр. 30.

²⁾ Тамъ же, стр. 6, 14, 51, 55, 57, 118.

³⁾ стр. 119.

⁴⁾ стр. 10.

правъ ¹⁾. Признаніе заклада долговаго требованія или вообще права за истинное закладное право, по мнѣнію Бремера ²⁾, совершенно вѣрно. Соглашаясь въ отношеніи этого положенія съ Зомомъ, Бремеръ признаетъ, однако, что настоящей природы *pignus nominis* Зомъ не выяснилъ. Закладъ долговаго требованія, говоритъ Бремеръ, никогда не можетъ быть сравниваемъ съ особаго рода цессією этого требованія ³⁾. Упоминаніе же о какихъ бы то ни было модификаціяхъ ученія о цессіи, въ его примѣненіи къ вопросу о закладѣ долговыхъ требованій или о томъ, что при рѣшеніи вопроса о закладѣ долговыхъ требованій, должно имѣть въ виду общіе принципы закладнаго права, лишь на столько, на сколько это допускается особенностями объекта заклада—Бремеръ считаетъ совершенно бесполезнымъ. Заложненное требованіе должно быть признано остающимся въ имуществѣ залогодателя точно также, какъ и заложненная вещь. Если бы заложненное право переходило въ имущество залогопринимателя, то послѣдній имѣлъ бы не закладное право на заложненное правѣ, но самое соотвѣтствующее право. Цессія долговаго требованія и его закладъ, по мнѣнію Бремера, далеко не одинаковы даже и съ формальной стороны ⁴⁾. Цессіонаръ и залогоприниматель занимаютъ совершенно различныя положенія относительно передаваемого требованія. Цессіонаръ, по римскому праву, есть представитель цедента,

¹⁾ Cp. Dernburg, Pfandr. I. стр. 96; Windscheid, Pand. I. стр. 239; Arndts, Pand. § 367 A 3; Vangerow, Pand. I. § 338.

²⁾ Pfandr. стр. 207.

³⁾ Тогда какъ Пухта напр. (Pand. § 208. Vorles. стр. 436) считаетъ такой взглядъ «юридически» единственно возможнымъ.

⁴⁾ Тогда какъ Виндшейдъ, напримѣръ (Pand. I. стр. 630. A. 10), признавая матеріальное различіе между закладомъ требованія и его цессією,—съ формальной стороны, не признаетъ различія между послѣдствіями названныхъ сдѣлокъ.

хотя и въ свою пользу, такъ называемый *procurator in rem suam*. Залогоприниматель же состоитъ не въ личномъ отноше- нии къ владѣльцу требованія, но въ «вещномъ» отноше- нии къ самому требованію. Въ современномъ правѣ разни- ца между цессіей требованія и его залогомъ выступаетъ еще рѣзче. Современное правосознаніе смотритъ на переданное требованіе, какъ на собственность цессіонара, точно также какъ на отчужденную вещь — какъ на собственность при- обрѣтателя.

Цессія и традиція, по справедливому замѣчанію Бэра ¹⁾, имѣютъ между собою то общее, что объектъ имущественнаго обогащенія не создается ими, но уже ранѣе имѣетъ объек- тивную экзистенцію. Совершенно иное, говоритъ Бремеръ ²⁾, видимъ мы при закладѣ долговыхъ требованій. Здѣсь залогоприниматель получаетъ, въ силу извѣстнаго рода сдѣлки, не самое требованіе, но право въ отношеніи требованія («nicht Forderung, sondern nur ein Recht an derselben»), причемъ право это не является существовавшимъ ранѣе, а устанавливается лишь вслѣдствіе закладной сдѣлки. Залогоприниматель получаетъ, такимъ образомъ, новое, до того не существовавшее право, но объектомъ заклада является все- таки извѣстное право.

Такова въ общихъ чертахъ теорія правъ на права, ко- торая находитъ, несомнѣнно, весьма мало поддержки въ источникахъ. Указанную теорію, какъ справедливо замѣ- чаетъ Гельвигъ ³⁾, мы не можемъ сдѣлать путеводной звѣз- дой изслѣдованія вопроса о *pignus nominis* потому, что юридическіе принципы, которые должны дѣйствовать въ дан- номъ случаѣ, не могутъ быть выводимы діалектически изъ той или другой конструкціи, но обуславливаются практиче-

¹⁾ Cess. стр. 371, 397.

²⁾ Pfandr. стр. 208.

³⁾ Verpf. стр. 30.

скими мотивами, лежащими въ основаніи всего юридическаго отношенія ¹⁾.

Въ частности, должно замѣтить, что и защитники теоріи возникновенія права на извѣстное право признаютъ, что за- логоприниматель получаетъ на объектъ, доставленный по за- ложенному требованію лишь закладное право, которое и сво- дятъ къ такъ называемой «*Verwandlung*» закладнаго права ²⁾. Противъ допустимости однако такого понятія можно со- слаться какъ на разъясненія Экснера ³⁾ и Штаммлера ⁴⁾, такъ равно и на все вышеизложенное.

Имѣя въ виду вышеизложенныя теоріи, мнѣ кажется, что наиболѣе правильно, считая вещное закладное право дѣйстви- тельно за извѣстнаго рода вещное право, закладъ долговаго требованія считать за позднѣйшее расширеніе идеи заклад- наго права, въ видѣ примѣненія ея и къ долговымъ требо- ваніямъ и признавать въ такомъ расширеніи новое искус- ственное образованіе для достиженія цѣлей залога. Указанное расширеніе идеи закладнаго права, въ видѣ приложенія ея и къ долговымъ требованіямъ, мнѣ кажется, можетъ практи- коваться дѣйствительно лишь въ формѣ сдѣлки, имѣющей одинаковую съ закладною сдѣлкою цѣль, но не одинаковую форму. Самая же сдѣлка, если и можетъ имѣть сходство съ цессіей, то лишь цессіей права осуществленія заклады-

¹⁾ Cr. Hartmann, Krit. V.-J.-Schr. B. XXII. стр. 543.

²⁾ Cr. Sohm, Subp. стр. 51; Bremer, Pfandr. стр. 163; Pfaff, Geld als Mitt. стр. 20.

³⁾ Exner, Kritik. стр. 34.

⁴⁾ Stammler, Niessbr. an Ford. стр. 41.

ваемого требованія, но не самого требованія (въ смыслѣ полной его передачи, хотя бы и въ зависимости отъ извѣстнаго условія). Закладъ долговыхъ требованій, повидимому, правильнѣе признать за сдѣлку аналогичную закладной, и совершаемую въ видѣ условной цессіи права осуществленія заложенного требованія, но отнюдь не цессіи самого долговаго требованія; при закладѣ долговыхъ требованій, можетъ идти рѣчь лишь о цессіи *exercitium juris*, но не цессіи самого *jus*. Мнѣ кажется безусловно необходимымъ признать, что заложенное долговое требованіе остается собственностью залогодателя, частью его имущества. Залогодатель при закладѣ долговаго требованія, очевидно, ограничивается лишь въ осуществленіи своего права взысканія по данному требованію, причемъ ограниченіе это не можетъ обусловливать потери права осуществленія даннаго требованія, но—или временную невозможность осуществленія названнаго права (на время существованія обезпеченнаго закладомъ долга) или же видоизмѣненіе обыкновеннаго порядка осуществленія права требованія (что имѣетъ мѣсто, въ случаѣ неуплаты долга, обезпеченнаго закладомъ долговаго требованія и происходящей отсюда реализаціи заложенного требованія залогопринимателемъ). Въ послѣднемъ случаѣ право осуществленія заложенного требованія приводится въ дѣйствіе залогопринимателемъ, какъ бы за залогодателя. Осуществленіе заложенного требованія производится залогопринимателемъ отъ имени залогодателя и права послѣдняго, по осуществленію заложенного требованія, остаются во всей силѣ, причемъ ограничивается лишь ихъ результатъ, въ видѣ вычета изъ суммы, вырученной по реализаціи закладнаго права, долга обезпеченнаго закладомъ. Въ виду же того, что заложенное требованіе продолжаетъ принадлежать лицу его заложившему, очевидно возможно закладываніе одного и того же долговаго требованія нѣсколькимъ лицамъ.

Такое многократное закладываніе одного и того же требованія, мнѣ кажется, нисколько не противорѣчитъ цѣли закладыванія. Отягощая одно и то же требованіе нѣсколькими закладами, залогодатель стѣсняетъ лишь свое право осуществленія закладываемаго требованія, вслѣдствіе, во-первыхъ, большей суммы долга, въ обезпеченіе которой данное требованіе заложено, а во-вторыхъ, вслѣдствіе гораздо большей трудности очистить заложенное требованіе отъ тяготящихъ на немъ нѣсколькихъ закладныхъ правъ, чѣмъ одного. И хотя, въ случаѣ заклада одного и того же требованія нѣсколькимъ лицамъ, преимущественное право на реализацію заложенного требованія, очевидно, долженъ имѣть первый по времени залогоприниматель, тѣмъ не менѣе и для послѣдующихъ залогопринимателей, гарантія уплаты долга будетъ вполне возможною, вслѣдствіе принадлежности права осуществленія заложенного требованія каждому изъ послѣдующихъ залогопринимателей, въ зависимости отъ очереди ихъ участія въ закладной сдѣлкѣ, подъ условіемъ, конечно, чтобы болѣе ранній залогоприниматель или получилъ уже удовлетвореніе по своему долгу или отказался отъ своего права на осуществленіе заложенного ему требованія.

3. Объектъ сдѣлки при *pign. nom.*

Вопросъ о томъ, какія требованія могутъ служить объектомъ заклада долженъ быть разсматриваемъ съ двоякой точки зрѣнія.

Во 1) слѣдуетъ обратить вниманіе на то, каково должно быть содержаніе требованія способнаго служить объектомъ заклада и во 2) всѣ ли требованія, имѣющія указанное содержаніе, могутъ быть закладываемы. Въ отношеніи перваго должно замѣтить слѣдующее. Такъ какъ закладъ долговаго требованія, какъ средства обезпеченія и удовлетворенія залогопринимателя, долженъ имѣть имущественное содержаніе, то очевидно, что для закладной цѣли можетъ быть употреблено лишь такое требованіе, которое имѣетъ въ виду имущественное доставленіе. Дальнѣйшихъ ограниченій въ этомъ отношеніи быть не можетъ. Хотя и несомнѣнно, чтоистики римскаго права, говоря о закладѣ долговыхъ требованій, упоминаютъ лишь о требованіяхъ, имѣющихъ своимъ предметомъ вещное доставленіе, тѣмъ не менѣе, нѣтъ никакого основанія предполагать, что другія требованія принципиально исключаются отъ закладыванія. Различнаго рода притязанія, возникающія на основаніи вещнаго права несомнѣнно могутъ, точно также, составлять предметъ заклада.

Что касается до втораго изъ указанныхъ вопросовъ, т. е. вопроса о томъ, всѣ ли требованія, имѣющія извѣстное со-

держаніе, могутъ быть закладываемы, то несомнѣнно, что неспособность требованія служить объектомъ заклада обусловливается тремя причинами.

Во 1) не могутъ быть закладываемы требованія, которыя по содержанію и существу своему столь связаны съ лично-стью первоначальнаго кредитора, что выполненіе можетъ быть сдѣлано лишь ему (*nomina personalissima*) ¹⁾. Сюда относятся римскія *actiones vindictam spirantes*, право, вытекающее изъ *pactum de mutuo dando*, по крайней мѣрѣ на сколько выдача денегъ производится *contrahendi*, а не только *solvendi causa* и т. под. Напротивъ, право на алименты принадлежитъ сюда лишь на столько, на сколько оно имѣетъ въ виду доставленіе, соотвѣтственныхъ потребностямъ уполномоченнаго лица пропитанія, одѣянія и т. под. Когда же уполномоченіе лица имѣетъ въ виду строго опредѣленное доставленіе, то, на сколько воля контрагентовъ или законъ не опредѣляютъ иного, ничто не мѣшаетъ закладыванію и такого алиментнаго требованія.

Во 2)—можно представить себѣ цѣлый рядъ случаевъ, когда дѣйствуютъ позитивныя запрещенія цедированія, а слѣдовательно и закладыванія такихъ требованій, которыя сами по себѣ вполне однако способны къ цедированію. Сюда относятся запрещенія цедировать *potentiori* ²⁾, цедированія требованій опекаемаго опекуну и проч.

И наконецъ въ 3)—несомнѣнно, что запрещеніе отчуждать *res litigiosae* должно касаться и заклада требованій ³⁾.

¹⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. I. стр. 464; Hellwig, Verpf. стр. 75; Eberhard, Verpf. стр. 23; Exner, Kritik, стр. 133; Hottineanus, de pign. nom. стр. 58.

²⁾ I. 2. C. de lic. potent. 2. 14.

³⁾ Говоря объ объектѣ сдѣлки при закладѣ долговыхъ требованій, необходимо сказать нѣсколько словъ и о закладной сдѣлкѣ, ко-

Основаниями возникновения залога долгового требования должны быть признаны: договор, завещание, закон и удержание требования в залог чрез посредство судьи ¹⁾).

Договор и завещание.

Обращаясь к рассмотрению первого из указанных оснований, т. е. договора, остановимся на рассмотрении его содер-

4. Способы установления *pign. nom.*

Вопрос о способах установления, также как и рассматриваемый ниже, вопрос о способах прекращения залога долговых требований, как по своему существу, так и в связи с соответствующими свидетельствами источников римского права, особенно спорными быть не могут.

торая может быть совершена залогопринимателем, являющимся, таким образом, залогодателем, причем, новая залоговая сделка обуславливается предшествующим залогом какого либо объекта. В литературе такого рода сделку принято называть латинским термином—*subpignus*. Указанный термин неизвестен римскому праву и введен впервые Швеппе (*Röm. Privatr. § 340*). Необходимость упоминания, при рассмотрении вопроса о *pignus nominis*, об указанном *subpignus* обуславливается, прежде всего, крайним разнообразием мнений по поводу природы *subpignus*, причем существуют воззрения на *subpignus*, как на *pignus nominis* (*Gesterding. Ueb. d. Sch.; Spiegel, de j. p.; Dernburg, Pfandr. I; Vigneron, du pign. nom.*).

Учение о *subpignus* в источниках римского права разработано

весьма мало, не смотря на существование в кодексе Юстиниана особого титула, посвященного рассмотрению вопроса о том, «*si pignus pignori datum sit*» (*C. 8. 24*). Первая часть этого титула несомненно, впрочем, уклоняется от своей настоящей темы. Признавая, что вопрос о *subpignus* заслуживает специальных о нем исследований, очевидно, что такое заключение подтверждается еще больше, коль скоро мы признаем, что *subpignus* не есть *pignus nominis*. А такое заключение, мне кажется, можно сделать в виду специальных особенностей *subpignus*, обуславливаемых существованием предварительной залоговой сделки, результат которой и составляет объект, так называемого, *subpignus*. Признание *subpignus* за сделку особого вида, в сравнении с *pignus nominis*, повидимому, находит подтверждение и в римском праве. Источники последнего, как указано выше, посвящая вопросу «*si pignus pignori datum sit*» специальный титул, выделяют, таким образом, учение о *subpignus*, а не говорят о нем параллельно или на ряду с *pignus nominis*. В виду сказанного, я и ограничиваю область своего исследования о *pignus nominis* вообще и вопроса о предмете сделки при залоге долговых требований, в частности, вопросом о залоге долговых требований, не касаясь вопроса о перезалоге чего бы то ни было, как сделки иного типа, обуславливаемой предшествующей залоговой сделкой, причем между контрагентами обеих названных сделок возникают особые юридические отношения.

¹⁾ Ср. Eberhard, *Vepf. § 9; Dernburg, Pfandr. I. стр. 463;*

жанія и формы. Несомнѣнно, что для обоснованія заклада долговаго требованія посредствомъ договора не требуется ничего, кромѣ соглашенія сторонъ о томъ, что для обезпеченія одного требованія должно быть заложено другое требованіе.

Опредѣленіе объема представляемаго обезпеченія есть также дѣло сторонъ; онѣ могутъ заложить нѣсколько требованій, могутъ заложить и часть одного требованія.

Вопросъ о томъ, имѣетъ ли мѣсто, въ данномъ случаѣ, цессія закладная или фидуціарная, есть вопросъ гораздо болѣе трудный, чѣмъ вопросъ о намѣреніи сторонъ при установленіи вещнаго закладнаго права. Во всякомъ случаѣ, вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ, смотря по тому, направлена ли воля сторонъ на прекращеніе права залогодателя или нѣтъ. Въ случаѣ же сомнѣнія, справедливѣе принимать послѣднее потому, что оно есть наиболѣе подходящее выраженіе того юридическаго отношенія, которое должно быть установлено. Для такого заключенія должно быть въ наличности лишь одно обстоятельство, именно, чтобы срокъ долга залогопринимателю не наступалъ позднѣе срока заложенного долга.

Изъ указаній источниковъ римскаго права: въ l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1 и l. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7. мы можемъ сдѣлать заключеніе о содержаніи закладнаго соглашенія, когда объектъ его составляетъ требованіе. Изъ приведенныхъ фрагментовъ слѣдуетъ, что должникъ закладываетъ *pomen* или *cautio*, точно также, какъ согласно l. 2. C. quae res pign. 8. 17. (*Quum constet, pignus consensu contrahi, non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum suorum pignori posuit, de ipsis agris obligandis cogitasse*) — купчую крѣ-

Hellwig, Verpf. 2 Kap.; Huschke, de pign. nom. c. II. B; Hottineanus, de pign. nom. c. II § 8; Gaupp. de nom. pign. § 5.

пость. Очевидно, что здѣсь, закладываніе распространяется лишь на то, что обозначено въ документѣ, т. е. на землю, на требованіе и т. под. На ряду съ этимъ, однако, мы находимъ въ томъ же l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1. слова: *Quum convenit, ut is... de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat*—т. е. указаніе на закладное соглашеніе, которое съ неподражаемой краткостью, присущей римскому юридическому языку, опредѣляетъ содержанія правъ залогопринимателя.

Обстоятельства упрощаются, когда имѣетъ мѣсто закладываніе денежнаго требованія. Намѣреніе обезпеченія кредитора имѣется здѣсь потому, что на ряду съ залогодателемъ существуетъ еще другой должникъ, хотя и на иныхъ основаніяхъ, но на ту же сумму. Средствомъ сдѣлать это обезпеченіе практичнымъ, реализовать его — служить право взысканія извѣстной суммы. Но какъ, спрашивается, поступить, когда содержаніе обезпеченнаго требованія и заложенного требованія не совпадаютъ? Если стороны имѣли въ виду, что заложенное требованіе должно дать кредитору средство удовлетворенія его требованія, то эта цѣль не можетъ уже быть достигнута путемъ простаго осуществленія заложенного требованія. Очевидно, что стороны хотѣли нѣчто большее. А послѣднее можетъ быть весьма различно; напримѣръ, чтобы кредиторъ удержалъ взысканную имъ вещь вмѣсто уплаты и т. под. Несомнѣнно, что при наличности подобной оговорки закладъ требованія существенно отличается отъ *solutum datio* требованія. Закладываніе не можетъ имѣть вліянія на юридическія отношенія между кредиторомъ и залогодателемъ. Кредиторъ остается кредиторомъ и можетъ взыскивать долгъ, должникъ же все еще можетъ уплачивать и чрезъ то устранять послѣдствія заклада. Кредиторъ можетъ имѣть право осуществленія требованія и удержанія предмета его въ уплату. Но намѣренія сторонъ могутъ идти далѣе,—на то, чтобы залогоприниматель получилъ уплату путемъ пользованія взысканной вещью, присвоенія ея плодовъ

или чтобы онъ получилъ сумму, нужную для его удовлетво-
ренія путемъ продажи названной вещи.

Далѣе, рассматривая вопросъ о содержаніи заклад-
наго отношенія, слѣдуетъ различать идетъ ли заложенное
требованіе на реституцію вещи уже принадлежащей залого-
дателю или на доставленіе новой собственности. Въ пер-
вомъ случаѣ, воля сторонъ обыкновенно предписываетъ что-
бы кредиторъ имѣлъ закладное право на доставленную
вещь. По римскому праву, по которому соглашеніе поро-
ждаетъ вещное закладное право, закладываніе реститу-
ціоннаго притязанія можно предполагать сравнительно рѣдко.
Кредиторъ уже и такъ достаточно защищается вслѣд-
ствіе своего вещнаго права. Въ силу послѣдняго онъ можетъ
требовать выдачи вещи, и закладъ требованія можетъ имѣть
цѣлью лишь доставленіе ему средства болѣе легкаго
пріобрѣтенія владѣнія вещью. Гораздо большее значеніе мо-
жетъ получить закладываніе реституціонныхъ притязаній въ
случаѣ если для возникновенія закладнаго права на движи-
мостяхъ требуется арестъ послѣднихъ. Тогда, напр., заложен-
ная *actio commodati* будетъ единственнымъ средствомъ креди-
тора достигъ желаемаго закладнаго права на вещь, путемъ взя-
тія ея во владѣніе. Во второмъ изъ вышеуказанныхъ слу-
чаевъ, т. е. когда закладывается требованіе, направленное
на доставленіе собственности на какія либо вещи, но не
деньги, воля сторонъ, касательно судьбы взысканной вещи,
должна быть опредѣляема посредствомъ интерпретаціи ¹⁾.

Если должникъ, закладывая свое требованіе, дозво-
ляетъ залогопринимателю пріобрѣтать въ залогъ предметъ
доставленія по этому требованію, то здѣсь, несомнѣнно,

¹⁾ Хотя многіе (Sintenis, Schmid) утверждаютъ, что въ закла-
дѣ *rei debitaе*—всегда заключается и закладъ долговаго требованія.

съ самаго начала, *implicite* заключается намѣреніе сто-
ронъ, — чтобы предметъ доставленія по заложенному требо-
ванію служилъ, по соотвѣтствующемъ его взысканіи, залогомъ
(*pignoris loco esse*) ¹⁾. Утвержденіе же, что въ каждомъ закладѣ
долговаго требованія заключается закладываніе, которое анти-
ципируетъ пріобрѣтеніе задолженнаго объекта, это утвержде-
ніе должно быть безусловно отрицаемо. Несомнѣнно, что та-
кое положеніе, признаваемое нѣкоторыми и въ случаѣ заклада
требованій направленныхъ на деньги или генерически опре-
дѣленные вещи, должно быть признано не только противо-
рѣчащимъ намѣренію сторонъ, но и не могущимъ вы-
звать дѣйствіе антиципирующаго, эвентуальнаго закладнаго
права, вслѣдствіе неопредѣленности объекта залога.

Въ отношеніи формы договора, посредствомъ котораго
устанавливается закладъ долговаго требованія — никакихъ
особыхъ указаній римскаго права не имѣется. Передача дол-
говаго документа, посредствомъ которой, какъ указано выше,
по всей вѣроятности, устанавливалось закладное право въ
древнѣйшемъ римскомъ правѣ, не была уже существенною во
время классическихъ юристовъ ²⁾. Но если даже и су-
ществовалъ нѣкогда порядокъ закладыванія долговыхъ тре-
бованій, сопровождаемый передачей документа (*cautio*), то не-
сомнѣнно, что и тогда римское право не придавало такой
передачѣ значенія вступленія чрезъ нее кредитора во
владѣніе самымъ требованіемъ. Независимо отъ того, что
римское право вообще не знало владѣнія личными правами—
очевидно, что при закладѣ долговаго требованія кредиторъ
не могъ получать возможность фактическаго осуществленія
требованія какъ длящагося права. Скорѣе можно пред-

¹⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. I. стр. 467.

²⁾ I. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7. I. 20 D. de pign. et hyp.
20. 1. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17.

полагать, что кредитор ограничивался возможностью совершения лишь однократного акта, по наступлении срочности обеспеченного залогом долга, возможностью осуществления требования.

Между тѣмъ, въ періодъ послѣднихъ столѣтій, между практиками было весьма распространено воззрѣніе, согласно которому при закладываніи требованій различали, какъ при закладѣ вещей, ручной залогъ и ипотеку, смотря потому передавался ли кредитору документъ, касательно закладываемого долга ¹⁾. На сколько, однако, владѣніе требованіемъ считаютъ слѣдствіемъ передачи требованія, на столько это не правильно. Противъ этого, впрочемъ, высказались съ рѣдкимъ единодушіемъ писатели настоящаго столѣтія ²⁾. На ряду съ этимъ, должно замѣтить, что требованіе передачи документа, съ цѣлью сдѣлать чрезъ то фактически невозможнымъ распоряженіе залогодателя заложеннымъ требованіемъ къ невыгодѣ залогопринимателя и съ цѣлью сдѣлать замѣтнымъ право кредитора и съ внѣшней стороны, — должно быть признано вполне резоннымъ.

Въ виду указанныхъ соображеній совершенно правильно признать, что закладываніе письменныхъ требованій должно совершаться подобно закладу движимостей, т. е. не иначе, какъ чрезъ передачу долговыхъ документовъ.

Что можно сказать о договорномъ закладѣ долговаго требованія, то должно имѣть силу и относительно установленія названнаго заклада посредствомъ завѣщанія.

¹⁾ Ср. Negusantius, Tract. de p. et hyp. стр. 3. Balduinus, Tr. de pign. et hyp. стр. 59. 60. Glück, Erl. XIV стр. 4. Pfeiffer, Prakt. Ausfüh. VII. стр. 10, 11 и др.

²⁾ Ср. Gesterding, ueb. die Sch. стр. 15. Huschke, de pign. nom. стр. 23. Gaupp, de nom. pign. стр. 30. Sintenis, Pfandr. стр. 136, 137; Dernburg, Pfandr. I. стр. 462; Marcus, Verpf. стр. 20, 21.

Законъ.

Признавая вполне логичнымъ распространеніе легальнаго закладнаго права, коль скоро оно вообще признается, и на долговья требованія, мы видимъ подтвержденіе этого и въ римскомъ правѣ, согласно которому генеральное легальное закладное право, распространяясь на все имущество должника, охватываетъ и долговья требованія ¹⁾. Указаній же на спеціальное легальное закладное право на требованіе въ римскомъ правѣ не имѣется ²⁾.

Удержаніе въ закладъ.

По римскому праву вслѣдствіе удержанія требованія въ закладъ—закладнаго права на требованіи, собственно говоря, не возникаетъ.

Результатъ, такимъ образомъ, ниже помѣщаемаго изслѣдованія по римскому праву будетъ, въ сущности, отрицательный. Изслѣдованіе это однако необходимо, съ одной сто-

¹⁾ Выраженіе этой мысли содержится въ указаніяхъ источниковъ, касательно фискальнаго закладнаго права въ l. 3, 4. C. quando fisc. 4. 15; l. 1. C. de cond. 4. 9; l. 3. § 8. D. de jure f. 49. 14. Ср. l. 49. D. de V. S. 50. 16. l. 1. C. in quib. c. 8. 15.

²⁾ Можно, пожалуй, еще видѣть подобное легальное закладное право на требованіи приобретаемое опекуномъ, въ случаѣ если онъ ссужалъ отъ своего имени деньги пупилла. Въ виду однако того, что указанный въ l. 6. C. de servit. 7. 9. спеціальнѣйшій законъ говорить лишь о res pupillaribus pecuniae emtae, — распространеніе упомянутаго легальнаго закладнаго права на случаи вышеуказанные — невозможно.

роны, въ виду того, что нерѣдко встрѣчаются ссылки, по поводу юридическихъ отношеній, возникающихъ вслѣдствіе удержанія требованія въ закладъ, на отношенія, порождаемыя добровольнымъ закладываніемъ требованія, а съ другой—въ виду желанія нѣкоторыхъ ученыхъ найти въ положеніяхъ римскаго права указанія для современнаго права.

Въ римскомъ правѣ, съ теченіемъ времени, личная экзекуція значительно смягчилась. На ряду съ этимъ, уже въ республиканскій періодъ *missio in bona (rei servandae causa)* служила не только въ качествѣ средства защиты всѣхъ кредиторовъ должника, но, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, она вела, какъ вводный фактъ конкурса или какъ средство противъ *debitor indefensus* къ *venditio bonorum*. Экзекуція въ отношеніи отдѣльных частей имущества должника первоначально, какъ извѣстно, не существовало. *Pignoris capio in causa judicati*, какъ ординарное средство частно-гражданскаго долговаго оборота вошло въ употребленіе лишь въ императорское время и чрезъ посредство рескрипта Антонина Пія (l. 31. D. de re jud. 42. 1). Указанная *pignoris capio* совершалась путемъ захвата вещей, принадлежащихъ должнику такъ называемыми *apparitores*, по порученію магистрата. Въ качествѣ результата этой *pignoris capio* господствующее мнѣніе указываетъ на возникновеніе закладнаго права для кредитора. Возникающее такимъ образомъ закладное право приравнивается многими къ закладному праву основанному на договорѣ. Дербургъ ¹⁾, однако, совершенно справедливо защищаетъ для римскаго права воззрѣніе, что удержаніе въ закладъ есть актъ, который судья совершаетъ не по порученію сторонъ, но въ силу своей должностной обязанности, хотя и по инициативѣ кредитора. Удержаніе въ закладъ по римскому праву обусловливаетъ

¹⁾ Pfandr. I. стр. 418—421.

лишеніе распоряженія, арестъ правъ противъ должника, но не порождаетъ закладнаго права, хотя и устанавливается въ интересахъ кредитора. Если такая мысль лежитъ въ основаніи *pign. in causa jud. capio* вообще, то она должна имѣть силу и для удержанія въ закладъ долговаго требованія въ частности. Указанія источниковъ могутъ лишь подтвердить сказанное. Прежде всего, противъ родства института удержанія въ закладъ и добровольнаго заклада требованія говоритъ уже внѣшняя сторона. Въ то время, какъ послѣдній преторскаго происхожденія, первый былъ введенъ въ употребленіе, какъ указано выше, конституціей Антонина Пія.

Въ то время какъ дѣйствіе заклада требованій состоитъ, въ сущности, въ порожденіи *actio utilis* кредитора—удержаніе требованія въ закладъ не порождаетъ никакого юридическаго отношенія между кредиторомъ и должникомъ залогодателя, не порождаетъ никакого иска. И это вполне понятно потому, что исковое право кредитора противъ должника залогодателя стояло бы въ противорѣчій съ мыслью, лежащею въ основаніи разбираемаго юридическаго института. Не только l. 2. C. si in causa jud. 8. 23:

Quum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit—

указываетъ на отсутствіе всякаго участія кредитора при совершеніи въ разбираемомъ случаѣ экзекуціи, но и l. 15 § 7. D. de re jud. 42. 1. совершенно ясно отказываетъ кредитору въ какомъ бы то ни было притязаніи противъ неуплатившаго покупателя заложенной вещи — *quum nec habeat actionem adversus eum is, cui judicatum fieri desideratur*. Разъ же кредиторъ не можетъ взыскивать по требованію, возникающему изъ продажи залога, то несомнѣнно, что онъ не можетъ быть уполномоченъ взыскивать и по требованію удержанному

въ закладъ. Но и судья не можетъ вчинять иска, по поводу требованія, удержаннаго въ закладъ. Процессъ магистрата противъ должника залогодателя — нѣчто не мыслимое. И все-таки это была бы единственная возможность охранить право должника залогодателя отъ судебной когниціи отрицаемой имъ обязанности уплаты. Сообразно съ этимъ нельзя признать существующее будто бы въ l. 15. § 9. D. de re jud. 42. 1. указаніе на принудительное взысканіе требованія, въ томъ смыслѣ, что осуществляющій экзекуцію чиновникъ сначала рѣшаетъ вопросъ о существованіи долга, а потомъ уже осуществляетъ его. Подобное поведеніе судьи не допускается согласно l. 15. § 7. eod.

На томъ же принципѣ покоится очевидно и предписаніе l. 15 § 9. цит.:

sed utrum confessum nomen tantum capi possit, an etiam, si neget, quis se debere, videamus: et magis est, ut id duntaxat capiat, quod confitetur. Ceterum si negetur, aequissimum erit, discedi a nomine...

т. е. что удерживаемы въ закладъ могутъ быть лишь nomina confessa. Но какимъ образомъ могли убѣждаться, что данное nomen есть дѣйствительно confessum? Положиться на указанія кредитора, просящаго объ удержаніи въ закладъ магистратъ не могъ и уже по этому одному необходимую часть римскаго процесса объ удержаніи требованія въ закладъ составляли предварительныя сношенія съ должникомъ удерживаемаго въ закладъ требованія. По всей вѣроятности, указанный должникъ былъ приглашаемъ къ суду для надлежащихъ объясненій касательно подлежащаго удержанію въ закладъ требованія. И если онъ не отрицалъ своего долга, то требованіе удерживалось въ закладъ; если же онъ отрицалъ существованіе даннаго требованія, то оставалось только отступить отъ удержанія въ закладъ: *discedi a nomine*. Касательно формы удержанія въ закладъ мы имѣемъ указанія въ l. 40. D. de re jud. 42. 1.

Удержаніе въ закладъ совершалось посредствомъ *interdictio*.

Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi.

Какъ *furioso* или *personae clarae*, въ отношеніи которыхъ не допускался противъ ихъ воли формальный конкурсъ ¹⁾, *interdictio* отнимала лишь *administratio bonorum*, такъ и здѣсь *interdictio* гарантировала лишь недействительность диспозицій должника касательно даннаго требованія.

Удержаніе въ закладъ имѣло, слѣдовательно, лишь негативное послѣдствіе; о правоконституирующемъ же дѣйствіи не могло быть и рѣчи. Въмѣсто должника *nomen confessum* взыскивалъ магистратъ, но не кредиторъ. Если въ уплатѣ отказывали, то ее взыскивали принудительно. Это взысканіе основывалось на *confessio*, которая была условіемъ удержанія въ закладъ, соразмѣрно отдаваемому магистратомъ приказанію.

Это доказываетъ l. 2. C. quando fisc. vel priv. 4. 15.

Si in causa judicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitoris ejus conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur.

Послѣднія слова приведеннаго фрагмента означаютъ очевидно то же, что и въ l. 3. eod. слова: *ad solutionem per officium procuratoris compelluntur*. Взысканіе осуществляется *ex officio*, что очевидно могло быть допускаемо лишь на основаніи *confessio* должника. Приведенная же l. 3 вовсе не говоритъ, какъ утверждаетъ Сальпиусъ ²⁾, о *pignus in*

¹⁾ l. 5, 9. D. de cur. f. 27. 9.

²⁾ Novat. стр. 417.

causa jud. captum, но объ осуществленіи закладнаго права, принадлежащаго фиску на имущество его должника, слѣдовательно и на его требованіяхъ. Въ виду же вступительныхъ словъ: *si debitum non infitiantur* мы можемъ предполагать существованіе процесса подобнаго тому, который имѣлъ мѣсто въ случаѣ разсмотрѣнномъ выше.

Procurator привлекалъ къ отвѣтственности должника залогодателя. *Confessio* послѣдняго вызывало законное принужденіе. Иначе, само собою разумѣется, *compelli per officium procuratoris* не допускалось. Но въ виду послѣдняго въ *actio fiscalis* (l. 4 eod.) давалось средство, которое отсутствовало при *pignoris capio*. Въмѣсто взысканія, судья могъ продать арестованное требованіе, когда этотъ путь лучше велъ къ цѣли ¹⁾. Деньги же, которыя судья получалъ, такимъ образомъ, путемъ взысканія или продажи, онъ долженъ былъ обращать на погашеніе юдикатнаго долга ²⁾. Въ концѣ концовъ, можно сказать, что слѣдующія три положенія характеризуютъ допускаемое римскимъ правомъ удержаніе требованія въ закладъ: во-первыхъ, оно не порождаетъ закладнаго права, въ смыслѣ договорнаго закладнаго права, но лишь—арестъ (*interdictio*); во-вторыхъ, искъ, касательно удержаннаго въ закладъ требованія не можетъ быть вчиняемъ кредиторомъ и въ-третьихъ, удерживаемы въ закладъ могли быть лишь *nomina confessa* ³⁾.

¹⁾ l. 15. § 10. D. de re jud. 42. 1.

²⁾ l. 15. §§ 10—12 eod.

³⁾ Указанное весьма мало соотвѣтствуетъ современнымъ воззрѣніямъ. Уже глосса устраняетъ послѣднее изъ названныхъ трехъ положеній, очевидно не появивъ всей его ширины и настоящаго значенія и допустивъ установленіе *curator bonorum*, который долженъ осуществлять вчиненіе иска даже и въ случаѣ отрицанія со стороны должника залогодателя. (Glossa ad. c. 2. C. quando fisc. vel priv. 4. 15). За кредиторомъ же признается *actio hypothe-*

Значеніе вѣдома должника по данному требованію о происходящемъ закладѣ послѣдняго или удержаніи его въ закладъ.

Что касается до вопроса объ указанной освѣдомленности должника, то очевидно, что вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшаемъ для случая заклада требованія по аналогіи съ его рѣшеніемъ при цессіи требованія ¹⁾.

Существенное различіе заключается лишь въ томъ, что при цессіи требованія весь вопросъ сводится къ тому, наступаютъ ли послѣдствія цессіи—именно приобрѣтеніе права цессіонаромъ и потеря права cedentомъ—лишь съ денунціацией; при залогѣ же требованія, спрашивается—денунціация ли или уже самый договоръ заклада вліяютъ на то, что распоряженія залогодателя, касательно заложеннаго права требованія не могутъ прекращать правъ залогопринимателя.

caria противъ должника залогодателя (Gl. ad. l. 1. C. de praet. p. 8. 22).

Не лишне также упомянуть объ аргументаціи Донелла (Comm. ad l. 2. C. quando f. 4. 15), на котораго неоднократно ссылались. Донеллъ спрашивалъ: *quomodo hic* (т. е. при отрицаніи со стороны должника залогодателя) *creditori misero consulitur?* и отвѣчалъ: *Non capietur pignori nomen, sed pignori debetur*. Кредитору, говоритъ онъ, должна быть доставляема *actio directa* должника, какъ *actio utilis*. Доказательствъ же основанія противорѣчащаго источникамъ утвержденія—онъ не искалъ. Впрочемъ, ближайшее изученіе указаннаго развитія имѣетъ лишь историческій интересъ. Упомянутые принципы чистаго римскаго права служатъ лишь несомнѣннымъ доказательствомъ существеннаго различія въ юридическихъ отношеніяхъ, возникающихъ вслѣдствіе *pignoris capio* и *pignoratitia nominis*.

¹⁾ Ср. Huschke, de pign. nom. c. III. § 2. Hellwig, Verpf. стр. 124. Eberhard, Verpf. § 10. Dernburg, Pfandr. I. стр. 470.

Вопросъ о значеніи денунціаціи при цессіи есть одинъ изъ самыхъ спорныхъ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ, какъ мы видѣли выше, въ сущности отъ того, видятъ ли въ цессіи обоснованіе сукцессіи или нѣтъ. Первое воззрѣніе, которое должно быть признано наиболѣе правильнымъ, формулируетъ своей отвѣтъ такъ ¹⁾: должникъ, уплачивающій цеденту послѣ цессіи освобождается не потому, что цедентъ еще остается кредиторомъ, но хотя онъ уже болѣе не кредиторъ, но незнаніе должника о цессіи не можетъ служить во вредъ послѣднему. Отсюда опредѣляется и значеніе денунціаціи для заклада долговыхъ требованій. Такъ что она важна лишь для права должника залогодателя уплачивать залогодателю съ погашающимъ дѣйствіемъ. Такимъ образомъ должно признать, что денунціація дѣйствуетъ не правоосновывающимъ образомъ, но правообезпечивающимъ, на сколько она имѣетъ въ виду добрую совѣсть должника, который хочетъ признать погашающее дѣйствіе въ отношеніи залогопринимателя, даже и послѣ заклада, но лишь на столько, на сколько это нужно для обезпеченія отъ убытковъ ²⁾. Откуда слѣдуетъ, что указанная добрая совѣсть должна быть отрицаема не только въ случаѣ денунціаціи со стороны залогопринимателя или залогодателя, но при наличности каждаго несомнѣннаго извѣстія о происшедшемъ закладѣ. Отношеніе же между залогопринимателемъ и тѣми, которые послѣ него приобрѣли право отъ залогодателя опредѣляется весьма легко на основаніи общаго принципа: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

¹⁾ Ср. Bähr, Cess. стр. 415.

²⁾ I. 4. C. quae res. p. obl. p. 8. 17.nisi ei, cui bebit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus...

5. Юридическія послѣдствія *pign. пом.*

Права залогопринимателя.

Обращаясь къ разсмотрѣнію вопроса о юридическихъ послѣдствіяхъ *pignus nominis*, и въ частности къ правамъ залогопринимателя, необходимо раздѣлить указанный вопросъ на два момента юридическихъ отношеній. Во 1-хъ, юридическое состояніе, которое создается тотчасъ вслѣдствіе заклада и во 2-хъ, моментъ осуществленія закладнаго права.

1. Имѣя въ виду вышеуказанныя замѣчанія касательно общей юридической природы *pignus nominis*, вовсе не предполагающей, по нашему мнѣнію, полное прекращеніе правъ залогодателя въ отношеніи его должника, можно сдѣлать слѣдующіе выводы. Прежде всего, — что возникновеніе права залогопринимателя зависитъ отъ права залогодателя. Оно переходитъ по наслѣдству на общихъ основаніяхъ, но съ сохраненіемъ всѣхъ ограниченій и возраженій, существующихъ ко времени заклада, а съ другой стороны и со всѣми акцессоріями. Однажды возникшее право залогопринимателя есть право самостоятельное, на которое не вліяютъ ни распоряженія залогодателя послѣ заклада, ни факты, которые дѣйствуютъ независимо отъ его воли. Въ случаяхъ же конфузій правъ лицъ, участвующихъ въ разбираемой сдѣлкѣ, повидимому, наиболѣе правильно признать, что если залогодатель наслѣдуетъ залогопринимателю,

то понятно, что исчезает обеспечиваемое требование, а следовательно и закладное право. Сообразно чему залогодатель может вчинять искъ противъ своего должника, но не въ качествѣ наслѣдника залогопринимателя, а на основаніи своего собственнаго права, какъ первоначальнаго кредитора. При этомъ мы предполагаемъ, что залогодатель состоялъ должникомъ залогопринимателя. Въ иномъ случаѣ (если напр. требованіе закладывается нѣсколько разъ) залогодатель можетъ осуществлять право взысканія, принадлежащее залогопринимателю въ качествѣ наслѣдника залогопринимателя.

✓ Случай, когда залогодатель наслѣдуетъ своему должнику—имѣетъ не только теоретическій интересъ, но и весьма важенъ въ практическомъ отношеніи, ибо несомнѣнно, что для кредитора можетъ быть далеко не безразлично получить ли уплату отъ залогодателя, какъ отъ непосредственнаго должника, или какъ отъ наслѣдника должника залогодателя. Съ нашей точки зрѣнія, очевидно, что хотя требованіе залогодателя въ отношеніи его должника и уничтожается, тѣмъ не менѣе, разбираемый случай конфузіи долженъ оказывать вліяніе на закладное право залогопринимателя такое же, какъ и уплата должника залогодателя — залогодателю. Залогодатель какъ наслѣдникъ своего должника очевидно обязанъ, въ случаѣ реализаціи закладнаго права, уплатить долгъ по заложенному требованію наравнѣ съ прочими долгами своего наслѣдодателя ¹⁾. Залогоприниматель же, въ случаѣ неуплаты ему со стороны залогодателя, можетъ реализовать другія обезпеченія, установленныя по поводу долга должника залогодателя. Онъ можетъ охранять

¹⁾ Можетъ, впрочемъ, имѣть мѣсто случай, когда залогодатель, какъ наслѣдникъ своего должника, не долженъ уплачивать всѣхъ долговъ своего наслѣдодателя—напр. въ силу *beneficium inventarii*.

свой интересъ и путемъ предложенія *separatio bonorum* залогодателя и наслѣдства должника залогодателя. Практически, однако, (не смотря на такое безразличіе конфузіи) положеніе вещей можетъ быть нѣсколько видоизмѣнено. Такъ, когда при закладѣ требованія, направленнаго не на деньги, намѣреніе сторонъ сводится къ тому, чтобы залогоприниматель послѣ того, какъ онъ пріобрѣлъ собственность на доставленную ему вещь перенесъ ее—*detracto pignore*—на залогодателя, очевидно, что залогодатель, сдѣлавшись наслѣдникомъ должника, долгъ котораго онъ заложилъ, можетъ возразить добывающемуся установленію собственности на предметъ доставленія залогопринимателю—*petis, quod redditurus es* и установить ему тотчасъ закладное право на вещи. Но это есть лишь сокращеніе процесса. Структура отношенія остается здѣсь та же самая.

Съ заключеніемъ о томъ, что разбираемый случай конфузіи не оказываетъ вліянія на права залогопринимателя соглашается отчасти и Дерибургъ ¹⁾, допуская названное заключеніе лишь для случая наступленія конфузіи послѣ денунціаціи.

Инаго мнѣнія другіе писатели. Въ то время, какъ Гушке ²⁾, Гаупъ ³⁾ и Бремеръ ⁴⁾ признаютъ въ разбираемомъ случаѣ слѣдствіемъ конфузіи уничтоженіе закладываемаго требованія и вмѣстѣ съ тѣмъ прекращеніе закладнаго права, Виндшейдъ ⁵⁾ напр. приходитъ къ выводу, что залогоприниматель имѣетъ право въ разбираемомъ случаѣ вчинять искъ о доставленіи на основаніи своего закладнаго права, которое слѣдова-

¹⁾ Pfandr. I. стр. 474. 475.

²⁾ De pign. nom. стр. 64.

³⁾ De nom. pign. стр. 116.

⁴⁾ Pfandr. стр. 156. Ср. Sohm, Subp. стр. 104.

⁵⁾ Actio, стр. 26.

тельно продолжается и въ случаѣ наступленія указанной конфузии. Съ точки же зрѣнія теорій, разъясняющихъ понятие о закладѣ долговыхъ требованій, независимо отъ теорій цессіи требованія, т. е. теорій, видящихъ въ закладѣ долговаго требованія возникновеніе права на извѣстное право, полномочіе осуществлять чужую волю на основаніи особаго права, очевидно, должно быть признано, что уничтоженіе объекта права прекращаетъ и самое право относительно этого объекта.

Наконецъ, въ случаѣ конфузии правъ залогопринимателя и должника залогодателя, юридическое отношеніе разъясняется само собой, если мы вспомнимъ вышеуказанное заключеніе, что оба права требованія, т. е. — залогопринимателя и залогодателя должны быть признаны существующими параллельно другъ другу и независимо одно отъ другаго. Въ случаѣ наступленія, поэтому, разсматриваемаго случая конфузии должно исчезать лишь право залогопринимателя, потому что онъ не можетъ имѣть правъ противъ самого себя, но право залогодателя, очевидно, должно прекращаться лишь на столько, на сколько конфузии присуще дѣйствіе *solutionis*. Дѣйствіе же *solutionis* она очевидно имѣетъ не безусловно, а лишь въ томъ случаѣ, когда залогоприниматель намѣренно признаетъ за ней такое дѣйствіе ¹⁾. Понятно однако, что о солиціонномъ дѣйствіи разбираемой конфузии можетъ быть рѣчь лишь въ томъ случаѣ, когда залогоприниматель имѣетъ полномочіе на удовлетвореніе своего требованія противъ должника залогодателя, поэтому если разбираемый случай конфузии наступилъ до срочности требованія залогопринимателя противъ залогодателя, то возникаетъ состояніе неопредѣленности, причемъ залогоприни-

¹⁾ Что сказано о залогодателѣ, то, натурально, должно имѣть силу и относительно его наследника.

матель можетъ признать указанное дѣйствіе конфузии лишь въ томъ случаѣ, если залогодатель не удовлетворитъ его вовремя. До того, залогодатель не можетъ осуществлять заложенное требованіе противъ залогопринимателя, какъ наследника должника залогодателя, какъ онъ не могъ бы дѣлать этого и противъ послѣдняго. Но если залогоприниматель придастъ конфузии дѣйствіе *solutionis*, то за нимъ должны быть признаны, въ отношеніи предметовъ доставленія по заложенному требованію, всѣ права и обязанности, которыя вытекаютъ изъ закладнаго договора, совершенно такъ, какъ будто бы вещи эти были доставлены самимъ должникомъ залогодателя.

Съ указанными положеніями касательно разбираемаго случая конфузии согласны Гельвигъ ¹⁾ и Виндшейдъ ²⁾. Дерибургъ ³⁾, однако, старается рѣшить вопросъ путемъ доставленія залогопринимателю *exsertio doli*, посредствомъ которой онъ могъ бы защищаться противъ залогодателя до тѣхъ поръ, пока послѣдній не доставитъ надлежащей уплаты своего долга ⁴⁾. Въ случаѣ же если залогоприниматель добровольно произведетъ надлежащее доставленіе залогодателя, за залогопринимателемъ, по мнѣнію Дерибурга, должно быть признано закладное право на доставленный объектъ потому, что наступило условіе антиципирующаго залога. Такую конвенцію теоріи, признающей, что въ закладѣ долговыхъ требованій заключается антиципирующее вещное закладное право должно, однако, отклонить вмѣстѣ съ самой теоріей, также

¹⁾ Verpf. стр. 134.

²⁾ Pand. I. § 239.

³⁾ Pfandr. I. стр. 474.

⁴⁾ Ср. Basil. I. XXV. t. 1. с. 18. Καὶ γραμματεία καλῶς ὑποτίθενται μοι καὶ ἀπαίτῃ τὸ ἐν αὐτοῖς χρέος. Καὶ εἰμὲν εἰς ἀ χρήματα, συλλογίζομαι αὐτὰ εἰ δὲ σώματα, κρατῶ αὐτὰ εἰς ἐνέχυρον καὶ ἐνάγων ὁ χρεώστη αὐτοῦ καταβαλόντι μοι, ἐκβάλλεται παραραφῇ.

какъ и весьма мало удовлетворительные выводы, которые дѣлаетъ изъ нея Экснеръ ¹⁾. Но самымъ рѣшительнымъ образомъ должно протестовать противъ воззрѣній Бремера ²⁾, который полагаетъ, что, не смотря на конфузю, залогоприниматель долженъ имѣть въ отношеніи требованія, направленнаго противъ него, какъ противъ наслѣдника должника залогодателя закладное право, которое онъ можетъ реализовать, во всякомъ случаѣ, лишь путемъ отчужденія заложенного требованія и не смотря на это оставаться должникомъ по отчуждаемому требованію ³⁾.

Если изъ вышеприведеннаго разсмотрѣнія случаевъ конфузіи выясняется самостоятельность правъ требованія какъ залогопринимателя, такъ и залогодателя, то, съ другой стороны, самостоятельность эта должна имѣть несомнѣннымъ своимъ послѣдствіемъ ⁴⁾, что и тѣ дѣйствія залогодателя, которыя улучшаютъ его положеніе не имѣютъ прямого значенія для залогопринимателя. Такъ на примѣръ, мы должны признать, что когда залогодатель послѣ заклада требованія заставляетъ своего должника, въ обезпеченіе заложенного требованія, установить поручителя или закладное право, то эти средства гарантіи обезпечиваютъ лишь требованіе залогодателя, а не залогопринимателя, если конечно при установленіи указанныхъ обезпеченій залогодатель не дѣйствовалъ въ то же время за залогопринимателя.

2. Что касается до момента осуществленія закладнаго права, то здѣсь должно различать право залогопринимателя на осуществленіе заложенного требованія (*jus exigendi*) и право на продажу его (*jus vendendi*).

¹⁾ Kritik, стр. 176—178.

²⁾ Pfandr. стр. 156, 157.

³⁾ Cp. Pfaff, Geld als Mitt. стр. 52. Exner, Kritik стр. 147.

⁴⁾ Hellwig, Verpf. стр. 135.

Исслѣдуемъ прежде всего тѣ условія, при которыхъ происходитъ осуществленіе закладнаго права. Для разясненія должно обратить вниманіе: а) на то, каковы матеріальныя условія осуществленія права залогопринимателя и б) какимъ образомъ долженъ легитимироваться залогоприниматель противъ должника залогодателя. При этомъ къ послѣднему вопросу натурально примыкаетъ и вопросъ о томъ, какое дѣйствіе имѣютъ диспозиціи залогопринимателя, хотя и легитимированнаго формально, но не легитимированнаго матеріально.

а) Матеріальныя условія опредѣляются, прежде всего, въ виду личности должника залогодателя. Какъ самъ залогодатель, такъ и залогоприниматель могутъ взыскивать по требованію лишь тогда, когда должникъ залогодателя обязанъ уплатой, когда слѣдовательно наступила срочность требованія ¹⁾. До срочности залогоприниматель можетъ требовать установленія обезпеченія лишь на тѣхъ основаніяхъ, которыя вообще уполномочиваютъ кредитора притязать на доставленіе обезпеченія до срока. Но съ другой стороны, должно имѣть въ виду еще и основанія, согласно которымъ кредиторъ становится уполномоченнымъ ко взысканію. По общему правилу это имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда срочны оба требованія, какъ обезпеченное, такъ и обезпечивающее. Но какъ же, спрашивается, должно рѣшить, въ случаѣ если срокъ обезпеченнаго требованія наступаетъ ранѣе срока заложенного долга? Обыкновенно признается, что въ этомъ случаѣ ни залогодатель, ни залогоприниматель не могутъ требовать, равно какъ и принимать уплаты и что поэтому должникъ залогодателя, въ случаѣ желанія либерироваться,

¹⁾ Cp. Huschke, de pign. nom. стр. 52—56. Gesterding, ueb. d. Sch. стр. 50. Buchka, de pign. nom. стр. 33. Trotsche, Verpf.-R. стр. 104. Dernburg, Pfandr. I. стр. 465. Eberhard, Verpf. стр. 38. Bremer, Pfandr. стр. 148.

долженъ депонировать объектъ долга ¹⁾). Признавая возможнымъ такое депонированіе долга, нельзя однако предоставлять залогопринимателю право требовать уплаты *ad depositum*, на случай могущаго произойти правонарушенія ²⁾). Въ допущеніи указаннаго иска заключалось бы требованіе уплаты истцу; а къ этому не уполномочены ни залогодатель, ни залогоприниматель. Но возможенъ случай, что требованіе, должное вскорѣ сдѣлаться срочнымъ, закладывается въ обезпеченіе долга, имѣющаго быть прекращеннымъ лишь гораздо позднѣе. Здѣсь весьма вѣроятно предположить, что стороны условливаются, что залогоприниматель можетъ взыскивать объектъ долга даже и до срочности заложенного долга, но не тотчасъ обращать его къ своему удовлетворенію, а удерживать сначала лишь для своего обезпеченія. Таково же можетъ быть намѣреніе сторонъ и тогда, когда предметомъ доставленія являются не деньги, но какой либо другой объектъ, или когда должна быть реституирована вещь. Въ первомъ случаѣ стороны обыкновенно имѣютъ въ виду, чтобы залогоприниматель получилъ вещь лишь въ закладъ. Слѣдовательно здѣсь идетъ рѣчь лишь объ интерпретаціи ²⁾).

б) Если таковы матеріальныя условія вчиненія иска залогопринимателя противъ должника залогодателя, то спрашивается, какимъ же образомъ онъ долженъ быть легитимированъ?

Очевидно, что какъ при цессіи въ обыкновенномъ смыслѣ, такъ и здѣсь должникъ залогодателя долженъ быть защищенъ отъ опасности, которая возникаетъ для него изъ того, что онъ не погашаетъ своего долга относительно истиннаго

¹⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. I. стр. 464. Trotsche, Verpf.-R. стр. 30. Huschke, de pign. nom. стр. 36, 37. Sintenis, Pfandr. стр. 161.

²⁾ Ср. Dernburg, Pfandr. I. стр. 465.

уполномоченнаго, вслѣдствіе уплаты мнимому залогопринимателю.

Основаніемъ для рѣшенія вопроса о томъ, имѣетъ ли мѣсто въ данномъ случаѣ закладъ, несомнѣнно, должно быть признано положеніе, что цессіонарь желающій уплаты долженъ привести доказательство цессіи путемъ представленія оффиціальныхъ документовъ, а когда это невозможно, то путемъ доставленія реальнаго обезпеченія. Такое положеніе должно имѣть примѣненіе и въ отношеніяхъ залогопринимателя противъ должника залогодателя, вслѣдствіе одинаковости основанія.

Въ обратномъ же случаѣ, т. е. когда залогодатель требуетъ уплаты, которую оспариваетъ залогоприниматель, послѣдній долженъ или доказать фактъ существованія, или представить реальное обезпеченіе убытковъ, которые могутъ возникнуть для залогодателя вслѣдствіе отказа въ уплатѣ, требуемой отъ залогодателя. Такое мнѣніе раздѣляетъ и Бэръ ¹⁾. Виндшейдъ ²⁾ же, напротивъ, обязываетъ требующаго къ доставленію обезпеченія. Но основанія, приводимыя Виндшейдомъ, не опровергають аргументаціи Бэра, которыя выводятся изъ положенія, что цедентъ какъ первоначальный кредиторъ имѣетъ *fundatam actionem*, тогда какъ цессіонарь долженъ доказать кромѣ возникновенія, еще и переходъ требованія, ибо I. 1. § 37. D. de pign. et hyp. 20. 1. и I. 8. § 3. D. de legatis II, на которыя ссылается Виндшейдъ, имѣютъ въ виду случаи, въ которыхъ каждый изъ претендентовъ доказываетъ существованіе права независимаго, въ своемъ возникновеніи, отъ другаго права. Въ спорѣ же между двумя лицами, изъ которыхъ оба утверждаютъ, что сдѣлались наслѣдниками или изъ которыхъ каждый хочетъ быть легатаромъ, указаннымъ въ завѣщаніи—нѣтъ никакого основанія предпочитать одного другому. Ука-

¹⁾ Cess. стр. 469, 476.

²⁾ Pand. II. § 334. прим. 4.

зываемые фрагменты не могут, слѣдовательно, говорить противъ насъ, потому что они не содержатъ въ себѣ основанія для рѣшенія вопроса о сукцессіонномъ отношеніи претендентовъ. вмѣстѣ съ тѣмъ должно имѣть въ виду, что цессіонаръ можетъ освободиться отъ своей кауціонной обязанности путемъ представленія цессіоннаго документа, тогда какъ кредиторъ никоимъ образомъ не можетъ защищаться противъ утвержденій третьяго лица, что онъ сукцедировалъ въ правахъ и приводить доказательство, что мнимому цессіонару право не принадлежитъ иначе, какъ въ процессѣ противъ претендентовъ. Въ равенствѣ обращенія какъ съ цессіонаромъ, такъ и съ цедентомъ заключалась бы большая несправедливость. Если кауціонно-обязанный не доставляетъ надлежащаго обезпеченія, то должникъ залогодателя безъ сомнѣнія уполномоченъ дѣйствовать противъ обязаннаго къ представленію кауціи, вслѣдствіе того *accipiendi*.

Указанные вопросы общи какъ ученію о цессіи, такъ и ученію о закладномъ правѣ. Особенности института заклада требованій вызываютъ еще слѣдующій вопросъ. Цессія ставитъ цессіонара на мѣсто цедента и потому можетъ идти рѣчь не о прекращеніи цессіи, но лишь объ обратной цессіи цессіонара цеденту. Закладное же отношеніе не предполагаетъ безусловнаго прекращенія требованія залогодателя, оно не рассчитано на продолжительность, а напротивъ, уже съ самаго начала заключаетъ въ себѣ основанія полной свободы возрожденія правъ залогодателя. Должникъ залогодателя долженъ, поэтому, непремѣнно имѣть въ виду возможность погашенія обезпеченнаго требованія и происходящее вслѣдствіе того прекращеніе закладнаго права. Какъ должникъ, который уплачиваетъ мнимо уполномоченному не зная о прекращеніи полномочія, освобождается въ отношеніи своего кредитора ¹⁾, а поручитель имѣетъ право ре-

¹⁾ 1. 106 D. de solut. 46. 3.

гресса противъ главнаго должника, если онъ уплачиваетъ вторично ¹⁾, не зная о происшедшемъ уже погашеніи долга, такъ и должникъ залогодателя долженъ быть признаваемъ освободившимся, коль скоро онъ уплачиваетъ залогопринимателю, не зная о погашеніи обезпеченнаго требованія. И здѣсь имѣетъ силу положеніе 1. 29. pr. D. mandati. 17. 1.

potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum.

Но если залогодатель сдѣлалъ эти указанія должнику залогодателя, то онъ долженъ доказать уничтоженіе закладнаго права столь безспорно, чтобы должникъ залогодателя могъ привести это доказательство и противъ залогопринимателя. Если это не имѣетъ мѣста, то должникъ залогодателя долженъ быть защищенъ отъ опасности двойной уплаты или отъ возможности быть вынужденнымъ къ какимъ либо другимъ издержкамъ точно также, какъ и въ аналогичныхъ случаяхъ при обыкновенной цессіи. Дѣйствіе же принципа, что залогоприниматель имѣетъ *fundatam intentionem* противъ залогодателя и должника залогодателя съ обязанностью впрочемъ доказательства возникновенія своего требованія относительно должника залогодателя заключается въ томъ, что залогодатель, когда онъ будетъ отказывать въ уплатѣ залогопринимателю, долженъ все-таки представить соотвѣтствующее обезпеченіе.

Наконецъ можетъ случиться, что нѣсколько залогопринимателей будутъ вчинять искъ противъ должника залогодателя. Положеніе вещей здѣсь совершенно иное, чѣмъ если бы нѣсколько цессіонаровъ выступили противъ одного и того же цессуса. Въ послѣднемъ случаѣ можетъ быть дѣйствительно уполномоченнымъ лишь одинъ изъ нихъ; тогда какъ въ пер-

¹⁾ 1. 29. §§ 1—3. D. mandati. 17. 1.

вомъ случаѣ каждый изъ залогопринимателей получаетъ извѣстное право въ отношеніи требованія и сообразно съ нимъ право на определенное доставленіе. Лишь въ отношеніи объема выполненія имѣется ограниченіе, заключающееся въ томъ, что второй кредиторъ, какъ и залогодатель, могутъ претендовать на полученіе уплаты лишь по удовлетвореніи перваго залогопринимателя. Если приоритетъ одного изъ кредиторовъ несомнѣненъ, то очевидно, что должникъ залогодателя ему и долженъ произвести уплату долга. Когда же происходитъ споръ объ очереди кредиторовъ, то за должникомъ залогодателя наиболѣе правильно признавать право освобожденія отъ тяготящаго на немъ долга, путемъ судебного депозита долга.

Вопросъ о томъ, какое дѣйствіе имѣютъ диспозиціи залогопринимателя, хотя формально и легитимированнаго, но не легитимированнаго матеріально, долженъ быть разрѣшаемъ, смотря по тому, въ чемъ заключается дефектъ: въ недействительности ли юридическаго акта, направленнаго на обоснованіе закладнаго права или въ несуществованіи обезпечиваемаго требованія. Очевидно, что несоблюденіе условій способности долговыхъ требованій служить объектомъ залога, равно какъ и отсутствіе у залогодателя права распоряженія даннымъ требованіемъ препятствуетъ возникновенію какого либо юридическаго отношенія между залогопринимателемъ и должникомъ залогодателя. Должно замѣтить лишь, что недействительность закладной сдѣлки вслѣдствіе симуляціи, уполномочивая, съ одной стороны, знающаго о ней должника залогодателя къ ея осуществленію, съ другой стороны не препятствуетъ его освобожденію передъ залогодателемъ, когда онъ, не зная о симуляціи уплачиваетъ ложному залогопринимателю. Гораздо сложнѣе вопросъ о недействительности удержанія въ закладъ. Здѣсь должно различать между недействительностью, вслѣдствіе отсутствія тѣхъ законныхъ условій, которыми

связанъ судья при изданіи рѣшенія объ удержаніи въ закладъ и недействительностью вслѣдствіе содержанія самого рѣшенія или неправильнаго его установленія.

Если не существуетъ требованія, въ обезпеченіе котораго устанавливается закладное право, то очевидно, что послѣднее не можетъ имѣть мѣста. Заключенная юридическая сдѣлка порождаетъ въ данномъ случаѣ соотвѣтствующія юридическія послѣдствія столь же мало, какъ и въ случаѣ поставленія возникновенія права въ зависимость отъ невозможныхъ суспензивныхъ условій. Юридическая сдѣлка въ данномъ случаѣ должна быть признана недействительною по своему содержанію. Должникъ залогодателя не долженъ доставлять уплату мнимому кредитору; но и здѣсь опять-таки незнаніе о несуществованіи закладнаго права точно также, какъ и незнаніе о его прекращеніи должно составлять основаніе для освобожденія должника по заложенному требованію отъ притязаній со стороны залогодателя. Противъ иска залогодателя должникъ послѣдняго исполнѣ основательно можетъ пользоваться *ex. doli*.

Разсмотримъ теперь вопросъ о значеніи *actio utilis*, присущей залогопринимателю.

Въ l. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7. указывается какъ на юридическое послѣдствіе заклада требованія на то, что
tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.

Искъ, посредствомъ котораго кредиторъ взыскиваетъ деньги обозначается въ l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1 и въ l. 4. C. quae r. p. obl. p. 8. 17.—какъ *actio utilis*. Юридическая же природа этого иска выясняется изъ l. 7. и l. 8. C. de hered. 4. 39. Изъ содержанія послѣдней слѣдуетъ, что на покупателя требованія, обезпеченнаго залогомъ, хотя и не переходитъ собственность на заложенные вещи, тѣмъ не менѣе, покупатель этотъ можетъ осу-

цествлять тѣ же права какъ и его *auctor* или какъ *procurator in rem suam*, или посредствомъ *a. utilis* по аналогіи съ кредиторомъ, которому заложено требование. Обыкновенно слова *exemplo creditoris* относятся до первоначальнаго кредитора, продавца *pominis*; въ учении же о цессіи — одними признается что цессионарь осуществляетъ лишь право cedenta, остающееся ему чужимъ ¹⁾, а другими — что въ цессіи заключается сукцессія, что цессионарь вступаетъ на мѣсто кредитора ²⁾. Но указаніе *exemplo, ad exemplum* означаетъ въ источникахъ всегда обращеніе къ юридической аналогіи ³⁾. Последней же между *actio directa* и *actio utilis* не имѣется. Онѣ стоятъ во взаимной противоположности. *Actio utilis* залогопринимателя, напротивъ, аналогична *a. utilis* цессионара. Въ обоихъ случаяхъ *obligatio*, на которой основывается *actio* возникаетъ между третьими лицами, почему и искъ на основаніи этой *obligatio* предоставляется въ обоихъ случаяхъ, какъ *utilis*. Это и даже болѣе — равенство обоихъ исковъ, въ отношеніи ихъ юридической природы слѣдуетъ изъ l. 7. цит. Прежде предполагали, что если залогоприниматель продавалъ заложенное ему требованіе, то покупателю принадлежало *actio utilis*, точно также какъ залогопринимателю; отсюда же, опираясь на указанный фрагментъ, утверждали, что *actio utilis* кредитора есть прототипъ *actio utilis* покупателя требованія. Но, согласно болѣе правильному толкованію, названная конституція должна имѣть смыслъ совершенно иной. Если мы припомнимъ, что Антон. Пій

¹⁾ Ср. Mühlenbruch, Cess. стр. 250. Savigny, Oblig. I. стр. 249. Vangerow, Pand. III. § 575.

²⁾ Windscheid, Actio стр. 131, 194.

³⁾ Ср. Salpius, Novat. стр. 411—413.

призналъ, согласно l. 16. D. de pact. 2. 14. — *act. utilis* за покупателемъ наслѣдства и что покупка наслѣдства не основывала универсальной сукцессіи, но что покупатель приобрѣталъ отдѣльныя требованія посредствомъ цессіи, подобно тому, какъ вещи — посредствомъ традиціи; далѣе, — что закладываніе требованій допускалось уже съ начала 2-го столѣтія имперіи, то мы должны будемъ заключить, что цѣль разбираемой конституціи не могло составлять желаніе подчеркнуть, что покупатель и залогоприниматель имѣютъ *act. utilis*. Гораздо вѣроятнѣе предположить, что разбираемая конституція имѣла въ виду указать, что оба иска одинаковы ¹⁾. Но если принадлежавшая залогопринимателю при *pign. nom.* *actio* могла быть приравниваема къ *actio* цессионара противъ *debitor cessus*, то несомнѣнно, что будетъ лишь другимъ

¹⁾ Сравненіе иска залогопринимателя съ искомъ цессионара, равно какъ и искомъ мандатара, какъ *procurator in rem suam* проводится, между прочимъ, весьма послѣдовательно въ Базиликахъ (l. XXIV. t. 3 c. 5). Ἐάν τις δέδωκε, говорится въ указанной главѣ, νομίματα καὶ ἀντὶ τούτων ἀγωγὰς ἐξεχωρήθη παρὰ τινος ἐπὶ τῇ κινήσει αὐτὰς κατὰ τῶν χρηστούων καὶ πληρωθῆναι, συνέβη δὲ τὸν ἐντεταλμένον πρὸ προκατάρξεως τελευτῆσαι χωρὶς κληρονόμου, ὁ ἐνταλθεὶς, ὡς μὲν ὁ τυχὼν προκουράτωρ ἐκείνου κινεῖν οὐ δύναται· δύναται δὲ τὰς ἀγωγὰς τὰς διδομένας ἰδίῳ ὀνόματι ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι προκουράτωρ κινεῖν· αἱ γὰρ διατάξεις τῇ ὡς ἐν ἰδίῳ πράγματι προκουράτῳ παρέχουσιν οὐτιλίαν ἀγωγὴν, ὡς ἀντὶ αὐτοῦ συνέλλαξεν.

Въ приведенномъ текстѣ разсматривается случай, когда за смертью лица уполномоченнаго къ соотвѣтствующему иску, по поводу существующаго долга, названный долгъ можетъ быть взыскиваемъ лицомъ являющимся въ качествѣ мандатара, причемъ, взысканіе можетъ быть осуществляемо посредствомъ *actiones utiles*, присущихъ этому мандатару, какъ *procuratori in rem suam*. Въ примѣчаніи же къ приведенному тексту указывается на имѣющія аналогичное значеніе исковыя права лица, которому заложено известное долговое требованіе: ὡς καὶ ὁ ἔχων τινὸς ἐν ὑποθήκῃ γραμματεῖον, κινεῖν τὰς οὐτίας ἀγωγὰς κατὰ τοῦ χρεώστου ἐκείνου.

выраженіемъ той же мысли, если мы скажемъ, что какъ цессіонарь, такъ и залогодатель имѣютъ равное притязаніе противъ должника передаваемого требованія. Юридическія отношенія, какъ между ними, такъ и этимъ должникомъ, должны, слѣдовательно, быть признаны однородными.

Но что значить, если мы говоримъ, что цессіонарь имѣетъ *actio utilis* противъ *debitor cessus*? Для объясненія этого мы должны войти въ одну изъ самыхъ спорныхъ областей, что однако необходимо, если мы желаемъ конструировать спорное юридическое отношеніе согласно источникамъ.

Имѣя въ виду вышеуказанную исторію развитія понятія о цессіи, несомнѣнно, что съ тѣхъ поръ, какъ *litis-contestatio* потеряла свое новирующее дѣйствіе и *dominus* получилъ право распоряженія правомъ дедуцированнымъ *in litem* прокураторомъ, съ тѣхъ поръ, какъ мы знаемъ о развитіи противоположенія между *procurator in r. s.* и цессіонаромъ—съ тѣхъ поръ должно избѣгать выраженія *procurator in rem suam*, по крайней мѣрѣ насколько съ этимъ связано понятіе собственнаго права, независимаго отъ права первоначальнаго кредитора. Согласно указаніямъ источниковъ, слѣдуетъ признать, что залогоприниматель имѣетъ противъ должника залогодателя ту же самую *actio utilis*, какъ и *emptor nominis*. Это же значить ничто иное какъ то, что залогоприниматель можетъ имѣть подобно цессіонару право на взысканіе задолженнаго доставленія. Право залогопринимателя на это взысканіе въ возникновеніи своемъ зависитъ отъ права залогодателя, но разъ возникши, оно остается самостоятельнымъ и въ этомъ отношеніи должно признать имѣющимъ силу все вышесказанное для характеристики цессіи, какъ сукцессіи.

Такое заключеніе, вытекающее уже изъ *l. 7. C. de hered. 4. 39*—подтверждается еще и слѣдующими тремя несомнѣнными положеніями источниковъ: во-первыхъ, что кредиторъ получаетъ вслѣдствіе залогоднаго соглашенія право взыска-

вать съ должника залогодателя¹⁾; во-вторыхъ, что уплата залогодателю освобождаетъ должника залогодателя лишь до тѣхъ поръ, пока послѣдній не увѣдомленъ еще о долговомъ отношеніи, возникающемъ вслѣдствіе заклада (*nondum a te de obligatione tua certior factus*) и въ-третьихъ, что со времени указаннаго увѣдомленія, уплата со стороны залогодателя не защищаетъ послѣдняго отъ принужденія ко вторичной уплатѣ.

Что касается до вопроса о томъ, въ какомъ объемѣ можетъ залогоприниматель взыскивать по заложенному ему требованію, то прежде всего, должны быть выдѣлены случаи, въ которыхъ требованія направлены на доставленіе не денегъ, но какихъ либо другихъ объектовъ.

Въ данномъ случаѣ, сомнительно, чтобы кредиторъ могъ имѣть притязаніе на все доставленіе, даже и въ томъ случаѣ, когда предметъ доставленія неспособенъ къ раздѣленію. Труднѣе вопросъ, когда заложено денежное требованіе и когда должникъ залогодателя долженъ доставить болѣе, чѣмъ залогоприниматель можетъ требовать отъ залогодателя. Вопросъ въ томъ, можетъ ли залогоприниматель взыскивать здѣсь лишь часть, соотвѣтствующую его требованію или же все требованіе. Несомнѣнно, что подобный вопросъ можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда объектомъ заклада служить все требованіе, потому что частичное закладываніе требованія оставляетъ совершенно неприкосновенною незаложенную часть требованія и предоставляетъ ее произвольному распоряженію залогодателя, точно также, какъ въ случаѣ обыкновенной частичной цессіи или закладѣ идеальной части вещи. Вообще же справедливѣе признать, что въ случаѣ если заложенное требованіе превышаетъ сумму долга залогодателя, то залогоприниматель можетъ быть уполномоченъ лишь къ

¹⁾ *l. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1.*

частичному осуществленію своего права взысканія, именно въ размѣрѣ суммы долга залогодателя.

Если же залогоприниматель получилъ болѣе, чѣмъ онъ могъ требовать отъ залогодателя, то само собою разумѣется, что излишекъ онъ долженъ выдать залогодателю хотя если послѣдній не хотѣлъ подвергаться никакой опасности, то онъ долженъ былъ бы заложить лишь часть требованія или ограничить право взысканія. Несомнѣнно однако, что залогоприниматель можетъ ограничиться взысканіемъ и части заложенного требованія. Если чрезъ уплату такой части погашается долгъ залогодателя, то послѣдній можетъ взыскивать со своего должника остатокъ долга. Другой вопросъ, обязанъ ли должникъ залогодателя согласиться на такую частичную уплату. Скорѣе, что данный вопросъ долженъ быть рѣшенъ отрицательно ¹⁾.

¹⁾ Согласно господствующему мнѣнію, основывающемуся на l. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17. — кредиторъ не можетъ взыскивать съ должника залогодателя болѣе, чѣмъ онъ можетъ требовать отъ залогодателя. Несмотря однако на это, рядъ писателей раздѣляющихъ такой взглядъ признаютъ, что кредиторъ можетъ принимать всю сумму заложенного требованія, если должникъ залогодателя готовъ къ ей уплатѣ; причемъ должникъ залогодателя совершенно освобождается передъ залогодателемъ. Здѣсь, однако, заключается явная непоследовательность, потому что или кредиторъ долженъ имѣть право взысканія всего требованія или же, въ случаѣ отсутствія такого права, должно отсутствовать и полномочіе на принятіе всей офферированной долговой суммы.

l. 4. cit. вовсе не противорѣчитъ сдѣланному выше замѣчанію, что величина долга залогопринимателя не ограничиваетъ размѣры взысканія потому что въ цитируемой конституціи императоръ вовсе не имѣлъ въ виду рѣшить вопросъ о томъ, уполномоченъ ли залогоприниматель къ разбираемому взысканію, но имѣлъ лишь намѣреніе указать что требуется не только существованіе требованія ради обезпеченія котораго закладывается другое требованіе, но что и заложенное требованіе являясь основаніемъ изъ-

Что касается до содержанія *jus exigendi*, присущаго залогопринимателю, то здѣсь должно различать два случая. Во-первыхъ, когда заложенное требованіе направлено на доставленіе извѣстной вещи и, во-вторыхъ, когда заложенное требованіе есть реституціонное притязаніе.

Въ первомъ случаѣ должно признать, что залогоприниматель приобрѣтаетъ собственность на доставленную вещь; во второмъ случаѣ, за залогопринимателемъ должно быть признано право на detenцію реституированной вещи. Такое положеніе подтверждается источниками.

Если закладывается требованіе, предметъ доставленія по которому составляютъ деньги, то согласно имѣющемуся въ l. 20. D. de pign. et hyp. 20. 1. выраженію:

quum convenit, ut is, qui ad refectorem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat

— можно сдѣлать заключеніе о содержаніи права, приобрѣтаемаго залогопринимателемъ: послѣдній долженъ принять въ залогъ извѣстную сумму отъ должника залогодателя. Для осуществленія же своего права онъ получаетъ *actio utilis*. Посредствомъ ея онъ можетъ принуждать должника залогодателя къ уплатѣ. Когда же должникъ кондемуируется къ уплатѣ, то онъ выполняетъ юдикать, очевидно, лишь въ томъ случаѣ, если доставляетъ залогопринимателю собственность на уплачиваемыя монеты. Уплата со стороны должника залогодателя имѣетъ двойную функцію. Источники обозначаютъ это выраженіемъ *secum pensaturum* ¹⁾, точно также, какъ въ случаѣ если залогоприниматель взыскиваетъ требованіе, возникшее вслѣдствіе продажи вещи —

извѣстнаго притязанія должно быть доказано истцомъ. Въ доказательствѣ же существованія требованія заключается и доказательство его величины.

¹⁾ l. 13. § 2. D. de pign. et hyp. 20. 1.

выраженіями *pretio compensato* ¹⁾ и *in debitum computatio* ²⁾).

Во всѣхъ этихъ случаяхъ не идетъ рѣчь о доставленіи собственности. Приведенныя выраженія обозначаютъ случай чисто идеальный. Это обнаруживается, коль скоро дѣло ставится на практическую почву. Если бы было иначе, то *periculum*, относительно монетъ падало бы на залогодателя, пока монеты эти не перешли въ собственность залогопринимателя, точно такъ, какъ если бы заложенная вещь была украдена. Но этотъ случай не имѣетъ мѣста. Слѣдовательно погашеніе долга должно быть признано наступающимъ уже съ момента взысканія.

Сравнимъ для этого *l. 26. D. de solut. 46. 3. si creditor... receperit..... debitor liberabitur.*

и *l. 9. D. pr. de distr. p. 20. 5 liberat debitorem nisi pecunia percepta.*

Принимать здѣсь компензацію въ техническомъ смыслѣ было бы совершенно неподходящимъ, потому что здѣсь отсутствуютъ противоположныя требованія и потому что залогодателю принадлежить не притязаніе на выдачу денегъ, принятыхъ залогопринимателемъ, но лишь требованіе выдачи могущаго случиться излишка. Въ случаѣ отсутствія послѣдняго, слѣдовательно, никакого требованія со стороны залогодателя существовать не можетъ. За такое рѣшеніе вопроса стоитъ и господствующее мнѣніе ³⁾. Параллельно послѣднему, однако, рядъ писателей принимаетъ, что залогоприниматель пріобрѣтаетъ въ отношеніи взысканныхъ денегъ, сначала, закладное право, а затѣмъ уже

¹⁾ *l. 3. C. de luit. p. 8. 31.*

²⁾ *l. 10. C. de O. et A. 4. 10.*

³⁾ *Buchka, de pign. nom. стр. 35, 36. Sintenis, Pfandr. стр. 158. Mühlenbruch, Cess. стр. 525. Sohm, Subp. стр. 49, 50.*

собственность — или черезъ компенсацію или чрезъ то, что прежнимъ владѣльцемъ совершается извѣстный юридическій актъ, послѣдствія котораго отражаются на залогопринимателѣ вслѣдствіе его закладнаго права ¹⁾.

Если мы перейдемъ къ разсмотрѣнію случая, когда заложенное требованіе направляется не на деньги, а на другія вещи, то на ряду съ общими основаніями въ пользу признанія, что кредиторъ становится вслѣдствіе взысканія собственникомъ доставляемыхъ вещей, убѣдительнѣйшимъ аргументомъ служить и то, что юридическая конструкція отношенія между залогопринимателемъ и должникомъ залогодателя не можетъ быть различаема, смотря по тому обязанъ ли должникъ залогодателя доставленіемъ денегъ или какихъ-либо другихъ вещей. Поэтому, залогоприниматель, если онъ, вслѣдствіе взысканія денегъ, становится ихъ собственникомъ, долженъ получить собственность и чрезъ доставленіе другихъ вещей; дальнѣйшая же судьба доставленнаго должна опредѣляться какъ здѣсь, такъ и тамъ, лишь на основаніи юридическаго отношенія существующаго между залогопринимателемъ и залогодателемъ.

Справедливость такого заключенія подтверждается и источниками. Такъ *l. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7.* ставитъ параллельно *pecuniam exigere* съ *corpus accipere—secum pensare* съ *pignoris loco esse*. О томъ же, что означаетъ это *accipere corpus*—говоритъ еще яснѣе *l. 13. § 2. D. de pign. et hyp. 20. 1:*

Si vero corpus is debuerit, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

¹⁾ *Cp. Gesterding, ueb. die Sch. стр. 27. Huschke, de pign. nom. стр. 37. Gaupp, de nom. pign. стр. 44, 45. Trotsche, Verpf.-R. стр. 112. Schmid, Cess. I стр. 120. Bremer, Pfandr. стр. 166, 171. Exner, Kritik. стр. 163 прим. 301.*

Смыслъ послѣднихъ словъ предложенія, остается неразъясненнымъ; прочія же слова понятны, — они несомнѣнно имѣютъ въ виду указать, что извѣстное послѣдствіе наступаетъ въ случаѣ если залогопринимателю доставляется *corpus*, значеніе же названнаго доставленія очевидно, благодаря слову *solverit* ¹⁾.

Поэтому можно признать, что если говорится «*creditori corpus solvitur*», то это означаетъ, что *corpus* традируется залогодателю въ собственность, что и составляетъ содержаніе того, что *debitor facere promisit*, т. е. доставленія, требовать котораго кредиторъ уполномоченъ посредствомъ *actio utilis*. При этомъ должно также помнить, что *condemnatio* производилась всегда на имя залогопринимателя. А это самое лучшее доказательство противъ возрѣнія, согласно которому въ разсматриваемомъ случаѣ кредиторъ не становится собственникомъ. Доставленіе въ собственность опредѣляетъ отношеніе кредитора къ должнику залогодателя, но не прекращаетъ юридическаго отношенія кредитора къ залогодателю. Доставленіе, однако, различается смотря по предмету доставленія. Мы уже разсматривали выше случай денежнаго доставленія. Но что же дѣлается съ *corpus*? *Erit creditori pignoris loco*, говорятъ источники. Такой отвѣтъ источниковъ приводитъ господствующее мнѣніе къ утвержденію, что кредиторъ пріобрѣтаетъ, вслѣдствіе взысканія, залладное право на предметъ доставленія. Съ такимъ заключеніемъ совершенно однако не согласенъ Гельвигъ ²⁾. Доводы его, повидимому, довольно убѣдительны. Обратимся къ ихъ разсмотрѣнію. Указавъ, подобно вышеизложенному, что за залогопринимателемъ, во всякомъ случаѣ, должно

¹⁾ «*Solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*». (l. 176. D. de V. S. 50. 16).

²⁾ Verpf. стр. 179.

быть признано право собственности на объектъ доставляемый должникомъ залогодателя, Гельвигъ говоритъ слѣдующее.

Послѣ предшествующихъ разсужденій утверженіе, что залогоприниматель пріобрѣтаетъ вслѣдствіе взысканія залладное право на предметъ доставленія было бы не только несогласнымъ съ общей конструкціей изслѣдуемаго юридическаго отношенія по римскому праву, но и противорѣчащимъ указанію источниковъ, что кредитору *pignus solvitur*. Такое противорѣчіе однако отсутствуетъ. Чтобы доказать это, стоитъ лишь вспомнить о значеніи словъ *pignus* и *loco esse*. Слово *pignus*, означаетъ, какъ извѣстно, ничто иное, какъ вещь, которая служить средствомъ обезпеченія. Это реальное обезпеченіе можетъ быть достигнуто самымъ различнымъ образомъ; стоитъ лишь обратить вниманіе на общее историческое развитіе понятія о залладномъ правѣ. Но, даже и послѣ того, какъ римское право признало, что кредиторъ получаетъ на *pignus*—вещное право—выраженіе употреблялось еще и въ общемъ смыслѣ. Источники подтверждаютъ это ¹⁾. Особенно же важенъ въ этомъ отношеніи l. 11. § 1. D. de pign. et hyp. 20. 1., гдѣ о кредиторѣ, которому было доставлено владѣніе участкомъ земли путемъ антихретическаго договора, съ цѣлью пользованія плодами, безъ заклада земли—говорится, что онъ можетъ удержать землю во владѣніе *pignoris loco*, хотя онъ и не имѣетъ въ отношеніи ея залладнаго права ²⁾.

Было бы совершенно ошибочно выводить изъ того, что въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ выраженіе *pig-*

¹⁾ Cp. l. 15. § 2. D. de furt. 47. 2; l. 13. § 8. D. de act. 19. 1; l. 31. § 8. D. de aedil. 21. 1.

²⁾ Что это должно быть понимаемо такимъ именно образомъ, за это Glück, Erl. XIV. стр. 92. Cp. l. 124. § 1. D. de R. J. 50. 17. l. 117 eod. l. 15. pr. D. de interrog. 11. 1. 1. 144. D. de V. S. 50. 16.

pignoris loco указывает на ретенционное право, что и в l. 13. § 2. цит. и l. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. цит. кредитору устанавливается закладное право. Совершенно справедливо указывали на то, что прибавление слова «*quasi*» или выражения «*pignoris loco retinere*» доказывает, что сходство заключается лишь в правѣ удержанія. Но и простое ретенционное право не соответствовало бы цѣли юридическаго института. Въ виду этого слѣдуетъ признать, вмѣстѣ съ Тротче и Мюленбрухомъ, что согласно выраженію «*pignoris loco esse*» — залогоприниматель не имѣетъ закладнаго права въ собственномъ смыслѣ на доставленную ему вещь. Онъ имѣетъ вещь, вмѣсто залога, но вмѣсто залога, въ полномъ объемѣ, т. е. онъ можетъ хозяйничать съ вещью, какъ съ залогомъ; онъ имѣетъ права залогопринимателя, хотя и не имѣетъ закладнаго права, его право дѣлаетъ его способнымъ къ продажѣ вещи третьимъ лицамъ. Точно также, залогодатель можетъ осуществлять свои права противъ залогопринимателя (какъ если бы была заложена вещь) посредствомъ *actio pigneraticia*, которая здѣсь, очевидно, можетъ быть лишь *actio utilis*. Посредствомъ этого иска, залогодатель можетъ искать выдачи могущей случиться *hyperocha*, независимо отъ того, возникаетъ ли она вслѣдствіе продажи вещи или вслѣдствіе взысканія по денсжному требованію, превышающему требованіе залогопринимателя. На сколько закладъ требованія отличается отъ фидуціарной его передачи, на столько одинаковъ здѣсь результатъ послѣ того, какъ заложненное требованіе осуществлено. Юридическое отношеніе между залогодателемъ и залогопринимателемъ есть въ данномъ случаѣ то, которое создается фидуціарной передачей требованія. Различны лишь основанія возникновенія собственности. Въ

l. 29. D. de H. P. 5. 3. l. 27. § 4. D. de fid. 46. 1. l. 27. D. de adopt. 1. 7.

одномъ случаѣ, собственность передается кредитору его непосредственнымъ должникомъ, въ другомъ же случаѣ — третьимъ лицомъ.

Часто было указываемо, что права залогопринимателя въ отношеніи вещныхъ доставленій со стороны должника залогодателя опредѣляются соглашеніемъ сторонъ и что послѣднія могутъ слѣдовательно согласиться, чтобы залогоприниматель имѣлъ лишь закладное право, т. е. не иначе, какъ путемъ одновременнаго перенесенія залогопринимателемъ собственности на залогодателя и установленія закладнаго права на объектѣ этой собственности — въ пользу залогопринимателя. Къ выполнению этого, залогоприниматель можетъ быть заставляемъ посредствомъ *actio pign. directa* лишь въ томъ случаѣ, когда залогодатель способенъ своевременно удовлетворить своей обязанности. Практически же, хотя кредиторъ и пріобрѣтаетъ собственность въ отношеніи объекта доставленнаго должникомъ залогодателя, тѣмъ не менѣе онъ можетъ перенести ее на залогодателя на основаніи особаго съ нимъ о томъ соглашенія, посредствомъ *constitutum possessorium*. Отсюда же возникаетъ закладное право залогопринимателя. Возможно также, что залогоприниматель заставитъ передать себѣ право собственности за залогодателя; въ этомъ случаѣ, онъ, точно также, получаетъ въ силу особаго соглашенія, устанавливаемого на ряду съ закладомъ требованія, закладное право на вещь, которая ему передается.

Когда закладывается требованіе, направленное на реституцію извѣстной вещи, уже принадлежащей залогодателю, то залогоприниматель, черезъ осуществленіе заложennaго требованія, путемъ врученія ему вещи должникомъ залогодателя, долженъ быть признанъ пріобрѣтающимъ лишь деценцію этой вещи.

Что касается до права залогопринимателя на про-

дажу заложенного ему требования, то, согласно господствующему мнѣнію ¹⁾, за залогопринимателемъ долженъ быть признанъ свободный выборъ между правомъ взысканія по заложенному требованію и продажей этого требованія. Такое воззрѣніе, основывающееся, главнымъ образомъ, на I. 15. § 10. D. de re jud. 42. 1. и I. 7. C. de hered. 4. 39. встрѣчается уже въ глоссѣ ²⁾.

Противъ господствующаго мнѣнія, подвергнувшись впервые серьезному оспариванію со стороны Эбергарда ³⁾ и Эккера ⁴⁾, въ новѣйшее время высказывается Гельвицъ. Jus exigendi, говоритъ онъ ⁵⁾, есть единственное послѣдствіе заклада долговыхъ требованій.

Въ источникахъ римскаго права, по мнѣнію Гельвига, нѣтъ доказательства признанія за залогопринимателемъ вышеуказаннаго права выбора. Право продажи заложенного требованія, по мнѣнію Гельвига, совершенно чуждо римскому воззрѣнію, реализованіе же закладнаго права, происходящее при закладѣ вещей путемъ отчужденія заложенной вещи, при закладѣ требованій, происходитъ путемъ взысканія по заложенному требованію. Это, говоритъ Гельвицъ, соответствуетъ и практическимъ потребностямъ потому, что само собою понятно, что продажа требованія, по общему

¹⁾ Gesterding, ueb. d. Sch. стр. 31. Huschke, de pign. nom. стр. 43. Gaupp, de nom. pign. стр. 101. Buchka, de pign. nom. стр. 34. Trotsche, Verpf.-R. стр. 78. Puchta, Vorles. § 208. Vangerow, Pand. § 368. Sintenis, Pfandr. стр. 156. Dernburg, Pfandr. I. стр. 469. Sohm, Subp. стр. 49, 85. Bremer, Pfandr. стр. 211. Marcus, Verpf. стр. 31. Windscheid, Actio § 239. прим. 9.

²⁾ ad I. 7. C. de hered. 4. 39.

³⁾ Verpf. § 12.

⁴⁾ Kritik, стр. 166.

⁵⁾ Verpf. стр. 151.

правилу, должна дурно отражаться на интересахъ залогодателя, ибо почти никогда не найдется покупатель, который заплатилъ бы за требованіе его истинную цѣну. Въ виду этого, по общему правилу мы должны признать, что должникъ никогда не рѣшится признать за своимъ кредиторомъ право продажи заложенного требованія и притомъ еще по свободному выбору. Между тѣмъ, мнѣ кажется, что во 1) вполне возможенъ случай, что продаваемое требованіе будетъ продано по цѣнѣ, весьма близкой къ его цѣнности, а во 2) что признаніе за залогопринимателемъ права продажи заложенного ему требованія является необходимымъ для дѣйствительнаго осуществленія правъ залогопринимателя въ случаѣ наличности срочности требованія залогопринимателя и несрочности заложенного требованія. И какъ въ обратномъ случаѣ, т. е. при наличности срочности заложенного требованія и не срочности обезпечиваемаго требованія, мнѣ кажется, что наиболее справедливо требовать, чтобы должникъ залогодателя депонировалъ свой долгъ третьему лицу, такъ и въ первомъ случаѣ должно быть признано за залогопринимателемъ право на соответствующую продажу заложенного требованія, т. е. продажу, сопровождаемую выдачею залогодателю излишка изъ вырученной отъ продажи суммы, за покрытіемъ обезпечиваемаго долга.

Права залогодателя.

Изъ указанной выше общей природы заклада долговыхъ требованій слѣдуетъ, что права залогодателя въ отношеніи заложенного требованія не прекращаются, но лишь ограничиваются въ своемъ осуществленіи. Объемъ этого ограниченія ближайшимъ образомъ опредѣляется соглашеніемъ сторонъ. Такъ онѣ могутъ установить, чтобы залогодатель поль-

зовался или не пользовался процентами заложенного требования и т. под.

Далѣ, изъ вышеуказанныхъ положеній можно сдѣлать слѣдующіе выводы:

Въ виду того, что должникъ залогодателя заплативши залогодателю, несмотря на это обязывается платить еще разъ залогопринимателю ¹⁾, очевидно, что за должникомъ по заложенному требованію должно быть признано дилаторное возраженіе противъ залогодателя ²⁾.

Въ прочихъ отношеніяхъ, залогодатель можетъ свободно распоряжаться своимъ требованіемъ. Такъ онъ можетъ цедировать заложенное требованіе, равно какъ и закладывать его.

При этомъ, понятно, что наслѣдникъ перваго залогодателя подлежитъ, въ отношеніи осуществленія заложенного требованія, тѣмъ же ограниченіямъ, какъ и первоначальный залогодатель. Откуда слѣдуетъ, что въ случаѣ нѣсколькихъ залогопринимателей, производятъ ли они свое закладное право отъ перваго залогодателя или отъ его цессіонара, хотя и становящихся сокредиторами должника залогодателя, тѣмъ не менѣе, ранѣе основанное закладное право идетъ впереди закладныхъ правъ возникшихъ позднѣе, точно также, какъ и права перваго залогопринимателя идутъ впереди правъ залогодателя. Очередь опредѣляется, слѣдовательно, временемъ установленія соглашенія.

Но залогодатель можетъ не только цедировать или закладывать заложенное требованіе; онъ можетъ заключить со своимъ должникомъ договоръ о новации, мировую сдѣлку и можетъ даже простить требованіе. (Хотя понятно, что всѣ эти акты не имѣютъ дѣйствія въ случаѣ не произведен-

¹⁾ l. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17.

²⁾ l. 18 pr. D. de pign. act. 13. 7.

наго соотвѣтствующимъ образомъ погашенія долга залогопринимателя). Если залогодатель прощаетъ требованіе своему должнику, то должно различать — хотѣлъ ли залогодатель прекратить самое право требованія или имѣлъ въ виду лишь передать право, которое ему принадлежало на основаніи закладнаго договора—противъ залогопринимателя, на случай если послѣдній будетъ осуществлять заложенное ему требованіе. Въ послѣднемъ случаѣ, отношеніе должника залогодателя къ залогопринимателю должно быть опредѣляемо по принципамъ указаннымъ выше на случай конфузій между правами залогодателя и правами его должника.

Залогодатель не можетъ понуждать своего должника къ уплатѣ до прекращенія закладной сдѣлки. Но можетъ случиться, что должникъ залогодателя доставитъ залогодателю уплату добровольно, въ виду утвержденія, что заложенный долгъ будетъ погашенъ или когда оба считаютъ, что долгъ уже погашенъ. Тогда такая уплата вызываетъ несомнѣнно погашеніе требованія, принадлежавшаго залогопринимателю, хотя должникъ залогодателя и долженъ еще разъ уплатить залогопринимателю, если вышеуказанное предположеніе не исполнилось или оказалось ложнымъ. Поэтому должникъ залогодателя имѣетъ право требовать отъ залогодателя обратнаго доставленія произведенной ему уплаты, вслѣдствіе неправильности предположеній, въ виду которыхъ эта уплата произведена. Если же должникъ залогодателя уплачиваетъ послѣднему не зная о закладѣ требованія, то онъ освобождается не только отъ своего долга залогодателю, но согласно вышеизложеннымъ принципамъ, какъ *debitor cessus*, также и передъ цессіонаромъ.

Возможность примѣненія указанныхъ принциповъ къ случаю, когда должникъ залогодателя уплачиваетъ не залогодателю, а его наслѣднику въ правахъ (цессіонару или залогопринимателю) очевидна.

Наконецъ, несомнѣнно, что залогодатель можетъ прини-

мать всякаго рода дѣйствія, которыя имѣютъ цѣлью поддержаніе и обезпеченіе оставшихся у него притязаній въ отношеніи должника, не смотря на закладъ требованія. Такъ онъ можетъ и послѣ установленія залога принимать поручителей и залоги въ видахъ обезпеченія заложенного требованія, равно какъ и вчинять *actio Pauliana* противъ недобросовѣстнаго пріобрѣтателя.

Отношеніе права залогопринимателя къ праву залогодателя.

Указанныя выше положенія, касательно правъ залогопринимателя и залогодателя, даютъ возможность выяснить вопросъ и о взаимномъ отношеніи этихъ правъ. Всѣ диспозиціи залогопринимателя, кромѣ осуществленія заложенного требованія, оставляютъ требованіе залогодателя, принципиально, неприкосновеннымъ. Но когда залогоприниматель заставляетъ уплатить должника залогодателя, то съ такой уплатой наступаетъ погашеніе долга залогодателя ¹⁾. Съ уплаченными деньгами залогоприниматель можетъ поступать какъ хочетъ, изъ чего слѣдуетъ, что онъ можетъ обращать заложенное требованіе къ цѣли компенсаціи противъ встрѣчнаго требованія и т. под. Въ основаніи компенсаціи лежитъ мысль, что стороны могутъ сократить слѣдующія передачи денегъ. Тѣ же соображенія должны имѣть мѣсто и въ томъ случаѣ, когда залогоприниматель съ намѣреніемъ простить долгъ должнику залогодателя, признаетъ себя не уполномоченнымъ къ принятію долга. Если же прощеніе было сдѣлано лишь въ смыслѣ желанія прекратить право требовать сумму задолженную залогодателемъ,

¹⁾ Ср. l. 18. pr. D. de pign. act. 13. 7. l. 4. C. quae res p. obl. p. 8. 17.

то такое прощеніе совершенно не вліяетъ на требованіе залогодателя. Отсюда очевидно, что прощеніе можетъ прекращать долгъ лишь тогда, когда требованіе противъ должника залогодателя имѣетъ то же содержаніе, какъ и требованіе противъ залогодателя.

Если же залогоприниматель соглашается принять вмѣсто заложенного доставленія уплату какими либо другими вещами, то здѣсь должно имѣть въ виду два случая. Если заложенное требованіе денежное, а залогоприниматель принялъ въ уплату вещь, то имѣютъ силу вышеуказанные принципы относительно прощенія, ибо если залогоприниматель имѣетъ право прекращать требованіе противъ должника залогодателя безденежно, такъ что въ отношеніи къ залогодателю онъ разсматривается какъ будто онъ получилъ уже денежное доставленіе, то это должно быть допустимо и тогда, когда онъ прекращаетъ требованіе въ виду эквивалента (хотя при этомъ и требуется, чтобы онъ принялъ вещь въ томъ смыслѣ, какъ будто бы онъ дѣйствительно получилъ всѣ деньги). Если же онъ хочетъ смотрѣть на вещь такъ, какъ будто требованіе съ самаго начала было направлено на доставленіе этого другого объекта и сообразно этому имѣетъ въ виду частичное удовлетвореніе своего требованія, то это легко можетъ повести ко вреду залогодателя потому, что вырученное отъ продажи вещи, принятой въ уплату можетъ не достигать суммы требованія противъ должника залогодателя. Такое стѣсненіе правъ залогодателя очевидно не можетъ быть допускаемо безъ его согласія. Гораздо болѣе основанія залогодателю самому искать по денежному требованію со своего должника, которому, само собою разумѣется, противъ недобросовѣстнаго кредитора принадлежит *ex. causa data, causa non secuta*. Поэтому, очевидно, что должникъ залогодателя не долженъ соглашаться на различнаго рода трансакціи съ залогопринимателемъ безъ привлеченія залогодателя. Если, напротивъ, требованіе противъ должника залогодателя шло не на деньги, но на доставленіе

другихъ вещей, то принятіе денегъ въ уплату долга точно также не дѣйствительно въ отношеніи залогодателя, потому что послѣдній имѣетъ право требовать, чтобы вещь, имѣющая быть доставленной должникомъ залогодателя, была продана по принципамъ закладнаго права. Если залогоприниматель заключить съ должникомъ залогодателя договоръ о новации обязательства, то договоръ этотъ не касается требованія залогодателя, если только онъ не заключенъ въ виду перваго случая, т. е. въ смыслѣ доставленія вмѣсто уплаты. Если же кредиторъ взыскиваетъ задолженную сумму вполнѣ или частью, то уплата эта имѣетъ въ отношеніи залогодателя то же дѣйствіе, какъ если бы она исходила изъ новированной причины долга. Мирова сдѣлка между залогопринимателемъ и должникомъ залогодателя — для залогодателя должна быть признана не обязательною. Она можетъ стать обязательною, лишь въ случаѣ ея одобренія со стороны залогодателя. Отсюда слѣдуетъ, что напримѣръ, въ конкурсномъ процессѣ кредиторъ можетъ подать голосъ по вопросу о компромиссѣ съ должникомъ залогодателя не иначе, какъ съ согласія залогодателя. Тѣ же принципы должны имѣть мѣсто и тогда, когда идетъ рѣчь о значеніи, для отношеній между должникомъ залогодателя и залогодателемъ, диспозицій, касательно долговыхъ требованій предпринимаемыхъ залогопринимателемъ въ процессѣ.

Нѣтъ никакого основанія оправдывать, напримѣръ, компромиссъ предъ судомъ или придавать отказу отъ притязанія въ процессѣ значеніе другое, нежели то, которое имѣютъ подобнаго рода диспозиціи, когда онѣ совершаются не въ процессѣ. Оба рода диспозицій должны быть признаны касающимися лишь требованія залогопринимателя, но не самостоятельнаго права залогодателя.

Точно также, отказъ въ искѣ залогопринимателя, по причинѣ отсутствія уполномоченія къ требованію уплаты, не содержащій въ себѣ рѣшенія вопроса о существованіи

долга можетъ имѣть для залогодателя столь же мало значенія, какъ если бы отказъ въ искѣ основывался на признаніи, напримѣръ, недействительности самой закладной сдѣлки ¹⁾.

Личное отношеніе между залогопринимателемъ и залогодателемъ.

Цѣлью предшествующаго изложенія было изслѣдованіе специфическихъ дѣйствій заклада долговыхъ требованій, структуры права требованія, создаваемого разбираемой сдѣлкой. Для общаго заключенія необходимо нѣсколько ближе рассмотреть еще личные обязательственные отношенія, которыя возникаютъ въ разбираемомъ случаѣ заклада между залогопринимателемъ и залогодателемъ и осуществляются посредствомъ *act. pignoratitia directa* и *act. pign. contraria*.

Посредствомъ *a. pignorat. directa* при вещномъ закладномъ правѣ, какъ извѣстно, преслѣдуется обязанность залогопринимателя на возвращеніе залога, по погашеніи долга или на выдачу могущаго случиться излишка, въ случаѣ продажи заложенной вещи. Это имѣетъ силу и въ случаѣ заклада долговыхъ требованій, съ тою лишь модификаціей, что когда залогоприниматель не взыскивалъ еще по заложенному ему

¹⁾ Вопросъ о томъ, на кого падаютъ въ подобномъ процессѣ издержки—на залогодателя или на должника залогодателя, рѣшается смотря по тому, уполномоченъ ли былъ кредиторъ, ко времени вчиненія иска, требовать уплаты отъ своего личнаго должника. Если должникъ залогодателя медлилъ, то и процессуальныя издержки падаютъ на него. Но если обезпеченное требованіе осуществляется ранѣ наступленія срока взысканія по обезпечивающему требованію, то указанные издержки долженъ нести залогоприниматель.

требованію, то можетъ быть рѣчь лишь о возвращеніи долговаго документа; когда же залогоприниматель удовлетворяется залогодателемъ послѣ осуществленія заложенного требованія, направленнаго не на деньги, то должна имѣть мѣсто не реституція, но традиція вещей доставленныхъ должникомъ залогодателя. Посредствомъ *act. pign. directa* можетъ быть требуемо также возмѣщеніе вреда, наступившаго, по винѣ залогопринимателя:

venit autem in hac actione dolus, et culpa, ut in commodato...¹⁾.

Впрочемъ положеніе это имѣетъ важное практическое значеніе въ области вещнаго закладнаго права; въ нашемъ же случаѣ, гдѣ вмѣсто передачи заложенного объекта возможно лишь врученіе долговаго документа, заботливость можетъ имѣть мѣсто только въ отношеніи сохраненія тѣхъ вещей, которыя доставлены залогопринимателю по заложенному ему требованію. Промедленіе же взысканія по заложенному требованію обязываетъ залогопринимателя къ возмѣщенію наступившихъ убытковъ столь же мало, какъ и упущеніе продажи залога. Въ отношеніи обоихъ актовъ залогоприниматель имѣетъ право, но не обязанность. Должникъ, а не кредиторъ долженъ заботиться о добываніи денегъ, необходимыхъ для погашенія долга, и значило бы потворствовать промедленію, если бы мы захотѣли признать за должникомъ право требовать возмѣщенія убытковъ въ томъ случаѣ, когда вещь, которую кредиторъ прежде могъ продать напр. за 100, теперь можетъ быть продана лишь за 75 или когда отъ должника залогодателя, имущественное положеніе котораго ухудшилось за время промедленія со стороны взыскателя, не можетъ быть тре-

¹⁾ 1. 13. § 1. D. de pign. act. 13. 7.

буема вся сумма его долга. Противъ подобныхъ притязаній залогодателя, залогоприниматель можетъ выступить съ вполне законнымъ возраженіемъ, что убытокъ произошелъ вслѣдствіе неисполненія обязанности залогодателя; залогоприниматель же вовсе не обязанъ, путемъ выполненія своего права отстранять отъ залогодателя тотъ вредъ, въ которомъ онъ самъ виноватъ.

Эту безспорную истину мы находимъ подтвержденною (для вещнаго закладнаго права) въ 1. 6. pr. D. de pign. act. 13. 7:

«Quamvis convenerit, ut fundum pignoratitium tibi vendere liceret, nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is, qui pignus dederit, quia tua causa id caveatur... invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est.

При полной одинаковости личнаго юридическаго отношенія между залогопринимателемъ и залогодателемъ, какъ при вещномъ закладномъ правѣ, такъ и при закладѣ долговыхъ требованій, очевидно, что указанное положеніе должно быть признано имѣющимъ силу и при *pignus nominis*.

Разъ же кредиторъ осуществляетъ закладное право, то онъ долженъ дѣлать это со всею дилigenціею. Поэтому, напримѣръ, при продажѣ заложенной вещи онъ обязанъ или своевременно и сполна взыскивать покупную цѣну или возмѣстить убытокъ, возникающій вслѣдствіе промедленія¹⁾. Основаніе этого положенія заключается, очевидно, въ томъ, что кредиторъ, вслѣдствіе продажи заложенной вещи, прекращаетъ собственность залогодателя. Послѣдній же за то, что онъ освобождается отъ своего долга, вслѣдствіе принятія кредиторомъ вырученной суммы, долженъ получить со-

¹⁾ Ср. 1. 24. § 2. 1. 42. D. de pign. act. 13. 7.

отвѣтствующій эквивалентъ, онъ не долженъ терять вещь и оставаться обязаннымъ въ отношеніи кредитора, послѣ уплаты также, какъ и до нея. А такъ какъ осуществленіе требованія есть, въ сущности, то же, что и продажа его, то несомнѣнно, что и при взысканіи заложенного требованія, кредиторъ долженъ поступать со всею заботливостью и отвѣчать за всякій недостатокъ, который влечетъ убытокъ для залогодателя.

Что касается до обязанностей залогодателя, то здѣсь должно имѣть въ виду слѣдующее. Залогоприниматель имѣетъ притязаніе на выдачу долговаго документа, если послѣдній не переданъ ему уже въ моментъ заклада, а владѣніе указаннымъ документомъ необходимо для осуществленія требованія. Важнѣе, однако, вопросъ о томъ, кто долженъ нести издержки процесса въ случаѣ безуспѣшной экзекуціи противъ должника залогодателя. Если закладное право основывается на договорѣ, то должно признать, что должникъ при закладѣ требованій также какъ и при закладѣ вещей беретъ на себя гарантію законности закладываемой собственности, гарантію, что закладываемое требованіе не только дѣйствительно существовать, но и можетъ быть осуществляемо; при этомъ по аналогіи съ I. 16. § 1. D. de pign. act. 13. 7. онъ отвѣчаетъ за издержки кредитора вслѣдствіе безуспѣшнаго процесса, даже и тогда, когда онъ не зналъ объ обстоятельствахъ, обусловливающихъ этотъ процессъ. Если же, напротивъ, основаніемъ заклада требованія служить удержаніе въ закладѣ, то само собою разумѣется, что указанный принципъ не можетъ быть рѣшающимъ потому, что кредиторъ можетъ велѣть удерживать въ закладѣ мнимое требованіе своего должника совершенно односторонне и произвольно. Такимъ образомъ, необходимо признать, что осужденный должникъ долженъ нести издержки лишь на столько, на сколько послѣднія были нужны для цѣлесообразнаго осуществленія права залого-

принимателя. Рѣшающими должны быть признаны обстоятельства даннаго конкретнаго случая. Соотвѣтствующее же объявленіе о спорѣ доставляетъ залогопринимателю, съ одной стороны—основаніе для защиты противъ *act. pignericia directa*, а съ другой—основаніе для *act. pignericia contraria*.

6. Способы прекращения pign. пом.

Основания прекращения отношений, возникающих вследствие залога долговых требований могут быть сведены къ двумъ категориямъ. Одна изъ нихъ обуславливается причинами прекращения правъ вообще, другая—причинами, вытекающими изъ особаго содержанія правъ требованія, возникающихъ, вследствие залога требований ¹⁾. Различіе въ структурѣ права требованія, какъ личнаго права относительно должника залогодателя и вещнаго залогодателя права какъ вещнаго права относительно чужой вещи обуславливаетъ различіе и въ разсматриваемомъ отношеніи.

1. Что касается до первой категоріи указанныхъ оснований прекращенія, то несомнѣнно, что они одинаковы съ основаниями прекращенія личныхъ правъ вообще. Вытекающіе изъ залога долговыхъ требований отношенія могутъ, слѣдовательно, прекращаться, вследствие погашенія долга лежащаго на залогодатель, на основаніи компен-

¹⁾ Ср. Huschke, de pign. пом. с. IV. Dernburg, Pfandr. I. стр. 473. Hellwig, Verpf. стр. 234.

заціи, конфузій, давности, прощенія. Особыхъ замѣчаній нужны лишь относительно послѣдняго изъ указанныхъ оснований прекращенія. Изъ ученія о вещномъ залогомъ правѣ извѣстенъ споръ о томъ, можетъ ли залогоприниматель прекратить свое вещное право односторонне или только чрезъ отреченіе, сопровождаемое акцептаціей. Сомнѣніе, возникающее въ случаѣ вещнаго залогодателя изъ того, что здѣсь нѣтъ лица специально обязаннаго не можетъ имѣть мѣсто въ нашемъ случаѣ. Одностороннее прекращеніе личнаго права противъ должника залогодателя невозможно. При вопросѣ о томъ, передъ кѣмъ долженъ быть объявленъ отказъ отъ своихъ правъ и кѣмъ онъ долженъ быть принятъ, въ нашемъ случаѣ, очевидно, не можетъ быть сомнѣнія, что отказъ залогопринимателя отъ взысканія съ должника залогодателя сохраняетъ за залогодателемъ и его наслѣдниками возможность осуществлять свое долговое требованіе бывшее прежде заложенымъ. Но какъ—если залогоприниматель прощаетъ долгъ залогодателю? Хотя мы и должны считать нормальной формой—объявленіе самому залогодателю, сопровождаемое соотвѣтствующею съ его стороны акцептаціей, но этимъ еще не рѣшается вопросъ о томъ, имѣетъ ли законное дѣйствіе отказъ необъявленный залогодателю или его наслѣднику. Залогоприниматель стоитъ на ряду съ указанными лицами. Права ихъ и права залогопринимателя хотя и различны относительно выполненія, тѣмъ не менѣе, одинаковы по своему содержанію, отсюда несомнѣнно, что разбираемый случай отказа долженъ быть признанъ дѣйствительнымъ, т. е. прекращающимъ право залогопринимателя, отказывающагося отъ взысканія съ залогодателя.

2. Основанія второй категоріи суть: погашеніе обезпечиваемаго требованія и продажа заложеннаго требованія. Что же касается до давности, то хотя она и совершенно

прекращаетъ обязательства и не оставляетъ даже натуральной обязанности, тѣмъ не менѣе извѣстно, что при вещномъ закладномъ правѣ, римское право признавало, что закладное право не прекращается вслѣдствіе прекращенія по давности личнаго требованія. То же должно признать и при закладѣ долговыхъ требованій.

ОТДѢЛЪ II.

Вопросъ о закладѣ долговыхъ требованій въ современномъ правѣ.

1. Постановка вопроса въ современномъ правѣ.

Мы видѣли выше, что римляне, мало по малу, пришли къ разсмотрѣнію требованій въ качествѣ объектовъ заклада. Но мы видѣли также, что идея *pignus nominis* далеко не получила у нихъ полного развитія. Хотя торговля была развита уже и у римлянъ ¹⁾, но они не знали той концентраціи и циркуляціи капиталовъ, которыя съ такимъ успѣхомъ практикуются въ современной жизни. И этому нельзя нисколько удивляться, потому что римлянамъ оставались неизвѣстными могущественныя пружины современнаго общества: ассоціаціи капиталовъ, абстракціи личностей и различнаго рода цѣпныя бумаги, которыя, вслѣдствіе крайней своей подвижности, столь удобны для мѣны и вообще всякаго рода обращеній. У римлянъ существовали

¹⁾ Ср. Tit. Liv. II. 27.

лишь одни именные документы, имъ были чужды формации кредитныхъ цѣнностей позднѣйшаго времени и въ виду этого, примѣненіе заклада къ долговымъ требованіямъ являлось весьма ограниченнымъ. Напротивъ того, стоя на почвѣ указанныхъ новыхъ формаций, какъ объектовъ различнаго рода сдѣлокъ, современный институтъ заклада долговыхъ требованій, развившійся все же согласно первоначальной идеѣ римскаго *pignus nominis*, получаетъ въ современномъ правѣ регламентацію гораздо болѣе опредѣленную. На ряду съ указанными объектами новой формации, во многихъ современныхъ законодательствахъ совершенно иначе, нежели по римскому праву, разрѣшается вопросъ о процессуальномъ удержаніи въ закладъ долговыхъ требованій, принадлежащихъ отвѣтчику ¹⁾.

Удержаніе требованій въ закладъ въ современномъ правѣ стоитъ, по справедливому замѣчанію Гельвига ²⁾, какъ бы на серединѣ между матеріальнымъ гражданскимъ правомъ и правомъ процессуальнымъ, почему и не изслѣдуется надлежащимъ образомъ ни цивилистами, ни процессуалистами.

Спеціальныя особенности современной регламентаціи вопроса объ удержаніи требованій въ закладъ проявляются особенно наглядно въ вопросѣ о способахъ установленія *pignus nominis*. Въ то время, какъ по римскому праву,

¹⁾ Въ литературѣ вопросъ объ удержаніи въ закладъ долговыхъ требованій по современному праву подвергался разсмотрѣнію весьма рѣдко. Во французской литературѣ объ указанномъ вопросѣ почти не говорится вовсе. Въ нѣмецкой же, за послѣднее время вопросъ этотъ подвергнутъ подробному изслѣдованію въ сочиненіи Гельвига (*Verpf. n. Pf. v. Ford.*). Въ виду этого, я и останавливаюсь въ ниже помѣщаемомъ изслѣдованіи вопроса объ удержаніи въ закладъ долговыхъ требованій по современному праву, главнымъ образомъ, на разсмотрѣніи соответствующихъ положеній С. Пр. О.

²⁾ *Verpf. Vorw.* стр. IX.

согласно выше сдѣланнымъ указаніямъ, вслѣдствіе удержанія въ закладъ требованія, закладнаго права на послѣднемъ вовсе не возникало—въ современномъ правѣ мы замѣчаемъ совершенно иное. Помимо теоретическаго интереса, вопросъ объ удержаніи въ закладъ долговыхъ требованій представляетъ интересъ еще и по своей практической важности.

2. Современные кодификации.

Законодательство германское.

Разсмотримъ рѣшеніе, которое разбираемый нами институтъ нашелъ въ прусскомъ Allg. Landrecht ¹⁾. Новѣйшія учения обработки германскаго права касаются института залога долговыхъ требованій весьма мало ²⁾.

Самое лучшее, поэтому, обратиться къ непосредственному разсмотрѣнію законодательства.

По Allg. Landrecht закладъ долговыхъ требованій не считается истиннымъ закладнымъ правомъ. Такой взглядъ обуславливается тѣмъ, что Allg. Landrecht (Th. 1. Tit. 20), исходя въ общемъ изъ понятія о закладномъ правѣ, какъ вещномъ правѣ на чужой вещи, удовлетвореніи изъ ея субстанции, имѣть въ виду это понятіе постоянно, когда трактуешь объ

¹⁾ Оставляя въ сторонѣ рѣшеніе разбираемаго вопроса партикулярными германскими законодательствами, въ виду отсутствія въ указанныхъ законодательствахъ какихъ либо интересныхъ особенностей, отсылаемъ желающихъ ознакомиться съ ними къ книгѣ Roth, d. Privatr. B. III. стр. 734 и сл.

²⁾ Ср. Учебн. прус. пр. Förster 3 A. III. стр. 375, 376; Dernburg I. § 361.

установленіи залога ¹⁾; о дѣйствіяхъ закладнаго права ²⁾; о продажѣ залога ³⁾ и наконецъ—въ §§ 272—280, 299—389—о закладѣ движимостей, «безъ тѣлесной ихъ передачи».

Въ этомъ послѣднемъ Abschnitt, въ §§ 281—298, говорится и о закладѣ ausstehend. Forderungen. Несомнѣнно однако, что установленное въ A. L. R. понятіе закладнаго права не можетъ быть признаваемо возникающимъ при юридическомъ отношеніи, порождаемомъ закладомъ требованія, такъ какъ несомнѣнно, что о «символической передачѣ» (symbolische Uebergabe) ⁴⁾ требованій не можетъ быть рѣчи, по крайней мѣрѣ, если въ указанной передачѣ должно видѣть болѣе, чѣмъ простую рубрику, подъ которую можно подводить самыя разнородныя вещи. Въ случаяхъ, которые A. L. R. относитъ къ указанному понятію символической передачи, идетъ рѣчь о вещахъ, которыхъ реальная передача допустима, но является практически невозможною in concreto. Символичность замѣняетъ здѣсь истинную передачу. Въ отношеніи же требованій передача совершенно немыслима и потому она не можетъ быть возмѣщена и символическимъ дѣйствіемъ. Между тѣмъ, другія опредѣленія разбираемаго закона указываютъ совершенно ясно, что при закладѣ долговыхъ требованій мы имѣемъ дѣло съ юридическимъ отношеніемъ существенно отличающимся отъ юридическаго отношенія при вещномъ закладномъ правѣ. Стоитъ лишь обратить вниманіе на § 297 (A. L. R.), согласно которому если закладъ сдѣлался извѣстнымъ должнику залогодателя, то

¹⁾ §§ 6—10.

²⁾ §§ 21—24.

³⁾ §§ 197—222.

⁴⁾ Которая согласно § 271 (A. L. R. I. 20.) примѣняется въ случаѣ залога такихъ предметовъ, владѣніе которыми не можетъ быть передаваемо.

между послѣднимъ и залогопринимателемъ возникаетъ отношеніе, подобное отношенію между debitor cessus и цессіонаромъ ¹⁾. Если мы примемъ во вниманіе указаніе § 402: «вслѣдствіе цессіи новый владѣлецъ вступаетъ во всѣ уступленныя права и связанныя съ ними обязанности цедента», и свяжемъ съ этимъ опредѣленіе § 282, согласно которому залогодатель хотя и остается собственно—кредиторомъ, тѣмъ не менѣ должникъ залогодателя не освобождается передъ залогопринимателемъ вслѣдствіе уплаты залогодателю, то мы должны будемъ придти къ несомнѣнному заключенію, что вслѣдствіе заклада долговаго требованія, съ одной стороны, основывается сукцессія въ правѣ требованія, а съ другой, право залогодателя не прекращается, но лишь ограничивается въ своемъ осуществленіи противъ должника залогодателя.

Мы имѣемъ такимъ образомъ въ A. L. R., по выраженію Гельвига ²⁾, указаніе на понятіе кооптирующей цессіи.

Между долговыми требованіями, какъ предметомъ закладнаго права, A. L. R. различаетъ документальныя долговыя требованія (§§ 281, 286), закладываніе которыхъ сопровождается передачей залогопринимателю соответствующихъ документовъ (причемъ закладываніе «Banknoten», «Pfandbriefe» и другихъ бумагъ на предъявителя можетъ сопровождаться фактическою передачею соответствующаго документа) ³⁾, и такія долговыя требованія, о которыхъ не существуетъ никакихъ документовъ.

Другое различіе долговыхъ требованій основывается на различіи въ предметахъ доставленія по этимъ требованіямъ ⁴⁾. Третье различіе долговыхъ требованій обуслови-

¹⁾ Ср. A. L. R. I. XI. §§ 402 и сл.

²⁾ Verpf. стр. 65.

³⁾ § 286.

⁴⁾ § 290.

вается занесеніемъ долговыхъ требованій въ ипотечную книгу. При закладываніи, такъ называемыхъ, «ипотечныхъ» требованій соблюдаются общія правила, касательно ихъ цессіи ¹⁾. Въ случаѣ необходимости, соответствующихъ записей и отмѣтокъ въ особыхъ книгахъ, расходы по такимъ записямъ и отмѣткамъ производятся за счетъ залогодателя ²⁾. Для дѣйствительности заклада требованій, A. L. R. требуетъ: во-первыхъ, письменнаго объявленія залогодателя о своемъ намѣреніи; во-вторыхъ, выполненія соответствующихъ формальностей между залогодателемъ и залогопринимателемъ и въ-третьихъ, принятія мѣръ, которыя должны вызвать дѣйствіе вещнаго права противъ третьихъ лицъ, поставивъ послѣднихъ въ извѣстность о совершившемся закладѣ ³⁾. При закладываніи не документальныхъ требованій, по общему правилу, необходимо надлежащее о томъ объявленіе должнику залогодателя ⁴⁾.

Впрочемъ, при закладываніи долговаго требованія, предметъ котораго есть извѣстный капиталъ, денунціация должнику залогодателя, хотя и совѣтуется («rathsam»), но необходимо не признается ⁵⁾. Въ случаѣ же, если, вмѣстѣ съ требованіемъ извѣстнаго капитала, закладываются и проценты по этому требованію, то соответствующее извѣщеніе должника залогодателя признается необходимымъ и притомъ должнымъ быть совершеннымъ самимъ залогодателемъ ⁶⁾.

Что касается юридическихъ послѣдствій заклада требованій, то общимъ правиломъ, A. L. R., является положеніе, что должникъ залогодателя не имѣетъ ни права, ни обязан-

¹⁾ §§ 285, 511.

²⁾ § 517.

³⁾ §§ 106—108, 272—274.

⁴⁾ § 288.

⁵⁾ § 283.

⁶⁾ § 284.

ности уплачивать свой долг, без соответствующаго указанія залогодателя или судебного рѣшенія ¹⁾. При закладѣ документальнаго требованія, уплата долга залогодателю, безъ полученія заложеннаго документа, не освобождаетъ должника отъ ответственности передъ залогопринимателемъ ²⁾. Относительно же взысканія залогопринимателя по заложенному ему требованію, А. Л. Р. содержитъ лишь указаніе, что названное взысканіе можетъ быть осуществляемо только тогда, когда залогоприниматель становится уполномоченнымъ продать закладъ ³⁾. Въ виду раздѣленія долговыхъ требованій на денежныя и такія, предметъ которыхъ составляютъ какія либо вещи («Naturalien oder andere Sachen») ⁴⁾, залогоприниматель можетъ становиться въ различное положеніе къ предмету, доставляемому по заложенному требованію. Въ отношеніи вещей, доставленныхъ по заложенному требованію, залогоприниматель долженъ быть признанъ приобретающимъ права обыкновеннаго залогопринимателя при закладѣ вещей ⁵⁾. По желанію, однако, залогоприниматель можетъ получить и уплату долга изъ вышеназванныхъ предметовъ доставленія ⁶⁾. Въ такомъ случаѣ должны быть соблюдаемы всѣ правила касательно отчужденія залога, причемъ при зачетѣ долга, въ случаѣ если предметомъ заложеннаго требованія являются вещи, мѣняющіяся въ цѣнѣ (каковы зерновой хлѣбъ и т. под.) — самый расчетъ долженъ быть сдѣланъ по среднимъ рыночнымъ цѣнамъ ⁷⁾. Въ заключеніе положеній о юридическихъ послѣдствіяхъ заклада долговыхъ требованій,

¹⁾ § 296.

²⁾ § 282.

³⁾ § 289.

⁴⁾ § 290.

⁵⁾ Тамъ же.

⁶⁾ § 291.

⁷⁾ § 292.

А. Л. Р. указываетъ ¹⁾, что залогоприниматель можетъ закладывать заложенное ему требованіе, причемъ новое закладываніе должно быть совершаемо, съ соблюденіемъ всѣхъ правилъ, установленныхъ для заклада долговыхъ требованій вообще ²⁾. Въ противоположность Allg. Landrecht — Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuch касается лишь вопроса о закладѣ требованій, имѣющихъ форму документа ³⁾.

Прилагая къ закладыванію названныхъ требованій принципы вещнаго закладнаго права, Allg. Deutsch. Handelsgesetzb. создаетъ особую систему закладыванія требованій, содержащихся въ, такъ называемыхъ, «Ordrepapiere». При закладываніи послѣднихъ требуется, между прочимъ, непременно передача индоссированной бумаги. Указанныя въ гражданскихъ законахъ формальности, по поводу установленія заклада (Faustpfand), согласно Art. 309 (Allg. Deutsch. Handelsgesetzbuch), не обязательны, когда между купцами устанавливается, — ради обезпеченія требованія, вытекающаго изъ двустороннихъ сдѣлокъ, — закладное право на движимости, на «Papiere auf Inhaber» или на бумаги которыя могутъ быть передаваемы, посредствомъ индоссамента («Indossament») ⁴⁾. Въ указанныхъ случаяхъ, на ряду

¹⁾ § 511.

²⁾ 294.

³⁾ Allg. D. H. G. B. Art. 305, 309.

⁴⁾ А посредствомъ индоссамента, какъ указываетъ Art. 302 (Allg. D. H. G. B.), могутъ быть передаваемы: «Konnossemente der Seeschiffer und Ladescheine der Frachtführer, Auslieferungsscheine (Lagerscheine, Warrants) über Waaren oder andere bewegliche Sachen, welche von einer zur Aufbewahrung solcher Sachen staatlich ermächtigten Anstalt ausgestellt sind, ferner Bodmeribriefe und Seeasssekuranzpolizen... wenn sie an Order lauten». Причемъ, путемъ названнаго индоссамента, на индоссатара переходятъ

съ простымъ соглашеніемъ («*einfache Vereinbarung*») о закладѣ, достаточно: 1) въ отношеніи движимостей и «*Papiere auf Inhaber*» — передачи кредитору владѣнія, по общимъ правиламъ гражданского права, касательно установленія «*Faustpfand*»; 2) въ отношеніи же бумагъ, которыя могутъ быть передаваемы, не иначе какъ посредствомъ индоссамента — достаточно передачи индоссированной бумаги ¹⁾. Если, говорится въ Art. 310 Allg. Deutsch. Handelsgesetzb., такъ называемый, «*Faustpfand*» въ обезпеченіе требованія, основаннаго на двустороннихъ торговыхъ сдѣлкахъ установленъ письменно, то залогоприниматель можетъ, въ случаѣ просрочки залогодателя получить соотвѣтствующее удовлетвореніе изъ заклада, немедленно, помимо всякаго иска; залогоприниматель обязанъ въ данномъ случаѣ заручиться лишь соглашеніемъ («*Bewilligung*») торговаго суда («*Handelsgericht*»). По распоряженію названнаго суда, производится продажа заложеннаго предмета, помимо какихъ бы то ни было объясненій съ должникомъ, за отвѣтственностью кредитора. О продажѣ заложеннаго предмета залогоприниматель обязанъ, по возможности («*soweit es thunlich*»), извѣстить должника.

Въ случаѣ упущенія указаннаго извѣщенія («*Anzeige*») кредиторъ обязывается вознаградить за причиненные такимъ упущеніемъ убытки.

дять, согласно Art. 303 (Н. Г. В.), всѣ права по индоссироваемой бумагѣ.

¹⁾ Параллельно закладному праву на долговыхъ требованіяхъ, устанавливаемому посредствомъ взаимнаго между контрагентами соглашения, въ Art. 313 (Н. Г. В.) указывается право кредитора на задержаніе («*Zurückbehaltungsrecht*», «*Retentionsrecht*») всѣхъ движимостей и «*Werthpapiere*» должника, по поводу срочныхъ требованій на должникѣ, основанныхъ на двустороннихъ торговыхъ сдѣлкахъ. Ср. Art. 374 (Н. Г. В.).

Для осуществленія продажи, — доказывать фактъ извѣщенія должника не требуется ¹⁾.

¹⁾ Ср. Entsch. d. R. Gerichts in Civilsach. B. X. № 53, 71; B. XXIII. № 57. Entsch. d. O. Trib. B. XV. стр. 404. Entsch. d. O. Н. Г. В. XI. № 112. Striethorst, Arch. B. XLIV. стр. 119. Seuffert, Arch. B. XXIII. стр. 114.

Въ проектѣ новаго германскаго Гражданскаго Уложенія, изданномъ въ 1888 г. (Entw. e. b. g. B.f. d. D. R.), специально вопросу о закладѣ долговыхъ требованій, посвящено десять параграфовъ (1217—1226) четвертаго титула («*Pfandrecht an Rechten*») третьей книги, носящей общее заглавіе «*Sachenrechte*». Въ третьемъ томѣ «*Мотивовъ*» (Motive) къ названному проекту на страницахъ 860 — 869, помѣщены весьма цѣнные разъясненія. Прежде всего, необходимо замѣтить, что указанный проектъ (§ 1226) выделяетъ совершенно въ особую группу, такъ называемыя, бумаги на предъявителя («*Inhaberpapiere*»), признавая въ отношеніи послѣднихъ, какъ увидимъ ниже, обязательными весьма многія положенія, установленныя относительно заклада движимыхъ вещей. Между прочими долговыми требованіями, какъ объектами закладнаго права, проектъ различаетъ разные виды требованій, въ зависимости отъ предмета доставленія по этимъ требованіямъ. Такъ въ § 1219 указывается на требованія, предметомъ доставленія по которымъ является извѣстный участокъ земли («*Grundstück*») и на денежныя требованія («*Geldforderungen*»); причемъ, специально объ установленіи закладнаго права на векселяхъ и другихъ бумагахъ, которыя передаются, посредствомъ индоссамента, говорится въ § 1225. Въ § 1220 разбирается случай, когда закладываются требованія, предметъ доставленія по которымъ есть извѣстная движимость («*eine bewegliche Sache*»). Въ § 1224 говорится о, такъ называемыхъ, «*Eigentümerhypothek*» и «*Grundschuld*». Въ отношеніи опредѣленія самаго понятія заклада долговыхъ требованій, проектъ отвергаетъ возвращеніе на закладъ требованія, какъ на условную или ограниченную цессию этого требованія.

Основная мысль проекта та, что кредиторомъ при закладѣ долговаго требованія остается то лицо, чье требованіе закладывается.

Переходя къ разсмотрѣнію положеній С. Пр. О., не лишнее сказать нѣсколько словъ о прусскомъ законѣ

Ограничивается лишь право распоряженія. Право же распоряженія залогопринимателя при закладѣ долговыхъ требованій есть право распоряженія чужимъ имущественнымъ объектомъ («ein Recht der Verfügung über einen fremden Vermögensgegenstand»). Способы установленія заклада долговыхъ требованій, согласно разбираемому проекту, видоизмѣняются, смотря по предмету сдѣлки при закладѣ долговыхъ требованій. Указанное выше, раздѣленіе требованій, смотря по предмету ихъ доставленія, служитъ соответствующимъ къ тому основаніемъ. Въ отношеніи выдѣляемыхъ, какъ указано выше, совершенно въ особую группу долговыхъ требованій—бумагъ на предъявителя, вопросъ объ установленіи на нихъ закладнаго права, равно какъ и его прекращеніи рѣшается, согласно § 1226 разбираемаго проекта, по предписаніямъ объ установленіи и прекращеніи закладнаго права, относительно движимыхъ вещей. Въ отношеніи прочихъ видовъ долговыхъ требованій, положенія объ установленіи и прекращеніи закладнаго права имѣются въ §§ 1217, 1219 и др., причемъ заботы, по поводу соблюденія различныхъ соответствующихъ формальностей, лежатъ на залогопринимателѣ (§ 1219). Специальный вопросъ о прекращеніи заклада долговыхъ требованій, кромѣ заклада бумагъ на предъявителя, рѣшается разбираемымъ проектомъ, въ связи съ рѣшеніемъ вопроса о юридическихъ послѣдствіяхъ заклада долговыхъ требованій (§ 1226). По вопросу о соответствующей денунціи должнику залогодателя, проектъ говорить, по поводу вопроса о юридическихъ послѣдствіяхъ заклада долговыхъ требованій (§ 1211, 1225). Такъ залогоприниматель, взыскивающий все заложенное ему требованіе или часть онаго, долженъ уведомить кредитора по этому требованію, т. е. залогодателя. По наступленіи срочности заложенного долговаго требованія залогодатель, равно какъ и залогоприниматель могутъ требовать другъ отъ друга содѣйствія ко взысканію по заложенному требованію. Должникъ же по заложенному требованію обязанъ извѣстнымъ доставленіемъ лишь совмѣстно—залогодателю и залогопринимателю (§ 1217). При этомъ, въ случаѣ наличности взысканій, какъ залого-

1822 г., который былъ во многихъ отношеніяхъ прототипомъ С. Пр. О. Извѣстно, что согласно Allg.

дателя такъ и залогопринимателя, отъ должника залогодателя можетъ быть требуемо извѣстное доставленіе или обоимъ взыскателямъ совмѣстно или депонированіе предмета доставленія третьему лицу («einem gerichtlich zu bestellenden Verwalter») (§ 1217). Въ «Мотивахъ» (В. III. стр. 860) къ разбираемому проекту, упоминается, кромѣ того, объ особомъ видѣ секвестраціи требованія («eine Art von Sequestration der Forderung») какъ «Zwischenstadium» до наступленія полномочія залогопринимателя реализовать заложенное ему требованіе. Тамъ же указываются случаи, когда предметъ доставленія не способенъ къ публичному депозиту («zur öffentlichen Hinterlegung»). Въ особыхъ, впрочемъ, случаяхъ (Entw. § 1218), залогоприниматель можетъ денунцировать («kündigen») и взыскивать («einziehen») по заложенному ему требованію и безъ содѣйствія залогодателя. Предусматривая возможность закладыванія долговаго требованія нѣсколькими лицами, проектъ (§ 1218) замѣчаетъ, что уполномоченнымъ долженъ считаться тотъ, чье право установлено равнѣ («dessen Pfandrecht den übrigen Pfandrechten vorgeht»). Въ случаѣ соответствующаго взысканія, со стороны залогопринимателя, послѣдній прибрѣтаетъ закладное право, въ отношеніи предмета, доставленнаго по заложенному требованію (§ 1219). Впрочемъ, юридическія отношенія залогопринимателя къ предмету доставленія по заложенному ему требованію видоизмѣняются, смотря по предметамъ заложенного требованія (§ 1219). Такъ, если предметомъ доставленія является участокъ земли («Grundstück»), то залогоприниматель можетъ требовать установленіе соответствующей «Sicherungshypothek». Если же взыскивается по какому либо денежному требованію («Geldforderung»), то залогоприниматель получаетъ соответствующее удовлетвореніе, какъ бы непосредственно отъ должника залогодателя (§ 1219). Совпаденіе заложенного права требованія и обязанности доставленія, въ одномъ лицѣ (конфузія), согласно § 1223, не можетъ вредить залогопринимателю. Замѣтивъ, что право залогопринимателя на осуществленіе заложенного требованія (§ 1218) видоизмѣняется

Ger. O. ¹⁾, суду предоставлялось, по указанию кредитора, налагать запрещение (Arrestatorium) на требования должника и препятствовать (Inhibitorium) уплате должника по требованию — неисправному должнику вышеупомянутого кредитора. В то же время указывали, что уплата по требованию должна быть произведена новому кредитору. Если однако должник по требованию не уплачивал добровольно, то вчинять иск мог лишь первоначальный кредитор. В исключительных, впрочем случаях требование могло быть передаваемо новому кредитору, но все-таки не для взыскания, а вместо уплаты. Недостатки такого порядка очевидны. Кредитор, который не желал принять требование вместо уплаты ставился, относительно взыскания требования, в полную зависимость от добросовестности своего должника. Этому неудобству и должен был помочь закон 1822 г. Последний

в зависимости от вида заложенного долгового требования (Ср. Motive B. III. стр. 861), разбираемый проект, хотя и признает за залогопринимателем право продажи заложенного требования, тем не менее обставляет осуществление этого права известными формальностями, в виде запрещенія частной продажи заложенного требования («Privatverkauf»). (Motive B. III. стр. 861). Специальные положенія существуют в отношеніи реализаціи залогового права на долговомъ требованіи въ случаѣ если предметомъ залога являются известнаго рода кредитныя бумаги. Такъ, согласно § 1226 (Entw.) залогоприниматель, при наступленіи соответствующихъ условій можетъ, для реализаціи своего залогового права, продать заложенные ему бумаги, имѣющія известную биржевую или рыночную цѣну не иначе, однако, какъ по курсовой цѣнѣ. Если же заложенные бумаги, ко времени реализаціи залогового права, являются срочными («fallig»), то залогоприниматель можетъ произвести по нимъ соответствующее взысканіе (§ 1226).

¹⁾ I. Tit. 24. § 101—105.

допустилъ ¹⁾, чтобы новый кредиторъ былъ уполномочиваемъ къ самостоятельному взысканію по требованію. Кроме того, законъ 1822 г. ²⁾ предоставилъ названному кредитору право выбора между осуществленіемъ требования и принятіемъ его вместо уплаты. Экзекуція требования завершалась, какъ и прежде, путемъ указанныхъ Arrestatorium и Inhibitorium, къ которымъ, въ качествѣ третьяго акта, примыкало уполномоченіе ко взысканію. Но, въ то время какъ арестъ требования имѣлъ своимъ послѣдствіемъ лишь запрещеніе отчуждать известное требование, причемъ требование оставалось все же собственностью перваго кредитора, и ни о какой сукцессіи въ требованияхъ не могло быть и рѣчи, указанное выше уполномоченіе ко взысканію имѣло уже въ виду дать кредитору возможность осуществленія даннаго требования. Согласно С. Pr. O. удержаніе требования въ закладъ («Pfändung») завершается запрещеніемъ судьи должнику по требованію уплачивать своему кредитору, который въ то же время лишается права дѣлать относительно этого требования какія бы то ни было распоряженія ³⁾.

Въ § 736 С. Pr. O., который опредѣляетъ, что удержанное въ закладъ денежное требование должно быть передано кредитору или для взысканія или вместо уплаты, обыкновенно находятъ *sedem materiae* для опредѣленія природы права, присущаго кредитору при удержаніи требования въ закладъ. Между тѣмъ, «Мотивы» къ указанному § 736 избѣгаютъ придавать разбираемой сдѣлкѣ опредѣленную форму, имѣя въ виду, главнымъ образомъ, лишь юридическія послѣдствія акта. Такимъ образомъ, придаютъ ука-

¹⁾ §§ 1, 2.

²⁾ § 6.

³⁾ С. Pr. O. § 730.

зываемой въ § 736 передать, приблизительно, то же самое значеніе, какъ и уполномоченію по закону 1822 года. За «Мотивами» слѣдуютъ и большинство комментаторовъ ¹⁾. Комментаторы же, которые стоятъ болѣе на почвѣ *Gemeines Recht* ²⁾, примѣняютъ къ разъясненію природы разбираемаго юридическаго отношенія понятія *mandatum agendi* и *procurator in rem suam*. Нельзя также признать правильнымъ и объясненіе разбираемаго отношенія путемъ обращенія къ разсмотрѣнію юридической природы сдѣлки, извѣстной подъ названіемъ *Assignment* ³⁾.

Гораздо правильнѣе признать, что передача требованія для взысканія имѣетъ въ виду лишь констатировать существованіе полномочія на осуществленіе требованія, полномочія уже основаннаго удержаніемъ въ закладъ ⁴⁾ и вытекающаго изъ понятія о закладномъ правѣ вообще ⁵⁾; указанная передача имѣетъ, слѣдовательно, дѣйствіе не правоосновывающее, но лишь декларативное. Необходимо при этомъ имѣть въ виду, что опредѣленіе § 737 *C. Pr. O.* ⁶⁾ имѣетъ значеніе не матеріальное, т. е. значеніе не для права, присущаго кредитору, но лишь для подтвержденія его легитимациі на взысканіе; несомнѣннымъ доказательствомъ чего является то, что указанный § 737 имѣетъ примѣненіе, какъ въ случаѣ передачи для взысканія, такъ и въ случаѣ передачи вмѣсто уплаты.

¹⁾ Напр. Struckmann и. Koch, Bülow, Petersen, Wilnowski и. Levy и др.

²⁾ Hellmann, Gaupp, Seuffert и др.

³⁾ Ср. *Entsch. des O. Trib.* B. 30 стр. 418, 442. B. 16. стр. 189. Hellwig, *Verpf.* стр. 106 и сл.

⁴⁾ Ср. *C. Pr. O.* § 730.

⁵⁾ Тамъ же § 709.

⁶⁾ «Die Ueberweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist».

Условія возможности удержанія въ закладъ суть: 1) наличность подлежащаго уплатѣ долга ¹⁾ (наличность эта обусловливается: вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ; рѣшеніемъ, подлежащимъ предварительному исполненію ²⁾; исполнительными документами ³⁾ и т. под.) и 2) соотвѣтствующее объявленіе о ней должнику.

Если вышеуказанныя условія выполнены, то удержаніе въ закладъ можетъ происходить двоякимъ путемъ. Прежде всего, путемъ изданія судомъ спеціальнаго постановленія, запрещающаго должнику по данному требованію уплачивать своему первоначальному кредитору ⁴⁾. При изданіи такого постановленія, судъ обязанъ соблюдать предписанія § 708 (*C. Pr. O.*); изъ требованія, слѣдовательно, превосходящаго сумму долга погашаемаго принудительнымъ путемъ, можетъ быть удерживаема въ закладъ лишь та часть, которая соотвѣтствуетъ суммѣ названнаго долга. Хотя, на ряду съ этимъ, судъ можетъ удерживать въ закладъ и гораздо большую сумму, коль скоро кредиторъ докажетъ, что подлежащее удержанію въ закладъ требованіе не можетъ быть реализовано вполнѣ, вслѣдствіе, напримѣръ, несостоятельности должника.

Другую форму удержанія въ закладъ *C. Pr. O.* устанавливаетъ для требованій, основанныхъ на индоссированныхъ бумагахъ. Указанная форма заключается во взятіи во владѣніе названныхъ бумагъ судебной-исполнительной властью. Въ данномъ случаѣ, какъ и въ случаѣ вышеуказанномъ, возникаетъ закладное право. Дальнѣйшее удержаніе въ закладъ такого требованія можетъ происхо-

¹⁾ *C. Pr. O.* § 644.

²⁾ Тамъ же, § 648—650.

³⁾ Тамъ же, § 702.

⁴⁾ Тамъ же, § 730.

доть лишь на основаніи особыхъ правилъ, касательно, такъ называемой, *Anschlusspfändung* ¹⁾). Модификацію перваго способа установленія закладнаго права представляетъ объявленіе, совершаемое кредиторомъ должнику по данному требованію о предстоящемъ удержаніи въ закладъ, вслѣдствіе существованія извѣстнаго, имѣющаго быть погашеннымъ долговаго документа. Въ этомъ случаѣ закладное право возникаетъ условно, въ виду того, что удержаніе въ закладъ осуществляется въ теченіи трехъ недѣль ²⁾). Въ виду же того, что при удержаніи въ закладъ бумагъ способныхъ къ индоссациіи требуется удержаніе самыхъ документовъ, очевидно, что указанное закладное право на упомянутыя бумаги существовать не можетъ.

Закладное право, установленное однимъ изъ указанныхъ выше способовъ, подлежитъ осуществленію, само собою разумѣется, лишь съ момента присужденія должника къ соотвѣтствующей уплатѣ долга.

Законодательство французское.

Во французскомъ правѣ институтъ заклада долговыхъ требованій получилъ развитіе, сравнительно, поздно ³⁾).

По указанію Потье ⁴⁾), въ отношеніи безтѣлесныхъ вещей, каковы *dettes actives*, закладной договоръ не можетъ имѣть мѣста потому, что указанные объекты не способны къ реальной традиціи, которая составляетъ сущность закладнаго договора. Лишь въ примѣчаніи къ изданію сочиненія того же автора отъ 1766 г. мы встрѣчаемъ ука-

¹⁾ С. Pr. O. § 727.

²⁾ Тамъ же § 744.

³⁾ Chaufton, de nom. p. стр. 112. Cp. Vigneron, du pign. n. стр. 61.

⁴⁾ Pothier, Traité du nantissement.

заніе на возможность заклада долговыхъ требованій, развитію котораго содѣйствовали различныя *arrêts de la Cour des aides*.

Впослѣдствіи закладъ долговыхъ требованій сталъ исполнѣ нормальной практической сдѣлкой ¹⁾).

Code Napoléon (1804) оставалось лишь освятить состояніе практики. Что и было сдѣлано въ art. 2075 и слѣд., гдѣ идетъ рѣчь о *gage des créances*. Code de commerce (1807) еще рѣшительнѣе прекратилъ прежнія колебанія и, допустивъ существованіе акцій и такъ называемыхъ *titres au porteur*, регламентировалъ соединенія, которымъ суждено было играть столь большую роль въ дѣлѣ развитія торговли и цивилизаціи.

Изъ послѣдующихъ законовъ, весьма существеннымъ въ дѣлѣ реорганизаціи заклада долговыхъ требованій долженъ быть признанъ законъ 1863 г., который касается, главнымъ образомъ, *titres négociables*. Правила, установленныя редакторами Code были слишкомъ узки для новаго договора, столь широко развившагося. Законъ же 1863 г. былъ лишь завершеніемъ начавшагося развитія ²⁾).

Слово *gage* имѣетъ во французскомъ правѣ, какъ и слово *pignus* въ римскомъ, нѣсколько значеній. Въ широкомъ смыслѣ, слово *gage* употребляется для обозначенія каждой гарантіи правъ кредитора, даже и для обозначенія общей неопредѣленной гарантіи, указанной въ art. 2093 (C. civil.) ³⁾).

Въ болѣе узкомъ смыслѣ, слово *gage* есть синонимъ слова *nantissement mobilier*. Но слово *gage* можетъ означать

¹⁾ Въ *Correspondance secrète* 1778 г. мы читаемъ: *les Monts de piété ont beaucoup de succès. On y prête sur des effets mobiliers comme sur des lettres de change...*

²⁾ Cp. Vigneron, du pign. n. m. стр. 141.

³⁾ «Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers».

не только самый договор, но также право кредитора на заложенную ему движимость и даже самую заложенную вещь. Gage въ послѣднемъ изъ указанныхъ значеній примѣняемое къ долговымъ требованіямъ и составляетъ предметъ нашего изслѣдованія.

Вообще же, изучая французское право должно имѣть въ виду слѣдующія различія:

1) Залогъ можетъ быть гражданскій (civil) или торговый (commercial); 2) закладываемые долги суть или именны и передаваемые по правиламъ art. 1690 (C. civil) или именны и передаваемые чрезъ объявленіе о передачѣ въ специальныхъ регистрахъ или à ordre, передаваемые посредствомъ endossement или, наконецъ, au porteur, передаваемые посредствомъ простой традиціи; 3) залогоприниматель, при закладѣ требованій, можетъ быть привилегированнымъ и не привилегированнымъ.

Согласно тому или другому изъ указанныхъ обстоятельствъ, закладъ долговыхъ требованій подчиняется различнымъ правиламъ. Мы рассмотримъ для каждой изъ указанной категоріи требованій: 1) правила гражданского права; 2) правила торгового права и 3) измѣненія въ этихъ правилахъ, вызываемыя привилегированнымъ положеніемъ залогопринимателя.

Идея кредита, говоритъ Шофтонъ ¹⁾, къ которой примыкаетъ залогъ, есть идея общая, встрѣчающаяся какъ въ торговомъ правѣ, такъ и въ гражданскомъ. Устанавливаемый для обезпеченія долга залогъ есть нѣчто акцессорное. Можно сказать, что залогъ становится интегральною и нераздѣльною частью гарантируемаго обязательства. Обязательство и обезпечивающій его залогъ суть нѣчто единое и потому должны быть разсматриваемы въ одномъ нераздѣльномъ процессѣ.

¹⁾ De nom. pign. стр. 126.

Но гдѣ, спрашивается, должны быть примѣняемы нормы гражданского права и гдѣ — нормы права торгового? Въ рѣшеніи этого вопроса играетъ большую роль отношеніе главнаго къ акцессорному. Если главный долгъ, гарантируемый заложеннымъ долгомъ есть долгъ гражданскій, то и залогъ будетъ гражданскій (gage civil); если же обезпечиваемый долгъ — торговый, то и залогъ будетъ торговымъ (gage commercial). Торговымъ же долгомъ (créance commerciale) называется всякій долгъ, въ основаніи котораго лежитъ торговое дѣйствіе (acte de commerce), все равно совершаемое купцомъ или не купцомъ.

Въ titre 2 (livre IV C. de comm.) перечисляются различныя категоріи торговыхъ дѣйствій, а въ art. 91 (C. de comm.) мы видимъ опредѣленіе, согласно которому торговый залогъ есть «залогъ устанавливаемый, какъ купцомъ, такъ и не купцомъ, для торгового дѣйствія». Отсюда мы можемъ заключить, что залогъ, установленный какъ купцомъ, такъ и не купцомъ, не для торгового дѣйствія есть залогъ гражданскій. Резюмируя вышеизложенное можно формулировать указанное правило такъ: для рѣшенія вопроса о томъ, есть ли данный залогъ гражданскій или торговый, должно обратить вниманіе не на качества сторонъ, но на юридическую природу обезпечиваемаго долга.

Разсмотримъ вопросъ о закладѣ именныхъ требованій, передаваемыхъ по правиламъ art. 1690 (C. civil).

Согласно art. 2071 (C. civil) залогъ есть договоръ, посредствомъ котораго должникъ передаетъ кредитору вещь для обезпеченія его долга. Имѣя въ виду, что вся теорія закладнаго права держится во 1) на ученіи объ объектѣ залога; 2) на положеніи, что должна существовать реальная передача этого объекта и 3) — что объектъ передается кредитору для detenція, съ цѣлью обезпеченія долга, и сравнивая art. 2071 съ art. 1690, мы видимъ, что оба указанные

art. относятся до юридических актов одного и того же рода.

Art. 2075 указывает лишь на нереальные движимости, каковы «*créances mobilières*», менее широко, чем art. 1690, потому что он исключает все «*créances immobilières*», которые, согласно art. 526, суть недвижимости.

Современная юриспруденция, признавая art. 2279 и 2119 (C. civil), придает ипотеке движимостей совершенно особый характер. Помимо традиций римского права, система современного права опирается еще на основания «вытекающие из природы вещей»¹⁾. Таким путем приходят к заключению, что требования могут быть объектом залога лишь в том случае если они «движимости», кроме того нужно чтобы они были способны к цессии. Посмотрим теперь, какие же требования удовлетворяют указанным двум условиям. Прежде всего следует заметить, что к разряду многочисленных требований, которые имеют своим объектом уплату известной суммы денег или доставление других движимостей, должно отнести и такие, капитал которых не может быть взыскиваем, т. е. пожизненные и вечные ренты как государственных так и частных лиц и т. под. Эти требования могут быть условны. Их движимый характер не может быть изменен, но их способность к цессии может быть спорной. Можно признать, что условные требования остаются способными к цессии, если объектом их является известный капитал; когда же идет речь о требованиях, предмет которых составляют какие либо доходы, тогда вопрос становится чрезвычайно сложным. Так в виду того, что согласно art. 1130 (C. civil) будущая вещь может быть объектом обязательства, повидному, указанные требования могут быть цедируемы. Но вот

¹⁾ Cp. Loyseau, Traité des offices liv. 3, chap. 5. № 23 и сл.

возражения. Для передачи собственности или владения нужна реальная или по крайней мере фиктивная традиция вещи. Code civil¹⁾ не сломил эти идеи древнего права. Будущие же плоды не могут быть передаваемы ни реально ни фиктивно, потому что они не существуют. А с тех пор, как они существуют, они принадлежат, согласно art. 547 C. civil, собственнику земли — вследствие акцессии; они присоединяются как акцессории к главной вещи, образуя с ней одно нераздельное целое, причем для разделения недостаточно простого соглашения о цессии. Цессия требований, имеющих своим предметом будущие плоды может быть лишь условною. С того времени как плоды появились, условие имеет обратное действие, т. е. — со дня договора²⁾. Цедент не должен поэтому иметь на них никаких прав в виду цессии, на которую он согласился. Но скажут, что традиция не могла быть сделана потому, что цессионарь не был введен во владение. Заметим однако, что здесь смешивают требование с предметом его доставления. А это неправильно потому, что не вещь заложена, но требование цедировано. Несомненно, что цессия требования обуславливает продажу заложенной вещи, но смотря к тому, имеет ли сделка своим объектом требование или предмет доставления по этому требованию — различны и условия ввода цессионара во владение. Указанные принципы справедливы и в отношении залога права. Но традиция требования, согласно art. 1607 и 1689, производится посредством передачи titre; действие ее в отношении третьих лиц, обуславливается денунциацией цедированному должнику. Поэтому цессионарь «à titre de transport ou de gage d'une créance relative à des fruits futurs» может быть введен во владение посредством простой

¹⁾ Cp. art. 1605 и 1607.

²⁾ Art. 1179.

передачи *titre* и посредством денунціаціи цедированному должнику, и нѣтъ никакого основанія утверждать, что art. 1138 (C. civil) расходится съ существующей доктриной о традиціи. Что касается до указанной нераздѣльности между капиталомъ и плодами, то, по мнѣнію Шофтона ¹⁾, этого нельзя признавать въ томъ видѣ, какъ перѣдко дѣлаютъ на основаніи art. 547 (C. civil). Если идетъ рѣчь о гражданскихъ плодахъ, то кредиторъ имѣетъ два требованія: одно — касающееся капитала; другое — касающееся недоимокъ на капиталѣ или долговъ. Оба требованія происходятъ изъ двухъ различныхъ обязательствъ должника. Но почему же, спрашивается, эти два требованія не могутъ быть цедируемы раздѣльно? Если существуетъ лишь нераздѣльный *titre* для ихъ утверждения, то это можетъ лишь затруднять традицію, но не вліять на принципиальное рѣшеніе. Собственникъ отдающій въ наймы, на ряду со своимъ правомъ собственности, имѣетъ требованіе въ виду отдачи въ наемъ. Между тѣмъ какъ чего же болѣе раздѣльнаго, чѣмъ эти два права? Почему же собственникъ не можетъ цедировать или закладывать отдѣльно свои требованія по поводу найма? Подобный случай предвидѣлъ и самъ законъ. Законъ 1855 г. о транскрипціи подчиняетъ, въ art. 2, этой формальности всякій актъ или судебное рѣшеніе, подтверждающіе цессію суммы, эквивалентъ трехлѣтняго найма или аренды; здѣсь, слѣдовательно, явно признается возможность цессіи касательно будущихъ плодовъ. Если идетъ рѣчь о *fruits naturels*, то наниматель или арендаторъ имѣетъ прямымъ своимъ объектомъ фактъ — *uti frui licere prae-stare*, не прямымъ же объектомъ — взиманіе плодовъ и было бы абсурдомъ признавать здѣсь нераздѣльность капитала и плодовъ, потому что договоръ найма передаетъ ихъ очевидно въ разныя руки. Но если условныя требованія имѣ-

¹⁾ De nom. pign. стр. 137.

ютъ предметомъ своимъ капиталъ, то мы можемъ прямо въ силу art. 1130 (C. civil) сказать, что они могутъ быть цедируемы, а слѣдовательно и закладываемы.

Такимъ образомъ, можетъ быть цедируемъ, а слѣдовательно и закладываемъ искъ противъ страхового общества, до пожара, который служитъ основаніемъ вчиненія иска ¹⁾, право на изданіе литературнаго произведенія, находящагося лишь въ наброскахъ, а не въ окончательномъ видѣ и т. п. Въ этихъ различныхъ случаяхъ, цессіонары, на основаніи цессіи или залога, получаютъ право на условные долги, на исключеніе другихъ кредиторовъ цедента. Далѣе слѣдуетъ имѣть въ виду, что въ виду возможности обезпеченія требованій посредствомъ ипотеки, указанные требованія не перестаютъ быть движимостями. Многие писатели, которые рѣшаютъ на основаніи правила *accessorium sequitur principale*, что самая ипотека, если она гарантируетъ движимое требованіе (что обыкновенно и бываетъ), есть движимость ²⁾, впадаютъ въ преувеличеніе, котораго избѣгаетъ Потье. Требованія могутъ имѣть предметомъ своимъ также альтернативное обязательство или факультативное. Въ первомъ случаѣ, когда предметомъ альтернативнаго долга являются движимость и недвижимость, требованіе слѣдуетъ природѣ той изъ двухъ указанныхъ вещей, которая доставлена кредитору. Отсюда понятно, что закладъ подобнаго требованія можетъ быть лишь условнымъ; онъ зависитъ отъ выбора со стороны кредитора ³⁾. Во второмъ случаѣ иначе: тамъ задолжена одна вещь, но должникъ можетъ доставить въ качествѣ уплаты другую вещь. Требованіе слѣдуетъ тогда все-таки природѣ задолженной вещи, а не той, которая доставлена

¹⁾ Civ. cass. 24 nov. 1840. S. 41, 1, 45.

²⁾ Въ этомъ смыслѣ высказываются: Delvincourt, Demante, Troplong, Marcadé, Demolombe.

³⁾ Art. 1190.

вмѣсто нея. Акцессорное доставленіе, *in facultate solutionis* не имѣетъ никакого вліянія на характеръ требованія ¹⁾).

Перейдемъ къ разсмотрѣнію случая законной невозможности цедировать требованіе. Существуютъ извѣстныя требованія, которыя законъ прямо объявляетъ не подлежащими цессіи. Таковы пенсіи военныя и гражданскія, почетнаго легіона и проч., также требованія алиментовъ. Когда послѣднія порождаются добровольнымъ актомъ, то вопросъ о томъ, могутъ ли они подлежать цессіи, является весьма спорнымъ. Art. 581, 1004 (*C. proc. civ.*) и 1293 (*C. civil*) говорятъ, что требованія алиментовъ не могутъ быть объектомъ ни ареста, ни компромисса, ни законной компенсаціи. Но слѣдуетъ ли изъ этого заключить, что они не могутъ быть цедируемы?

Большинство ученыхъ, опираясь на принципъ, что ограниченія свободы соглашеній должны быть принимаемы въ самомъ узкомъ смыслѣ, рѣшаютъ, что кредиторы алиментовъ не могутъ быть невыгодно ограничиваемы въ полученіи слѣдуемой имъ суммы, но что они могутъ добровольно располагать своими требованіями. Противоположное утвержденіе основывается на art. 1003 и 1004 (*C. proc. civ.*), комбинирующихъ аргументацію, которая, по справедливому замѣчанію Шофтона ²⁾, должна быть признана неопровержимою. Ограниченіе извѣстнаго права ³⁾ можетъ быть основано, какъ и невозможность располагать, на которой оно основывается, на одномъ изъ двухъ основаній: неспособности сторонъ или неотчуждаемости вещи. Первое основаніе акцидентально и специально, ибо не всѣ кредиторы алиментовъ неспособны къ распоряженію; тѣ же, которые неспособны въ данный

¹⁾ Ср. art. 1681 и 891 *C. civil*.

²⁾ De nom. pign. стр. 145.

³⁾ *C. proc. civ.* Art. 1004.

моментъ, могутъ перестать быть таковыми вполнѣдствіи. Второе основаніе эссенціально и генерально. Art. 1004, относясь, очевидно, къ послѣднему случаю, формулируетъ принципъ весьма широко и абсолютно, говоря, что нельзя «*compromettre sur les dons et legs d'aliments*». Очевидно, поэтому, что въ отношеніи ихъ не можетъ имѣть мѣста и свободное распоряженіе ¹⁾. Послѣднее же отсутствуетъ не вслѣдствіе неспособности лицъ, но потому, что самое требованіе алиментовъ не можетъ подлежать свободному распоряженію. Расширить идею нераспоряжаемости алиментами, рѣшить что ихъ можно цедировать возмездно или безвозмездно, но что нельзя ихъ дѣлать предметомъ компромисса, значитъ принять два противорѣчащихъ рѣшенія или отнять у art. 1004 всякое резонное основаніе. Поэтому правильнѣе признать, что непередаваемость алиментовъ лучше чѣмъ противоположное мнѣніе согласуется съ намѣреніемъ дарителя или завѣщателя, которое заключалось въ желаніи путемъ обезпеченія извѣстному лицу алиментовъ, доставить дѣйствительную помощь, гарантируя его противъ собственныхъ увлеченій. Если же въ нѣкоторыхъ случаяхъ и возможно заключать о недопустимости ареста и о непередаваемости требованій, то это заключеніе должно быть признано далеко не абсолютно вѣрнымъ во всѣхъ случаяхъ. Что касается до государственныхъ рентъ, то хотя до нихъ и не относится указанное въ art. 1690 *C. civil* и потому онѣ, собственно говоря, и не должны бы были входить въ программу настоящаго разсужденія, тѣмъ не менѣе не лишнее замѣтить, что законъ объявляетъ ихъ не подлежащими аресту, но вовсе не съ цѣлью поддержки кредитора-рантье, а въ интересахъ публичнаго кредита. Здѣсь, такимъ образомъ, отсутствуетъ основаніе абсолютной нераспоряжаемости, которую мы находимъ въ

¹⁾ Art. 1003.

art. 1004 C. proc. civ. для требованія алиментовъ. Но могутъ ли они быть закладываемы? Правильнѣе отвѣчать утвердительно, въ виду разницы между принудительнымъ отчужденіемъ, вызываемымъ арестомъ и эвентуальной продажей при добровольномъ закладываніи. Въ одномъ случаѣ, имѣетъ мѣсто преслѣдованіе упорствующаго должника; въ другомъ—лишь развязка вполне предвидимая и добровольно оговариваемая сторонами.

Перейдемъ къ разсмотрѣнію требованій, соответствующихъ обязательствамъ дѣлать или не дѣлать что-либо. Чтобы опредѣлить въ данномъ случаѣ природу требованія, необходимо имѣть въ виду, что если даже объектомъ требованія является извѣстнаго рода дѣйствіе, касательно недвижимости, то все-таки соответствующее право требованія можетъ быть признано движимымъ. Договоръ найма доставляетъ требованія, объектъ котораго есть дѣйствіе, заключающееся въ томъ, что наниматель долженъ доставить *uti frui licere praestare*, какъ говорятъ римляне. Вопросъ же о томъ, есть ли названное требованіе движимостью даже и тогда, когда имѣетъ мѣсто наемъ недвижимости, долженъ быть рѣшенъ утвердительно.

Между тѣмъ, поддерживаемая многими идея о томъ, что наниматель имѣетъ реальное право въ нанимаемой недвижимости даетъ основаніе контроверзѣ, которая, несомнѣнно, весьма выгодна для сторонниковъ прежнихъ воззрѣній. Art. 1743 реформируетъ право нанимателя въ реальное право, тогда какъ по римскому праву и согласно древнѣйшей французской юриспруденціи, названный наниматель имѣлъ личное право. Фактъ, служащій основаніемъ новой теоріи, не остается безъ доказательствъ.

Здѣсь мы имѣемъ два сорта аргументовъ. Прямые, черпаемые изъ подготовительныхъ работъ кодекса и не прямые—выводимые изъ неопровержимыхъ заключеній art. 1743,

указывающихъ какимъ образомъ эффектъ обнаруживаетъ причину.

Повидимому, однако, не убѣдительны ни тѣ, ни другіе аргументы.

Заключая совершенно справедливо, что зародышъ art. 1743 заключается въ законѣ 1791 г., ученые не замѣчали новаго принципа, основывающаго реальность права нанимателя. Необходимо признать, что указанное нововведеніе никоимъ образомъ не можетъ основываться на подготовительныхъ работахъ. Нововведеніе это не имѣетъ корней ни въ прошедшемъ, ни въ настоящемъ. Совершенно справедливо, что требованіе нанимателя есть личное и можетъ быть закладываемо. Но современный эмфитевзисъ? Многіе современные юристы думаютъ, что право эмфитевзиса есть недвижимость, подлежащая ипотека и что отсюда исключается возможность залога. Но мы не можемъ согласиться съ этимъ, хотя за это, повидимому, всѣ традиции древняго права. Считаться съ традиціями необходимо и это составляетъ надежное оружіе противъ арбитрарной интерпретаціи; логика, опирающаяся на традицію почти никогда не ведетъ къ ошибкамъ; но въ данномъ случаѣ поддержаніе прежнихъ принциповъ было бы неосновательно. Согласно древнѣйшему праву въ эмфитевтическомъ правѣ видѣли *dominium utile*. Это было сохранено и декретомъ 1790 г. Правильнѣе, однако, считать право эмфитевзиса за право движимое, способное служить объектомъ не ипотеки, но залога.

Обратимся теперь къ акціямъ различныхъ обществъ. Могутъ ли, спрашивается, онѣ быть закладываемы, т. е. способны ли онѣ къ цессии и суть ли онѣ движимости. Несомнѣнно, что акціи могутъ подлежать цессии. Но, спрашивается, должны ли акціи быть цедируемы при строгомъ соблюденіи формальностей, предусмотрѣнныхъ въ art. 1690 (C. civil)? Для отвѣта, должно, прежде всего, опредѣлить при-

роду разбираемыхъ требованій. Движимости ли они? Art. 529 (C. civil) утверждаетъ это. А разъ это такъ, то очевидно, что упомянутыя акціи, во-первыхъ, вполне способны служить объектомъ залога и во-вторыхъ могутъ быть передаваемы съ залогомъ цѣлью и безъ строгаго соблюденія вышеуказаннаго art. 1690.

Что касается формы залога долговыхъ требованій, то, для выясненія ея, мы остановимся на разсмотрѣніи установленія залога между контрагентами ¹⁾ и въ отношеніи третьихъ лицъ ²⁾. Условія установленія залога суть внѣшнія и внутреннія.

Условія внѣшнія составляютъ формальности, которыя суть, такъ сказать, внѣшнее обнаруженіе залога, формальности, перечисленныя въ art. 2075 (C. civil), каковы редакция акта, регистрація и сигнификація должнику. Условія же внутреннія суть обстоятельства, отъ которыхъ зависитъ самое установленіе залога, обстоятельства, о которыхъ говоритъ art. 2076 (C. civil), и которыя суть: вводъ во владѣніе заложенымъ требованіемъ и соблюденіе этого владѣнія.

Для законности залога между контрагентами не требуется ни одного изъ этихъ условий. Это слѣдуетъ изъ art. 2075 и 2076, общій предметъ которыхъ есть установленіе привилегіи, но привилегія эта есть слѣдствіе договора относительно третьихъ лицъ. Впрочемъ эта теорія освящена уже въ древнѣйшемъ правѣ ³⁾.

Доказательство существованія залога требованія и владѣнія имъ на основаніи залога стоитъ подъ господствомъ общаго права (droit commun). Въ случаѣ отсутствія письменнаго акта, залогъ можетъ быть доказанъ сознаніемъ долж-

¹⁾ Cp. Chaufton, de nom. pign. §§ 43—46; Vigneron, du pign. nom. стр. 82 и сл.

²⁾ Chaufton, цит. §§ 47—56.

³⁾ Jousse, comm. Pothier, цит.

ника ¹⁾, посредствомъ присяги ²⁾ и даже путемъ завѣщанія ³⁾. Art. 1325 (C. civil) не примѣняется къ nantissement, потому что, послѣдній, какъ увидимъ ниже, есть договоръ синаллагматическій, несовершенный. Во всѣхъ, однако, случаяхъ должнику предоставляется заботиться о наличности двойнаго документа, изъ которыхъ одинъ долженъ быть переданъ кредитору, которому онъ нуженъ для осуществленія привилегіи, а другой долженъ оставаться у него въ рукахъ, дабы онъ могъ воспрепятствовать незаконному намѣренію реституировать заложенные требованія.

Залогъ и цессія имѣютъ большую аналогію. Къ залому долговыхъ требованій должны быть примѣняемы весьма многія правила цессіи. Цессію требованія чрезвычайно легко смѣшать съ его залогомъ, особенно при неточной редакціи актовъ. Весьма важно, поэтому, возможно точнѣе опредѣлить характерныя различія существующія въ французскомъ правѣ. Въ случаѣ цессіи цессіонаръ можетъ располагать требованіемъ какъ вещью ему принадлежащей. Въ случаѣ же залога, кредиторъ (créancier-gagiste) связанъ обязательствомъ возстановить заложенное требованіе; онъ не можетъ распоряжаться заложенымъ требованіемъ иначе, какъ въ виду цѣлей, предусмотрѣнныхъ залогомъ договоромъ.

Контрастъ между цессіей требованія и его залогомъ замѣтенъ еще болѣе, по отношенію къ третьимъ лицамъ.

Если имѣетъ мѣсто цессія, то цессіонаръ—хозяинъ требованія и ему нѣтъ дѣла до поступковъ лицъ, которыя имѣли или имѣютъ дѣло съ цедентомъ. Эти третьи

¹⁾ C. civil. art. art. 1354—1356.

²⁾ Тамъ же, art. 1357—1365.

³⁾ Тамъ же, art. 1341, 1347, 1348.

лица, кроме случая «fraude» — предусмотренного в art. 1167, не имеют никакого права действовать против него. В случае же заклада требования, кредиторы залогодателя могут арестовать заложенное требование, причем может иметь место дистрибуция путем сложения.¹⁾

Вопрос о различии между цессией и залогом, подлежащий оценке судей, имеет, таким образом, чрезвычайно большой интерес. Поищем средство для его разрешения, путем изучения конститутивных условий заклада долговых требований.

При цессии, должно иметь в виду два эссенциальных элемента: определенную передачу цедентом известного объекта цессионару и стипуляцию цены. Всякая сделка, в которой отсутствует хотя один из этих элементов не есть цессия. Если имеет место передача условная, провизорная и преследуется идея гарантии, то можно предположить существование залогового договора. Между тем затруднение увеличивается при неясности употребленных сторонами терминов. Иногда залог даже умышленно симулируется в цессию. Можно ли, спрашивается, в этом случае сказать²⁾, что данный акт не может иметь значение залогового? Но на что может опираться подобное мнение? На то, что названный акт, не указывая на сумму требования, в обеспечение которого установлен залог, допускал бы предположение, что установление залога не имело назначения служить доставлением известной гарантии? Но если цена стипулируемая в акте, явствуя из продажи, указывает на размер гарантируемого требования (что фактически случается весьма часто), если, с другой стороны, акт выполняет все

¹⁾ Ср. C. proc. civ. art. 660.

²⁾ Подобно Aubry et Rau.

условия как внешние, так и внутренние, требуемые art. 2075 и 2076 (C. civil), то почему же не видеть в этом акте залогового договора? Должно обращать внимание на сущность вещей; судья же обязан проникать в истинное намерение контрагентов.

Перейдем теперь к рассмотрению диспозиций art. 2075 и 2076 (C. civil).

Условия действительности заклада долговых требований суть, как указано выше, или внешние или внутренние.

Условия внешние (согл. art. 2075) суть следующие.

1) Редакция акта. Стороны имеют право редактировать акт, как желают. Определенных терминов в законе не указывается. Залоговой договор может содержаться даже в другом акте. Но есть один пункт редакции, который стороны не могут опустить — это определение суммы, уплата которой гарантируется залогом. Действительно, цель заклада есть гарантия известной уплаты, отсюда же логически следует, что установление заклада и определение размеров обеспечиваемого требования суть два нераздельных выражения. Помимо такого теоретического основания, объявление суммы обеспечиваемого долга, по указанию art. 2074, имеет весьма большой и практический интерес; оно препятствует кредитору-залогопринимателю увеличивать свое требование и обманывать таким образом других кредиторов. Заметим, что указанная редакция акта необходима, даже если закладываемое требование менее 150 фр., потому что art. 2075 не допускает исключения, которую мы находим в art. 2074 (in fine).

2) Вторым из вышеуказанных внешних условий является, так называемая, enregistrement.

Акты (art. 2075) суть или публичные, или sous seing privé. Если акт sous seing privé, то он должен

быть *enregistré*. По указанию Gary ¹⁾, передача залога или соглашение, эффектом которого является эта передача, должна иметь определенную дату, которая исключала бы всякую возможность обмана. Если такова цель закона, то мы не будем иметь никакого затруднения дополнить диспозиции art. 2075, при помощи art. 1328. Но art. 1328 указывает, что реляция субстанции юридического факта в публичный акт или смерть одной из договаривающихся сторон обеспечивают несомненность даты также хорошо, как и регистрация. Спрашивается, есть ли это — арбитражное правило, которое создано для известных случаев и не имеет места для других, которое, следовательно, можно ограничивать и признавши раз это ограничение, применить слова Паскаля: *vérité en deçà, erreur au delà*? Ответить должно дать отрицательный. Art. 1328 имеет в виду все случаи, где идет вопрос об известной дате: он освящает правило здравого смысла. Но, гов. Aubry et Rau, в отношении привилегий все должно быть ограничиваемо. Отсюда же и регистрация, требуемая art. 2075, является необходимою и играет роль, аналогичную роли инскрипции при ипотеке. Выражения закона, равно как и подготовительные законодательные работы не подтверждают, однако, такого взгляда. Законодатель, писавши art. 2075, очевидно, хотел лишь отступить от строгости прежнего права, которое требовало составления акта нотариальным порядком, но ничто не указывает, чтобы законодатель хотел сбывать из регистрации — субстанциональную формальность, имеющую в виду обуславливать привилегию залогопринимателя, подобно тому, как инскрипция или транскрипция обуславливают ипотеку или привилегию на недвижимости. Впрочем указанное мнение

¹⁾ Rapport au Tribunat.

находить весьма мало поддержки, как в теории, так и на практике, почему гораздо правильнее придерживаться строгого толкования принципов art. 1328. Согласно же последним преимущественным основанием закладных прав лица должна быть признана их дата.

3) Что касается до третьего внешнего условия — сигнификации (*signification*) акта должнику залогодателя, то сигнификация эта есть формальность еще более важная, чем *enregistrement*. Фактическое получение требования во владение не будет совершенным иначе, как через это официальное уведомление должника по требованию. Так было и в древнейшей практике, освященной в art. 108 de la coutume de Paris. Art. же 2075 (C. civil) стоит в полной гармонии с art. 1690 (C. civil), который устанавливает принцип применяемый и к решению нашего вопроса.

Вышеупомянутой сигнификацией должник по заложенному требованию лишается права платить своему первоначальному кредитору. Но будет ли он принужден оставаться должником, пока кредитор — залогоприниматель не захочет или не будет в состоянии принять уплату? На этот вопрос должно ответить отрицательно. Он имеет право освободиться, с наступлением срока своего долга, путем официального его депонирования.

Внутренние условия действительности залога долговых требований суть следующие.

1) Ввод во владение требованием (*mise en possession de la créance*). При цессии требований, сигнификация или акцептация должником действует к выгоде цессионара, независимо от доставления документа цедированного требования и хотя бы другой цессионар был введен во владение этим документом. Art. 1141 (C. civil) не применяется к требованиям; он касается лишь телесных вещей. При залоге же требований, этой сделке аналогичной цессии, их

нѣтъ. Владѣніе, залогопринимателя, должно играть здѣсь далеко не послѣднюю роль. Можно себѣ легко объяснить, однако, почему законодатель обосновалъ закладную привилегію на реальномъ владѣніи. Думали предупредить обманъ, воспренятствовать тому, чтобы требованіе, уже отягощенное закладомъ, не казалось бы третьимъ лицамъ цѣнностью, свободной отъ всякихъ тягостей. Очевидно, однако, что *tradition par signification*, которая достаточна при цессіи, не могла достичь этой цѣли въ данномъ случаѣ. Нужно было установить иное основаніе. Законодатель прибѣгнулъ къ весьма простому средству: онъ матеріализировалъ требованіе, овецествивъ его въ *titre*, который его представляетъ, и примѣнивъ къ этому *titre* правило указанное въ art. 1141 (C. civil).

Кредиторъ, запасшійся заложеннымъ *titre*, будетъ первенствовать передъ тѣмъ, который означенъ ранѣе его, но не имѣетъ владѣнія *titre*. Должникъ же не будетъ въ состояніи опровергнуть требованіе кредитора и обманывать третьихъ лицъ. Всякое требованіе, оставленное въ рукахъ должника, будетъ при этомъ разсматриваться какъ свободное потому, что прежній закладъ, при которомъ должникъ не выпускалъ изъ рукъ свой *titre*, не будетъ имѣть юридической экзистенціи. Традиція *titre* должна быть сдѣлана путемъ совершеннаго лишенія должника владѣнія. Должникъ же обязанъ доставить оригинальный документъ, а не копію. Достаточно, однако, простой доставки. Передавать требованіе по общимъ правиламъ цессіи не требуется ¹⁾; это смѣшивало бы *pignus* съ *emptio venditio*. Должно остерегаться также смѣшивать требованіе съ задолженной вещью. Утверждаютъ, перѣдко, что когда заложено, напримѣръ, право найма, то, согласно art. 2076 требуется будто бы, чтобы залогоприниматель былъ введенъ

¹⁾ Req. 19. juin 1848. S. 48. 1, 465.

въ дѣйствительное владѣніе не только документомъ, утверждающимъ право, но и нанятымъ имуществомъ ¹⁾. Такое воззрѣніе не можетъ однако быть принято, какъ въ виду принципа высказаннаго въ art. 2076, такъ и въ виду опасностей конфузіи, между правомъ на требованіе и правомъ на пользованіе самымъ заложеннымъ объектомъ. Какимъ образомъ, въ самомъ дѣлѣ, контрагентъ могъ бы обезпечить свое требованіе, если операція, назначенная для предоставленія ему капитала, трансформировалась бы по закону въ чистую и простую экспроприацію, закладъ же—въ доставленіе, принимаемое вмѣсто уплаты? Система, приводящая къ такимъ непослѣдовательностямъ не можетъ быть признаваема. Въ этомъ случаѣ, какъ и въ другихъ, достаточно передачи документа. Что же касается до вопроса о томъ, когда именно должна быть сдѣлана традиція *titre*, то согласно art. 1141, который есть ничто иное, какъ примѣненіе art. 2279, указанная традиція должна быть сдѣлана прежде конфискаціи заложеннаго требованія третьими лицами. Такимъ образомъ, мы приходимъ къ заключенію, что по французскому праву, требованія, не имѣющія *titre* не могутъ быть объектами заклада.

2) Вторымъ внутреннимъ условіемъ дѣйствительности заклада долговыхъ требованій является—*continuité de la possession*.

Необходимо, чтобы залогоприниматель оставался во владѣніи документомъ заложеннаго требованія. Это слѣдуетъ изъ art. 2279 (C. civil). Привилегія, порожаемая закладомъ не существуетъ и не можетъ существовать иначе, какъ при наличности факта владѣнія заложеннымъ *titre*. Это требованіе безусловно и не можетъ быть осуществляемо относительно

¹⁾ Cp. Lyon, Journal du Palais. 1860. стр. 901.

другаго *titre*, чѣмъ тотъ, который стороны имѣли въ виду, въ моментъ заключенія договора. Отсюда очевидно, что нельзя субституировать заложенному требованію другое требованіе, безъ установленія новаго заклада, который не можетъ восходить къ датѣ перваго заклада. Но нельзя, также, сказать, чтобы во всѣхъ случаяхъ потери залогопринимателемъ владѣнія документомъ заложенного требованія прекращалось его закладное право. Несомнѣнно лишь, что если онъ добровольно перестаетъ владѣть, то въ этомъ должно видѣть отреченіе отъ существующаго закладнаго права. Если, напротивъ, лицо было лишено владѣнія документомъ вслѣдствіе кражи или потери, то согласно art. 2279, мы должны признать за нимъ право на реиндикацію, посредствомъ которой онъ будетъ въ состояніи реконструировать свое владѣніе и свою привилегію. Далѣе, art. 2076 предусматриваетъ случай, когда *titre* будетъ ввѣренъ третьему лицу, по соглашенію сторонъ. Это третье лицо владѣетъ указаннымъ *titre* за кредитора и мы можемъ считать, что владѣетъ какъ будто самъ кредиторъ. Польза традиціи *titre* третьему лицу очевидна. Особенно же ясно она обнаруживается тогда, когда заложенное требованіе значительно, чѣмъ обезпечиваемое и должникъ можетъ получить кредитъ подъ залогъ того же *titre* еще и отъ другихъ лицъ. Третье лицо можетъ владѣть названнымъ *titre* также и за нѣсколькихъ залогопринимателей. Что касается до конститутивныхъ условій заклада долговыхъ требованій въ отношеніи третьихъ лицъ (*tiers*), то здѣсь, прежде всего, должно замѣтить, что подъ третьими лицами, въ данномъ случаѣ, должно разумѣть всѣхъ, кто имѣетъ законный интересъ прекращенія закладнаго права, ради поддержанія своихъ собственныхъ правъ. Третьими лицами, поэтому, должно считать: 1) всѣхъ позднѣйшихъ цессіонаровъ или залогопринимателей и 2) должника по заложенному требо-

ванію, который уплатилъ своему кредитору или особо уговорился съ нимъ относительно объекта заложенного требованія. Примѣняя къ позднѣйшимъ залогопринимателямъ правила обязательныя для перваго залогопринимателя, остановимся на должникѣ залогодателя. Если названный должникъ уплатилъ все или часть своего долга, то онъ долженъ получить соотвѣтствующія квитанціи. Но регистрировать названныя квитанціи не принято. Согласно господствующему мнѣнію, art. 1328 не примѣняется къ квитанціямъ. Что же касается вопроса о томъ, можетъ ли быть приравнено къ сигнификаціи, всякое случайное узнаніе должникомъ о фактѣ происшедшаго заклада, то, повидимому, такой вопросъ долженъ быть рѣшенъ утвердительно.

Разсмотримъ теперь юридическія послѣдствія заклада долговыхъ требованій. Вопросъ этотъ мы раздѣлимъ на двѣ части. Во 1) разсмотримъ обязательственныя отношенія, создаваемыя залогомъ долговаго требованія между договаривающимися сторонами и во 2)—гарантію, которую закладъ долговаго требованія доставляетъ залогопринимателю противъ притязаній третьихъ лицъ.

1) Привилегія кредитора залогопринимателя основывается на detenціи *titre* заложенного требованія. Залогоприниматель не является однако детенторомъ, на правѣ собственности; иначе цѣль, которую имѣли въ виду стороны исчезла бы и закладъ требованія смѣшался бы съ цессіей. Каковъ же характеръ этой detenціи? Art. 2079 ассимилируетъ его депозиту *dépôt*. Такова отправная точка законодателя. Вся теорія обязательственныхъ отношеній, которая связываетъ кредитора съ должникомъ выводится изъ этой первоначальной идеи. Эти обязательственныя отношенія санкціонированы исками, которые римляне называли *act. pignoratitiae—directa* и *contraria*. Разсмотримъ сущность прямого иска, который принадлежит должнику. Главное обязатель-

ство залогопринимателя составляет обязанность реституировать залог, коль скоро гарантированное требование погашено уплатой или каким либо иным образом. Прежде всего, таким образом, указанная *actio directa* содействует обратному получению залога. Впрочем, должник может взять залог обратно не только в случае погашения обеспеченного обязательства, но и в случае злоупотреблений залогом, со стороны залогопринимателя. Залогоприниматель же должен быть признан злоупотребляющим, если он превышает свои права. Но в чем заключается истинное ограничение этих прав? Очевидно в том, что залогоприниматель не может произвольно реализовать заложенное ему требование, но он может его закладывать, что дает место договору, который известен под названием *subpignus*.

Второе действие прямого иска заключается в обусловливании обязанности залогопринимателя возвратить залог, и следовательно сохранять его в целости. Art. 2080 (C. civil) указывает мѣру такого обязательства. Между тем, господствующее мнѣніе совершенно неправильно объясняет слово *dépôt*, встречающееся в указанном art. 2080. Понимая это слово буквально, мы были бы вынуждены прийти къ примѣненію art. 1927. Но обыкновенный договор *dépôt* устанавливается къ выгдѣ собственника, тогда какъ в данномъ случаѣ имѣетъ мѣсто договоръ интересующій какъ кредитора, такъ и должника. Возвратимся, однако, къ art. 1137. По указанію этого art., залогоприниматель долженъ заботиться о сохраненіи залога какъ *diligens pater familias*, совершать соответствующіе акты протеста и проч. ¹⁾.

Вслѣдствіе этого, онъ не отвѣчаетъ в случаѣ *force*

majeure и т. под. Что же касается до могущаго случиться пониженія цѣны требованія, то залогоприниматель отвѣчаетъ лишь за *culpa*.

Контрарный искъ, принадлежащій залогопринимателю относится до эвентуальныхъ обязанностей кредитора. Мы говоримъ эвентуальныхъ потому, что онѣ не порождаются прямо и непосредственно договоромъ, которой могъ бы быть классифицированъ между договорами синаллагматическими, несовершенными. Посредствомъ указанного иска, залогоприниматель можетъ искать возмѣщенія за необходимыя и полезныя издержки на заложенную вещь; онъ можетъ вознаграждать себя за *dolus* кредитору и можетъ требовать установленія новаго залога, если ему заложено требование, не имѣющее цѣны или недѣйствительное. Мы найдемъ подтвержденіе этого в римскомъ правѣ. Такъ извѣстно, что в отношеніи корреальныхъ обязательствахъ существуетъ принципъ, что если одна сторона погрѣшаетъ в обязательствѣ, то другая освобождается отъ обязательства. Art. 1184 (C. civil) есть выраженіе именно этой идеи; art. же 2092 есть одно изъ ея примѣненій. Этотъ art. уполномочиваетъ залогопринимателя удерживать требование, которое было ему заложено впредь до полного погашенія его собственного требованія; по римскому же праву залогоприниматель, в подобномъ случаѣ, имѣетъ *ex. doli mali* противъ должника залогодателя. Посмотримъ, можетъ ли это право ретенціи принадлежать третьему лицу, причемъ будемъ разсуждать лишь съ точки зрѣнія личныхъ отношеній между сторонами, которыя устанавливаютъ залогъ. Замѣтимъ прежде всего, что указанное право ретенціи не должно смѣшиваться съ привилегіей. В случаѣ залога, эти два права существуютъ, оставаясь различными; но во многихъ другихъ случаяхъ право ретенціи существуетъ изолированно. Такъ напримѣръ депозитарь, которому должно что либо на основаніи дого-

¹⁾ Req. 26 juin 1866, S. 66, I, 337.

вора поклажи, имѣть право ретенціи на основаніи art. 1948, но не имѣть привилегіи. То же можно сказать о коммодатарѣ. Самъ залогоприниматель можетъ имѣть одно право ретенціи если онъ не выполнилъ, напр., конститутивныхъ формальностей привилегіи, требуемыхъ согласно art. 2074 и 2075 и т. под. Если же существуетъ (art. 2082) со стороны того же должника и въ отношеніи того же кредитора другой долгъ, заключенный послѣ установленія залога, причемъ срокъ его наступаетъ до уплаты перваго долга, то кредиторъ не можетъ быть лишенъ залога, прежде полной уплаты перваго или втораго долга, даже и тогда когда не было никакого обращенія залога въ уплату втораго долга. На какомъ же основаніи, спрашивается, покоится этотъ долгъ? Есть ли онъ арбитражное созданіе залогодателя? Легко доказать, что онъ есть просто выраженіе воли сторонъ. Несомнѣнно, что въ моментъ, когда заимодавецъ совершалъ вторую ссуду, онъ не говорилъ о специальныхъ гарантіяхъ. Но обратимся къ сущности вещей. Заимодавецъ во время первой ссуды требовалъ гарантіи, а слѣдовательно а fortiori онъ долженъ былъ бы требовать гарантіи и для второй ссуды. Этой гарантіи онъ не требуетъ; но обыкновенно онъ обнаруживаетъ свое недовѣріе, ссужая на срокъ болѣе короткій, чѣмъ въ первый разъ. Этотъ же фактъ можетъ быть объясняемъ лишь тѣмъ, что заимодавецъ рассчитывалъ и долженъ былъ рассчитывать на залогъ уже установленный. А такая точка зрѣнія на заимодавца позволяетъ намъ сдѣлать слѣдующія два заключенія: 1) art. 2082 не долженъ быть примѣняемъ, если залогъ былъ первоначально доставленъ третьимъ лицомъ или если кредиторъ не сдѣлался уполномоченнымъ втораго требованія, вслѣдствіе эффекта суброгаціи или цессии или даже сукцессии, потому что тогда не было бы между сторонами тѣхъ личныхъ отношеній, интерпретація которыхъ содержится въ art. 2083; 2) если первый и второй долги стипулированы

къ уплатѣ въ одинъ и тотъ же срокъ, то art. 2082 можетъ быть примѣняемъ безъ затрудненія (*Ubi eadem ratio, idem jus*). Но если сроки перваго и втораго долга не одинаковы, то вопросъ усложняется. Можетъ случаться, что первое требованіе не будетъ еще срочно въ тотъ моментъ, когда второе становится уже способнымъ ко взысканію. Развѣ мы скажемъ въ такомъ случаѣ, что второе требованіе не гарантировано молчаливымъ залогомъ? Обыкновенно отступаютъ отъ строгости подобнаго рѣшенія, потому что, собственно говоря, оно идетъ противъ интересовъ заимодавца. Оно должно быть весьма ограниченнымъ, хотя и основывается на текстѣ закона. Въ самомъ дѣлѣ, въ art. 2082 мы читаемъ: «...другой долгъ сталъ подлежащимъ погашенію до уплаты перваго долга». Въ виду необходимости буквальнаго примѣненія указанныхъ словъ, очевидно, что залогоприниматель не можетъ располагать залогомъ. Но спрашивается, не могутъ ли стороны стипулировать, чтобы залогоприниматель не имѣлъ права продажи залога, въ случаѣ неуплаты. Такая оговорка была бы однако очевидно противорѣчащей общей природѣ залога.

Если залогоприниматель выбираетъ продажу залога, то она происходитъ съ аукціона и слѣдовательно на наличныя деньги¹⁾. Titres VIII и X du C. pr. civ. содержатъ при этомъ правила, специально на случай такой продажи заложенныхъ требованій. Истинную гарантію должника составляютъ формальности, которыя сопровождаютъ продажу съ аукціона. При этомъ должно признать, что разрѣшеніе судьи не необходимо, если залогоприниматель имѣетъ подлежащій исполненію titre или если въ закладномъ договорѣ

¹⁾ C. pr. civ. art. 642.

оговорено, что онъ имѣетъ право, въ случаѣ неуплаты въ извѣстный срокъ продать залогъ, безъ особаго къ тому уполномоченія. Art. же 2078 (C. civil) указываетъ, что всякія оговорки, которыя уполномочиваютъ кредитора присвоить залогъ или располагать имъ безъ соблюденія установленныхъ формальностей—недѣйствительны. Такая диспозиція, очевидно, имѣетъ цѣлью препятствовать установленію *pacte commissoire* т. е. соглашенія, на основаніи котораго кредиторъ становится собственникомъ залога, вслѣдствіе одного факта неуплаты въ срокъ. Названное препятствіе, указываемое въ art. 2078 примѣняется не только къ договорамъ, заключаемымъ *in continenti*, но и къ тѣмъ, которые присоединяются къ договору *ex intervallo*.

На ряду съ этимъ, существуетъ, тѣмъ не менѣе, извѣстное число употребляемыхъ въ практикѣ оговорокъ, которыя позволяютъ указанное присвоеніе залога, но должно остерегаться отъ смѣшенія ихъ съ *pacte commissoire*. Разсмотримъ нѣкоторые виды упомянутыхъ оговорокъ. Такъ, можетъ имѣть мѣсто соглашеніе между сторонами, что въ случаѣ неуплаты въ срокъ, залогъ остается въ уплату кредитору, по оцѣнкѣ экспертовъ, по ихъ выбору и въ связи съ тѣмъ, оцѣненъ ли залогъ выше или ниже суммы долга. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредитору дозволяется также, въ случаѣ неуплаты въ срокъ, взять въ уплату одинъ изъ объектовъ имущества должника. Въ другихъ случаяхъ можетъ имѣть мѣсто, что должникъ до или послѣ срока долга цедируетъ кредитору, свой залогъ. Примѣнимъ ли, спрашивается, въ подобныхъ случаяхъ art. 2078? Должно отвѣтить отрицательно, потому что иначе значило бы забыть правило, которое не дозволяетъ экстензивныхъ интерпретацій, какихъ бы ни было запрещеній. Въ первомъ изъ указанныхъ случаевъ мы находимъ интервенцію третьяго лица, незаинтересованнаго, которая требуется по закону потому, что цѣна залога должна

быть опредѣлена экспертами. Во второмъ случаѣ идетъ рѣчь о кондиціональной продажѣ, которая опирается на принципъ свободы соглашеній, и наконецъ, въ третьемъ изъ указанныхъ случаевъ—цѣна залога не есть вовсе сумма долга, она составляетъ предметъ позднѣйшаго закладнаго соглашенія и должникъ, передающій свою собственность, актуально, а не кондиціонально поступаетъ наиболее правильно. Такимъ образомъ, въ указанныхъ трехъ случаяхъ нельзя видѣть ни наличности, ни опасностей *pacte commissoire*.

Разсмотримъ теперь эффектъ залога долговыхъ требованій въ отношеніи третьихъ лицъ. Согласно art. 2073 (C. civil) «залогъ даетъ кредитору право получить уплату изъ вещи, которая есть объектъ залога, въ качествѣ привилегіи и преимущества передъ другими кредиторами». Но уже *coutume de Paris* (art. 181) говоритъ, что привилегія не имѣетъ мѣста, коль скоро кредиторъ лишенъ движимости, которая была ему заложена. Art. 2102 (C. civil) повторяетъ ту же идею, но въ другой формѣ и съ другой точки зрѣнія. Какова на самомъ дѣлѣ природа этой привилегіи? Положимъ, что это истинная привилегія; но согласенъ ли съ этимъ законъ? Art. 2095 опредѣляетъ привилегію, какъ «право, согласно которому качество требованія даетъ кредитору предпочтеніе передъ другими кредиторами». Ясно, однако, что такая дефиниція не можетъ быть примѣняема къ праву залогопринимателя, потому что право послѣдняго не рѣшаетъ о качествѣ требованія, ипотека же можетъ быть устанавливаема для гарантіи каждаго требованія.

При этомъ необходимо имѣть въ виду, что настоящая ипотека можетъ и не сопровождаться фактомъ владѣнія; если же законъ не употребляетъ слово «ипотека», то это по прежнему характеру языка, который слово ипотека никогда не употреблялъ тамъ, гдѣ владѣніе должно было быть переда-

ваемо кредитору. Мы видѣли выше, что въ римскомъ правѣ столь рѣзкаго различія (которое дѣлаетъ наше право) между залогомъ и ипотекой, не существовало. Кредиторъ, чтобы получить реальную гарантію, не долженъ былъ владѣть вещью, потому что онъ вступалъ во владѣніе, когда вчинялъ *act. hypothecaria*. Въ современномъ же французскомъ правѣ принципы владѣнія движимостью противорѣчатъ такому положенію. Въ принципѣ залогоприниматель имѣетъ закладное право тотчасъ, но онъ не можетъ осуществлять его иначе, какъ исключительно въ виду *art. 2279*. Конфликты между правами различныхъ кредиторовъ залогопринимателя, равно какъ и конфликты между ипотекарами, нормируются по принципу *prior tempore, potior jure*.

Переходя къ разсмотрѣнію вопроса по *droit commercial*, необходимо замѣтить, что мы будемъ излагать не доктрину торговаго права, но лишь пункты разногласій, въ противоположность суммѣ вышеизложенныхъ принциповъ залога, примѣняемаго къ требованіямъ въ обще-гражданскомъ оборотѣ ¹⁾. Совокупность заложенныхъ принциповъ составляетъ общее право (*droit commun*). *Droit commercial* составляетъ право специальное. Но до закона 1863 г. торговый залогъ нормировался тѣми же правилами, какъ и гражданскій. Законъ 1863 г. сдѣлалъ въ этомъ отношеніи весьма существенныя нововведенія. Законъ этотъ имѣлъ въ виду утвердить и освятить ту реформу, которая можетъ быть названа мобилизаціею капиталовъ. Несомнѣнно, однако, что названный законъ не имѣлъ въ виду требованій, которыя облекались въ древнюю форму гражданскаго права. Диспо-

¹⁾ Такой системы изложенія соответствующихъ принциповъ торговаго права придерживаются и *Chaufton* (*de pign. nom.* стр. 20) и *Vignerot* (*du pign. nom.* стр. 205).

зиціи *art. 2075* (*C. civil*), касательно движимыхъ требованій, которыхъ цессіонаръ не можетъ быть лишёнъ иначе какъ подъ условіемъ сигнификаціи должнику, являются неотмѣненными. Необходимость подчиненія формамъ, указаннымъ въ *art. 2075* для установленія привилегіи кредитора залогопринимателя, заставляетъ кредитора слѣдовать при реализаціи залога правиламъ *art. 2078*.

Что касается до заклада требованій именныхъ (*titres nominatifs*) и способныхъ къ передачѣ посредствомъ деклараціи о передачѣ въ специальныхъ регистрахъ, то сюда относятся слѣдующіе виды цѣнностей.

1) *Rentes sur l'État*. Большая часть ихъ — именные. До *Ordon. 29 avr. 1831*, онѣ были даже всѣ именные. По опредѣленію же *art. 1* этого *Ord.* онѣ могутъ быть превращаемы *au porteur*. Но *art. 9* того же *Ord.* указываетъ, что эта конверсія не допускается «для всѣхъ инскрипцій, которыя будутъ представлять капитальное обезпеченіе, установленіе маіоратовъ и т. п.».

2) Обязательства, результирующія займы, заключенные городами. Они суть или именные или на предъявителя. При этомъ, различные займы города Парижа установлены въ видѣ обязательствъ, которыя всѣ суть на предъявителя.

3) Именные акціи и облигаціи желѣзныхъ дорогъ.

4) Именные акціи *Banque de France*.

5) Именные требованія, касающіяся *Crédit foncier*, и наконецъ

6) Именные акціи и облигаціи компаній (финансовыхъ, индустріальныхъ и торговыхъ).

Законъ 1863 г. различаетъ между *gage civil* и *gage commercial* даже и въ отношеніи этихъ цѣнностей. Но до 1863 г. это различіе между *gage civil* и *gage commercial* не имѣло мѣста. До закона 1863 года, залогъ цѣнностей именныхъ не имѣлъ силы въ отношеніи третьихъ лицъ, безъ установ-

ления соответствующаго о немъ акта публичнаго или *sous seing privé enregistré*. Этого требовалъ art. 2075 (C. civil) и въ этомъ отношеніи не допускалось никакихъ ограниченій. Гораздо серьезнѣе вопросъ о томъ, должно ли примѣнять art. 2075, когда объектомъ залога являются государственныя ренты. Повидимому, однако, залогъ государственныхъ рентъ долженъ быть совершаемъ не иначе, какъ путемъ соответствующей регистраціи ¹⁾. Касательно юридическихъ послѣдствій заклада указанныхъ именныхъ требованій до закона 1863 г., примѣнялись общія правила, съ тою лишь особенностью, что когда закладывались заложенные именные цѣнности котируемыя на биржѣ, тогда продажа этихъ цѣнностей происходила на биржѣ, черезъ *agent de change*, а не съ аукціона.

Таковы правила, которымъ подчинялся залогъ именныхъ цѣнностей — до закона 1863 г. Какія же нововведенія произвелъ этотъ законъ? Въ настоящее время залогъ, устанавливаемый купцами и не купцами для торговаго дѣйствія разсматривается въ отношеніи третьихъ лицъ, какъ и въ отношеніи договаривающихся сторонъ, сообразно особымъ диспозиціямъ. Въ отношеніи же именныхъ акцій и облигацій компаній финансовыхъ, индустриальныхъ и проч., залогъ можетъ быть устанавливаемъ какъ и прежде, не иначе какъ посредствомъ трансферта, ради гарантіи, записаннаго въ спеціальныя регистры. Залогъ гражданскій остается, слѣдовательно, такимъ же, какимъ онъ былъ до закона 1863 г.; равнымъ образомъ, залогъ устанавливаемый относительно государственныхъ рентъ остается въ зависимости отъ тѣхъ же формъ, какъ и до закона 1863 г., ибо въ имѣющемся перечисленіи, ренты эти не указаны.

Ближайшимъ образомъ, нововведенія закона 1863 года касаются *gage commercial*.

¹⁾ Ср. art. 2075 и 2076 (C. civil).

Въ отношеніи установленія торговаго залога, разсматриваемый законъ ссылается на art. 109 C. de comm. «Средства доказательства, перечисляемые въ art. 109», читаемъ мы въ *Exposé des motifs*, «были экспериментированы въ области совершенно аналогичной, откуда мы и узнаемъ о томъ, чего должно держаться для обезпеченія правъ третьихъ лицъ».

Въ отношеніи цѣнностей именныхъ, которыя передаются посредствомъ декларацій о трансфертѣ, названный законъ допускаетъ чрезвычайное облегченіе. Актъ заклада нуждается въ регистраціи. Залогъ долженъ быть передаваемъ и оставаться во владѣніи кредитора и третьяго лица, по соглашенію между сторонами. Спрашивается, примѣняется ли это къ цѣностямъ, передача которыхъ происходитъ путемъ трансферта? Реализація трансферта, очевидно, дѣлаетъ невозможною алиенацію *titre'a* безъ содѣйствія и соглашенія лица заинтересованнаго. Заимодавецъ, слѣдовательно, долженъ придерживаться гораздо болѣе трансферта, чѣмъ матеріальной передачи *titre'a*. Что касается до деклараціи о трансфертѣ, то она играетъ въ настоящее время ту же роль, какъ и сигнификація. Но мы знаемъ, что сигнификація не достаточна для того, чтобы установить закладное отношеніе касательно третьихъ лицъ. То же рѣшеніе должно быть признано вѣрнымъ и для деклараціи о трансфертѣ. Обращаясь къ разсмотрѣнію соответствующихъ юридическихъ послѣдствій, мы находимъ нововведеніе закона 1863 г. и въ этомъ отношеніи. Согласно art. 93 (C. de comm.) въ случаѣ неуплаты въ срокъ, кредиторъ можетъ черезъ 8 дней послѣ сигнификаціи, сдѣланной должнику обратиться къ публичной продажѣ обязательствъ, отданныхъ въ залогъ. Въ настоящее же время указанное ограничительное положеніе болѣе не обязательно.

Перейдемъ къ вопросу о закладѣ *titres à ordre*, передаваемыхъ посредствомъ индоссамента.

Titres à ordre создаются, большей частью, въ интере-

сахъ частнаго оборота. Къ нимъ относятся: векселя, чеки и проч., однимъ словомъ, всѣ цѣнности, извѣстныя подъ коллективнымъ названіемъ *effets de commerce*.

Въ отношеніи формы разбираемаго вида залога, должно замѣтить, что до 1863 года, законъ гражданскій и законъ торговый одинаково молчали объ этомъ предметѣ. Два мнѣнія раздѣляли теорію и практику. Господствующее мнѣніе было то, что формальности, предписанныя въ art. 2075 (C. civil) въ данномъ случаѣ не обязательны. При этомъ ссылались на art. 136 (C. de comm.), тогда какъ art. 2075 (C. civil) считался предписывающимъ для установленія залога тѣ же формы, какъ и art. 1690 (C. civil) для цессіи. Истинно однако лишь то, что C. de comm. молчалъ относительно спорнаго вопроса, почему и должно придти къ признанію порядка установленія залога, указаннаго въ текстѣ art. 2075 и сл. (C. civil).

Индоссаменты могутъ быть допускаемы лишь какъ замѣстители того, что требуется по art. 2075. Должно лишь, чтобы залогъ имѣлъ извѣстную дату, опредѣляемую однимъ изъ способовъ, перечисленныхъ въ art. 1328 (C. civil.), такъ какъ залогъ, такъ называемыхъ, *valeurs négociables* можетъ быть устанавливаемъ посредствомъ обыкновеннаго индоссамента, указывающаго, что цѣнности передаются для гарантіи. Если, слѣдовательно, индоссаментъ не будетъ соединять въ себѣ всѣ условія требуемыя art. 137 (C. de comm.), то залогоприниматель можетъ прибѣгать къ способамъ доказательства, указаннымъ въ art. 109 (C. de comm.).

Вопросъ о юридическихъ послѣдствіяхъ разбираемаго вида залога разрѣшается согласно art. 91 (C. de comm.), по которому торговая цѣнность, данная въ залогъ могутъ быть продаваемы залогопринимателемъ.

Послѣднюю группу требованій, которыя могутъ быть закладываемы, составляютъ требованія, имѣющія форму на предъявителя (*au porteur*). *Titres au porteur* способны къ цессіи путемъ простой передачи *titre à*. Здѣсь нѣтъ надобности

въ письменномъ актѣ, въ сигнификаціи, равно какъ и деклараціи о трансфертѣ; здѣсь исчезла даже упрощенная формальность индоссамента. Право инкорпорировано въ *titre* и передается вмѣстѣ съ нимъ, какъ тѣлесная вещь. Art. 2279 (C. civil), со своимъ всемогущественнымъ принципомъ «*possession vaut titre*», примѣняется къ матеріализаціи права.

Создавая *titres au porteur*, законодатель хотѣлъ облегчить передачу и слѣдовательно циркуляцію кредитныхъ бумагъ. Сдѣлавъ это, онъ вызвалъ чрезвычайное расширеніе кредитнаго оборота. Но несомнѣнно, что онъ не хотѣлъ отстранить требованія въ формѣ *titres au porteur*, отъ *droit commun des créances*. Поэтому, въ принципѣ, всѣ основныя правила, которымъ подчинены требованія должны быть примѣняемы и къ требованіямъ въ формѣ *au porteur*. Но форма *au porteur* допускаетъ изъятіе требованія отъ всякихъ правилъ, которыя должны быть обязательны согласно *droit commun*; въ отношеніи *titres au porteur* все сводится къ вопросу о владѣніи. Каковы же, спрашивается, суть формы этого залога? До 1863 г. здѣсь не различали залога гражданскаго и торговаго. Со времени же закона 1863 г., съ одной стороны, основываются на положеніи, согласно которому простая традиція *titres au porteur* дѣйствуетъ какъ *transport*, даже въ отношеніи третьихъ лицъ, такъ какъ по *droit commun*—формы цессіи подобны формамъ залога; съ другой, совершенно основательно указываютъ, что нѣтъ никакого основанія освобождать залогъ *titres au porteur* отъ дѣйствія общихъ гражданскихъ формъ. Въ этомъ смыслѣ высказывается и *Cour de cassation*. Должно однако различать, когда *titres au porteur* суть акціи, и когда идетъ рѣчь о безтѣлесныхъ движимостяхъ, которыя нормируются по art. 2075; но нѣтъ никакой надобности требовать сигнификаціи, и art. 2075 долженъ быть примѣняемъ лишь частью. Освященіе подобной идеи мы видимъ въ рѣшеніяхъ *tribunal de commerce de la Seine*, равно какъ и въ рѣшеніяхъ *de la cour*

d'Alger. Когда же имѣть мѣсто залогъ торговый, тогда очевидно, что art. 2075 не можетъ быть примѣняемъ.

Примѣняемый ко всякимъ движимостямъ, залогъ, устанавливаемый купцомъ, нормируется въ отношеніи третьихъ лицъ, сообразно диспозиціямъ art. 109 (C. de comm.). Собственность же на titres au porteur можетъ быть передаваема безъ индоссамента и безъ нотификаціи должнику, коль скоро идетъ рѣчь объ обязательствахъ и посредствомъ простой традиціи, абсолютно, какъ собственность на всякаго рода движимости.

Въ заключение, можно упомянуть объ особенностяхъ залога долговыхъ требованій въ пользу привилегированныхъ учреждений. Такими привилегированными учреждениями во Франціи являются Banque de France; comptoirs и sous-comptoirs d'escompte и Crѣdit foncier, причемъ особенности въ отношеніи совершаемаго въ ихъ пользу залога долговыхъ требованій заключаются въ устраненіи извѣстныхъ обременительныхъ формальностей, касательно установленія залога, какъ гражданскаго, такъ и торговаго.

Законодательство русское.

Что касается нашего дѣйствующаго законодательства ¹⁾, то въ виду отношенія на основаніи ст. 402 (т. X. ч. 1 изд. 1887 г.) «всякаго рода обязательствъ» къ имуществамъ «движимымъ»,

¹⁾ По мнѣнію, установленному Мейеромъ, древне-русское право залога имѣетъ такое же значеніе, какъ древне-римское pactum fiduciae (Ср. Ак. Юр. № 106, 241, 422). Хотя на ряду съ этимъ, у насъ существовали и другія формы, напоминавшія римское pignus, тѣмъ не менѣе, существованіе залога долговыхъ требованій въ древнѣйшемъ русскомъ правѣ должно быть безусловно отрицаемо. (Ср. Мейеръ, др. русск. пр. залога, стр. 17. Владим. Буд. Христомъ. — Обзоръ ист. русск. пр. Вып. II, стр. 216).

очевидно, что общія положенія «о закладѣ движимыхъ имуществъ», указанныя въ т. X. ч. 1. Кн. IV. Разд. II. гл. 4, въ противоположность положеніямъ о залогѣ недвижимостей (тамъ же гл. 3) должны быть примѣняемы и къ долговымъ требованіямъ, какъ объектамъ закладной сдѣлки, причемъ самую сдѣлку скорѣе должно называть закладомъ долговыхъ требованій, нежели ихъ залогомъ, въ виду употребленія нашимъ законодательствомъ термина залога въ отношеніи имуществъ недвижимыхъ и термина залога, относительно имуществъ движимыхъ.

На ряду съ указанными общими положеніями о закладѣ движимостей, въ нашемъ законодательствѣ имѣются довольно существенныя спеціальныя положенія, касательно залога отдѣльных видовъ долговыхъ требованій, равно какъ и порядка совершенія указаннаго залога въ извѣстныхъ кредитныхъ учрежденіяхъ. Сюда относятся, съ одной стороны, положенія касательно «залога акцій и процентныхъ бумагъ по поводу ссуды подъ оныя», также какъ и положенія относительно нѣкоторыхъ видовъ кредитныхъ бумагъ, какъ объектов залога по договорамъ съ казною, а съ другой стороны, спеціальныя положенія о закладѣ различнаго рода кредитныхъ бумагъ въ Государственномъ и Городскихъ Общественныхъ Банкахъ.

Указанныя положенія, относительно ссудъ подъ акціи и процентныя бумаги «лицами всѣхъ состояній» содержатся въ ст. 2168 (т. X. ч. 1) ¹⁾. Передача залогопринимателю закладываемыхъ ему акцій и процентныхъ бумагъ совершается, согласно ст. 2168, если бумаги передаются съ переводными надписями, вмѣстѣ съ «объявленіемъ» въ Правленіе подлежащей компаніи для перевода такихъ акцій или бумагъ на

¹⁾ Ср. сб. рѣш. гр. К. Деп. Правит. Сен. 1885. №№ 89, 126. 1887. № 21.

имя предъявителя; другія же бумаги передаются по бланковымъ надписямъ, а писанныя на предъявителя—безъ всякихъ надписей ¹⁾. Указанная передача съ цѣлью заклада сопровождается выдачею залогодателемъ залогопринимателю особаго «письма», согласно которому залогопринимателю предоставляется право, въ случаѣ неплатежа въ назначенный срокъ, или продать заложенные акціи и бумаги другому лицу, или оставить ихъ за собою, по существующей биржевой цѣнѣ ²⁾. Залогоприниматель, съ своей стороны, выдаетъ залогодателю «письменное удостовѣреніе» въ принятіи извѣстныхъ акцій или бумагъ и въ обязательствѣ ихъ возвращенія, по соотвѣтствующей уплатѣ долга, причѣмъ дѣлается вышеуказанная оговорка о реализаціи заложенныхъ бумагъ.

Въ связи съ замѣчаніемъ, что разбираемые правила относятся до производства ссудъ «во всѣхъ городахъ Имперіи, гдѣ находятся Маклеры»—при производствѣ ссудъ подъ акціи и другія процентныя бумаги соблюдаются общія формальности, установленныя для маклерскихъ записокъ ³⁾. Очевидно, такимъ образомъ, что указанныя выше письменныя удостовѣренія, взаимно даваемыя залогодателемъ и залогопринимателемъ имѣютъ въ виду гарантію названныхъ лицъ, въ отношеніи ихъ взаимныхъ правъ и обязанностей. Гарантія эта является, однако, не полною.

Обезпечивая право залогопринимателя путемъ указанія, напримѣръ, что залогодатель долженъ сдѣлать письменную оговорку, согласно которой, если чрезъ продажу заложенныхъ акцій и бумагъ вся ссуженная сумма съ причитающимися процентами не будетъ выручена, то получитель ссуды

¹⁾ Т. X. ч. 1. ст. 2168 п. 3.

²⁾ Тамъ же п. 1.

³⁾ Тамъ же п. 4. У. Торг. ст. 639.

доплату недостающаго количества принимаетъ на себя ¹⁾, разбираемая статья совсѣмъ не касается вопроса о выдачѣ залогодателю излишка, за покрытіемъ долга изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенныхъ акцій и бумагъ. Разсматриваемыя правила являются недостаточными еще и въ другихъ отношеніяхъ. Полномочіе, напримѣръ, залогопринимателя, руководствуясь свободнымъ выборомъ, вмѣсто продажи оставить заложенные бумаги за собою, хотя и по биржевой цѣнѣ, напоминая римскую *lex commissoria*, очевидно можетъ быть весьма невыгоднымъ для залогодателя. Кромѣ того, разсматриваемыя правила не содержатъ въ себѣ необходимыхъ специальныхъ положеній, касательно соотвѣтствующаго объявленія о совершаемой закладной сдѣлкѣ, такъ какъ упомянутый формализмъ маклерскихъ записокъ является слишкомъ общимъ и потому во многомъ не соотвѣтствующимъ. Упомянутое же въ ст. 2168 «объявленіе», дѣлаемое залогодателемъ въ Правленіе подлежащей компаніи для перевода на имя залогопринимателя тѣхъ изъ заложенныхъ бумагъ, которыя передаются съ переводными надписями, имѣетъ въ виду лишь общій порядокъ передачи извѣстнаго рода бумагъ. А указаніемъ какъ на объекты заклада, наряду съ бумагами именными, совершенно безрлично, и на извѣстнаго рода бумаги на предъявителя, разсматриваемыя правила смѣшиваютъ различные объекты заклада, которые, повидимому, должны быть различаемы.

По вопросу о закладѣ извѣстнаго рода кредитныхъ бумагъ въ обезпеченіе казенныхъ подрядовъ и поставокъ—ст. 77 («Положенія о Казенныхъ Подрядахъ и Поставкахъ») указываетъ какіе именно виды бумагъ могутъ быть закладываемы.

¹⁾ Т. X. ч. 1. ст. 2168 п. 1.

Главною же особенностью залога различного рода кредитных бумаг въ обеспечение договоровъ съ казною является то обстоятельство, что залогъ по договору съ казною не служитъ, подобно залогу между частными лицами, исключительнымъ средствомъ удовлетворенія взысканія, но, кромѣ залога, отвѣчаетъ и все прочее свободное имущество должника, такъ какъ когда на неисправнаго контрагента налагается взысканіе по договору, то оно обращается первоначально на самого должника и уже за недостаткомъ у него имѣнія—на залоги ¹⁾).

Особенности ссудъ подъ залогъ процентныхъ и другихъ бумагъ, выдаваемыхъ Государственнымъ Банкомъ ²⁾, его Отдѣленіями ³⁾ и Конторами ⁴⁾ заключаются, главнымъ образомъ, въ «обязательствѣ» залогодателя выкупить залогъ къ назначенному сроку ⁵⁾ и сверхъ того, обезпечить Банкъ или добавочнымъ залогомъ или соотвѣтствующею уплатою, въ томъ случаѣ, если, въ то время, на которое выдана ссуда, биржевая цѣна на представленныя въ залогъ бумаги понизится на десять процентовъ противъ ихъ биржевой цѣны, состоявшей во время пріема ихъ въ залогъ ⁶⁾. Съ наступленіемъ указаннаго пониженія биржевой цѣны заложенныхъ бумагъ, Банкъ предувѣдомляетъ заемщика и если чрезъ шесть дней не получить добавочнаго обезпеченія, то продаетъ весь залогъ или соразмѣрную его

¹⁾ Пол. о Казенныхъ Подряд. и Поставк. ст. 220.

²⁾ У. Кред. Разд. IV. (У. Гос. Б.) ст. 71—83.

³⁾ Тамъ же ст. 249.

⁴⁾ Тамъ же, ст. 226.

⁵⁾ Разбираемая ссуды выдаются на сроки отъ трехъ до шести мѣсяцевъ и не менѣе какъ на тридцать дней (ст. 73, 74), причемъ самыя ссуды подъ различнаго рода процентныя бумаги не должны превышать отъ семидесяти пяти до восьмидесяти пяти процентовъ съ цѣны закладываемыхъ бумагъ, по послѣднему биржевому курсу.

⁶⁾ Тамъ же, ст. 76.

часть ¹⁾. Въ случаѣ просрочки залога, Банкъ имѣетъ право продать залогъ, безъ всякаго предувѣдомленія залогодателя ²⁾. Излишекъ же, оставшійся за покрытіемъ долга изъ суммы, вырученной отъ продажи залога, возвращается залогодателю ³⁾.

Положенія о закладѣ кредитныхъ бумагъ въ Городскихъ Общественныхъ Банкахъ ⁴⁾ не представляютъ большихъ особенностей.

Закладываемыя именныя бумаги должны быть переведены на имя Банка или снабжены передаточнымъ объявленіемъ, либо бланковою надписью, по правиламъ, какія соблюдаютъ при продажѣ этихъ бумагъ однимъ лицомъ другому ⁵⁾. При полученіи ссуды подъ залогъ процентныхъ бумагъ, залогодатель долженъ выдать Банку особое «обязательство», въ силу котораго, въ случаѣ невыкупа залога къ назначенному сроку, онъ отвѣчаетъ передъ Банкомъ, не только заложеннымъ, но и другимъ своимъ имуществомъ. При закладѣ же акцій и облигацій частныхъ компаній, заемщикъ обязывается сверхъ того, обезпечить Банкъ или добавочнымъ залогомъ или соотвѣтствующею уплатою, на случай извѣстнаго пониженія биржевой цѣны на представленныя въ залогъ бумаги ⁶⁾. Особенностью разбираемаго случая залога ⁷⁾ является указаніе на 10 льготныхъ дней, по истеченіи которыхъ, заложенные процентныя бумаги подвергаются продажѣ ⁸⁾.

¹⁾ Тамъ же, ст. 77.

²⁾ Ст. 78.

³⁾ Ст. 79.

⁴⁾ У. Кред. Разд. XI (Пол. о Город. Общ. Банк.) ст. 92—100.

⁵⁾ ст. 93.

⁶⁾ ст. 94.

⁷⁾ ст. 98.

⁸⁾ Ср. Сб. рѣш. Гр. К. Деп. Правит. Сен. 1884 г. № 116, 1887. № 28.

Въ Сводѣ Гражданскихъ Узаконовъ Губерній Остзейскихъ, по-

Что касается до вопроса объ удержаніи въ закладъ долговыхъ требованій, то, на первый взглядъ, нѣкоторое подобіе судебного удержанія въ закладъ долговыхъ требованій можно видѣть въ допускаемомъ нашимъ законодательствомъ

положенія, касающіяся разбираемаго института отличаются общимъ характеромъ, относясь до вопроса о закладѣ долговыхъ требованій вообще, а не тѣхъ или другихъ видовъ ихъ, въ частности. Не останавливаясь подробно на разсмотрѣніи упомянутого законодательства Остзейскаго, какъ законодательства мѣстнаго, считаю, тѣмъ не менѣе, не лишнимъ упомянуть о наиболѣе существенныхъ особенностяхъ.

Въ ст. 1357 Св. Гражд. Указовъ. Губ. Остзейскихъ (Кн. II. Разд. VI) указывается, что предметомъ закладнаго права могутъ быть всѣ вообще вещи, «конхъ отчужденіе положительно не запрещено» и притомъ «не только уже существующія, но и могущія явиться впредь, какъ тѣлесныя, такъ и безтѣлесныя, напр. долговыя обязательства». Признавая, такимъ образомъ, вполне возможнымъ закладываніе долговыхъ требованій, и считая такое закладываніе совершенно аналогичнымъ прочимъ видамъ заклада, Остзейское законодательство содержитъ въ ст. 1465—1468 и въ ст. 1490 указаннаго VI-го Раздѣла II-й Книги, положенія касательно особенностей, вызываемыхъ предметомъ названнаго заклада. Не указывая спеціально на способы установленія заклада долговыхъ требованій, въ ст. 1455 и 1468, Остзейское законодательство касается вопроса о значеніи денунціаціи, при закладѣ долговыхъ требованій. Согласно ст. 1465, кто приметъ въ залогъ право на чужое долговое обязательство, тотъ долженъ поставить о семъ въ извѣстность, выдавшаго означенное обязательство, въ предупрежденіе уплаты имъ долга своему прямому кредитору. Въ разъясненіе же значенія указанной денунціаціи, въ ст. 1468 говорится, что съ погашеніемъ заложеннаго обязательства прекращается и закладное на него право. Но если погашеніе будетъ сдѣлано, уплатою первоначальному кредитору, послѣ соответствующаго «предупрежденія» залогопринимателемъ, то указанная уплата не осво-

арестъ долговыхъ требованій, съ цѣлью обезпеченія правъ истца.

Объ указанномъ арестѣ говорится въ У. Гр. Суд. на ряду съ общими положеніями, касательно обезпеченія

обязываетъ должника залогодателя отъ отвѣтственности, по обязательству. Въ ст. 1466 и 1467 выясняются юридическія послѣдствія заклада долговыхъ требованій. Такъ, въ случаѣ если залогодателемъ не будетъ произведено своевременной уплаты долга, то залогоприниматель въ правѣ, согласно ст. 1466, или требовать удовлетворенія отъ того лица, обязательство котораго имъ принято въ залогъ, или продать заложенное обязательство другому лицу. Согласно ст. 1467, если отданное въ залогъ обязательство будетъ погашено исполненіемъ въ пользу залогопринимателя, то послѣдній, въ случаѣ полученія имъ денежной суммы, рассчитывается съ должникомъ, а въ противномъ случаѣ, т. е. если предметомъ заложеннаго требованія является тѣлесная вещь, приобрѣтаетъ на нее непосредственное закладное право. Предоставляя, такимъ образомъ, залогопринимателю, по совершеніи соответствующей денунціаціи (ст. 1465, 1468), право выбора между *jus exigendi* и *jus vendendi* (ст. 1466) и указывая на различіе послѣдствій, смотря потому, является ли закладываемое *pomen rescipiamum* или *corporeis alicujus*, въ видѣ признанія *compensatio* въ первомъ случаѣ и поставленія доставленной вещи *pignoris loco* (ст. 1467)—во второмъ, Остзейское законодательство поступаетъ совершенно въ духѣ римскаго права, на которое оно впрочемъ и ссылается. Кромѣ охраненія интересовъ залогодателя, обусловливаемого указаннымъ спеціальнымъ положеніемъ статьи 1467 (о расчетѣ залогопринимателя съ залогодателемъ, по поводу полученной первымъ денежной суммы), равно какъ и общимъ положеніемъ ст. 1342 (согласно которой, если заложенная вещь превышаетъ, по своей цѣнности, обезпечиваемое ею требованіе, то кредиторъ обязанъ возвратить должнику излишекъ, который останется за соответствующимъ удовлетвореніемъ)—охраненіе интересовъ залогодателя обусловливается еще и статьею 1490. На основаніи послѣдней, «кредиторъ, который получить въ закладъ долговое требованіе, съ передачею документа на оное, вступаетъ, по

исковъ вообще. Не разясняя, какова въ сущности, въ данномъ случаѣ, природа права кредитора, наше законодательство ограничивается лишь общими положеніями. Удовлетвореніе просьбъ объ обезпеченіи исковъ зависитъ, по нашему праву, отъ суда, но когда при самомъ предъявленіи ко взысканію долговаго обязательства, засвидѣтельствовааннаго установленнымъ порядкомъ, взыскатель потребуетъ обезпеченія, то судъ не въ правѣ отказать ему въ этомъ ¹⁾. Обезпеченіе исковъ, пока не послѣдовало рѣшенія по существу дѣла допускается или въ самомъ началѣ дѣла или во время дальнѣйшаго производства ²⁾. Установленіе обезпеченія при самомъ предъявленіи иска имѣетъ мѣсто лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ по соображенію доказательствъ истца усмотритъ, что необезпеченіе иска, представляющагося достовѣрнымъ, можетъ лишить истца возможности получить удовлетвореніе ³⁾. При назначеніи же обезпеченія, судъ опредѣляетъ сумму, до которой оно должно простираться, соразмѣрно цѣнѣ иска, подкрѣпленной доказательствами ⁴⁾. Обезпеченіе иска можетъ состоять, на ряду съ поручительствомъ, въ наложеніи запрещенія какъ на недвижимое имѣніе, такъ и на движимое, причемъ послѣднее можетъ быть, по требованію истца, подвергнуто аресту, хотя бы у отвѣтчика было и недвижимое имѣніе ⁵⁾.

отношенію къ этому требованію, въ права залогодержателя и, если нѣтъ другаго условія, воленъ, въ случаѣ неполученія на срокъ процентовъ, взимать тѣ, которые будутъ слѣдовать по заложенному ему требованію, съ обязанностью, по удовлетвореніи себя изъ оныхъ, излишекъ отдавать своему должнику».

¹⁾ У. Гр. Суд. ст. 125.

²⁾ Тамъ же, ст. 590.

³⁾ ст. 591.

⁴⁾ ст. 594.

⁵⁾ ст. 602, 607.

Указанныя положенія, относящіяся до движимости вообще, очевидно, должны относиться и до долговыхъ требованій въ частности. На ряду съ ними существуютъ, однако, и спеціальныя положенія. Такъ ст. 631—640 У. Гр. Суд. указываютъ порядокъ наложенія ареста на движимое имущество и денежныя суммы отвѣтчика, находящіяся у третьихъ лицъ или въ присутственныхъ мѣстахъ, результатомъ чего является пріостановленіе всякихъ выдачъ отвѣтчику, кромѣ случаевъ, спеціально указанныхъ въ законѣ.

Очевидно, однако, что видѣтъ въ указанномъ арестѣ долговыхъ требованій чрезъ посредство судьи, хотя и по инициативѣ истца, что либо сходное съ закладнымъ отношеніемъ возможно, только при условіи существованія, съ одной стороны, наличности у должника валюты достаточно цѣнной для того, чтобы можно было реально обезпечить искъ истца, а съ другой стороны — существованія лишь одного кредитора, а не нѣсколькихъ, потому что при существованіи послѣднихъ, хотя бы валюта была и достаточна для обезпеченія требованія одного изъ нихъ, арестованіе ея можетъ быть допущено для нѣсколькихъ кредиторовъ и тогда обезпеченіе требованій каждаго изъ послѣднихъ будетъ имѣть мѣсто лишь пропорціонально ихъ требованіямъ, что, очевидно, совершенно не согласно съ основными принципами закладнаго права вообще.

МѢСТА ИСТОЧНИКОВЪ.

Aes Malacitanum.	
с. 63	СТР. 23, 24
с. 64	22, 24, 27
с. 65	22, 24, 27
Lex Thoria. с. 20, 35	23, 24
Lex Servil. repet. с. 17	23
Lex Jul. municip. lin. 37	12
Gaj. Institutiones.	
II. 25.	5
38.	75, 89
59	5, 18
60.	10, 14
61	27, 28, 32
64	67
220.	9, 11
III. 180	91
200	19
201.	5, 18, 14
IV. 16	22
26.	35
28.	27
86.	102
97	152

	СТР.
147.	49
150.	51
182.	12
Pauli sententiae.	
II. 5. § 1	70
13. § 1	6, 16
§ 2	6, 10
§ 3	6, 15, 17
§ 4	15, 17
§ 5	6, 18
§ 6	6, 9, 11
§ 7	6
V. 1. § 1	5
26. § 4	14
Ulpiani fragmenta.	
XIX. 6	13
Codex Theodosianus.	
2. 4. de den. l. 2.	165
15. 14. de infirm. his quae sub tyran. l. 9.	4
Collatio leg. Mos. et Rom.	
X. c. 2. § 2	11
Fragmenta Vaticana.	
§ 263	92, 98
§ 333	152
Consult. vet. jurisc.	
VI. II	12
Institutiones D. Justin.	
4. 6. de act. § 7	54, 56, 64
4. 11. de sat.	158
§ 3.	152
Digesta D. Justin.	
1. 7. de adopt. l. 19	158
l. 27	242

	СТР.
2. 14. de pactis l. 7. §§ 5, 8	69
l. 10, 12	103
l. 16. pr.	103, 223
2. 15. de transact. l. 17	104, 138
3. 3. de procur. l. 16	98, 100
l. 27. § 1	130
l. 32	98
l. 39	152
l. 62	161
l. 65	154
3. 5. de n. g. l. 3. § 2	126
3. 4. quod. c. un. l. § 3	152
l. 49	145
4. 4. de min. l. 26.	152
5. 1. de jud. l. 69	71
5. 3. de H. P. l. 29	252
l. 31	155
6. 1. de rei v. 57	155
7. 4. quib. m. usufr. l. 5. § 2	61
8. 1. de servit. l. 16	179
l. 20.	144
8. 5 de usufr. ear. r. l. 5. § 1.	158
8. 42. de novat. l. 3	140
9. 2. ad. l. Aqu.	
l. 25. § 14	71
l. 30. § 1.	79
10. 2. f. ere. l. 20. § 2	155
10. 4. ad exhib. l. 9. § 4	158
11. 1. de int. l. 15	124
12. 4. de cond. l. 14	158, 163
12. 6. de c. ind. l. 57. § 1	146
12. 7. de cond. s. c. l. 2	163
l. 46. l. 51 pr.	155
13. 1. de c. f. l. 12. § 2	179
13. 6. commod. l. 3. § 3.	11
l. 5. § 2.	11
l. 17. § 2.	11

		СТР.
13	7. de pign. act. l. 4.	69, 73
	l. 6. pr.	125
	l. 8. § 4	69
	l. 9. § 1	61
	l. 13. § 1	252
	l. 16. § 1	254
	l. 18 pr.	76, 78, 105, 206, 231, 235, 239, 242, 246, 248
	l. 24. § 2	253
	l. 35. § 1	14
	l. 42	253
15	1. de pec. l. 3. § 11.	91
	l. 36	5
	l. 51	92
16.	1. ad S.C. Vellej. l. 13. § 1	60
16.	2. de compens. l. 18 pr.	99
	l. 1. § 32	135
16.	3. depos. l. 1. § 37	155, 160
	§ 42	5
	l. 7. § 1	11
17.	1. mand. l. 10. § 12	166
	l. 12. § 16	191
	l. 22. § 10	145
	l. 26. § 2	124
	l. 29. pr.	135
	§ 1	135
	§ 2	135
	§ 3	136, 138
	§ 6	155
17.	2. pro socio. l. 1, 2	99
	l. 3 pr.	100
18.	1. de contr. emt. l. 28	72
	l. 72. pr.	69
	18. 4. de hered. l. 17, 19	78
	l. 23. § 1	143
18.	6. de peric. l. 1. § 3	12

		СТР.
19.	1. de act. l. 13. § 8	241
20.	1. de pign. et hyp. l. 1. § 1	71
	§ 37	227
	l. 3. § 2	71
	l. 4	60
	l. 5. § 1	64
	l. 11. § 1	241
	l. 13. § 2	75, 239, 242
	§ 4	14, 60
	l. 20	209, 231, 235, 237, 239
	l. 29. § 2	61
	l. 35	67
20.	2. in. quib. c. l. 1	188
	l. 5	188
20.	4. qui pot. l. 11. § 4	60
	l. 12. § 10	71
20.	5. de d. p. l. 9. pr.	60, 238
20.	6. quib. m. l. 6. pr.	60
21.	1. de aedil. l. 31. § 8	241
21.	3. de exc. l. 3	119
24.	1. de donat. l. 39	135
24.	3. sol. m. l. 2. § 3	155
	l. 22. §§ 4, 10	155
26.	7. de adm. l. 23	152
27.	9. de cur. l. 5, 9	215
de legat.	I. l. 44. § 5	134
	II. l. 8. § 36	227
	l. 78. § 4	71
	III. l. 11. § 13.	78
	l. 59	143
33.	4. de d. pr. l. 1. §§ 9, 13	155
	l. 7 § 4.	158, 162
	§ 5	158
36.	1. ad. S.C. Trebell. l. 1. § 2	102
	l. 16. § 3	155
	l. 21	135

	ctp.
l. 27. § 7	104
l. 37. pr.	134
§ 1	138
36. 4. ut in p. l. 3. § 2	152
39. 2. de d. inf. l. 15. § 28	158
41. 2. de exc. l. 30. § 1	60
41. 7. de acquir. r. l. 16	71
42. 1. de re jud. l. 15. § 7.	213, 214
§ 9	214, 244, 510
§§ 10, 12	216
l. 31	212
l. 40	214
42. 8. quae in fr. l. 6. § 11	127
43. 31. de utrobi. l. pr.	51
44. 4. de doli mali. l. 4. § 27.	119, 120
§ 29	127
§ 31.	120, 127
§ 32	119
§ 33	120
44. 7. de O. et A. l. 49	137
46. 1. de fid. l. 27 § 4.	242
46. 2. de novat. l. 10	137
l. 11. § 1	92, 98, 131
l. 12. § 2	135
l. 29	94
l. 32	135
l. 34. § 3	135
l. 51	135
46. 3. de solut. l. 12. § 2	124
l. 26	238
l. 32. § 3	124
l. 51	124
l. 76	139
l. 106	132, 135
45. 7. jud. solvi. l. 14. § 1.	155
46. 5. de stip. praet. l. 7	3

	ctp.
46. 8. rat. r. l. 25. § 1	158
47. 2. de furtis. l. 15. § 2.	241
l. 73.	67
47. 10. de injur. l. 15. § 32	67
49. 14. de j. f. l. 3. § 8	211
49. 17. de c. p. l. 1. 8. § 5.	155
50. 16. de V. S. l. 4	78
l. 49.	211
l. 144.	241
l. 176.	240
50. 17 de R. J. l. 25	2
l. 54	66
l. 77.	7
l. 117.	241
l. 124. § 1	241

Codex D. Justin.

2. 3. de pactis. l. 12	69
l. 13	105
2. 13. de procur. l. 1	152
2. 19. de neg. g. l. 8.	174
3. 23. de rei. v. l. 3.	145
4. 9. de cond. l. 1	211
4. 10. de O. et A. l. 1	108, 132
l. 2	92, 108
l. 10	238
4. 15. qu. f. l. 2.	215
l. 3.	215
l. 4.	216
l. 34	211
4. 24. de pign. act. l. 4	69
l. 11	40
4. 32. de usur. l. 19	60
4. 35. mand. l. 3	100
l. 22, 23	109
4. 39. de hered. l. 7	76, 231, 232, 234, 244
l. 8.	106, 231

5. 51. arb. tut. l. 2	OTP.
6. 37. de leg. l. 18	179
7. 9. de servit. l. 6	106
7. 35. quib. n. obj. l. 5	211
8. 9. de prec. l. 1	179
8. 14. de pign. l. 3	50, 52
8. 15. in quib. c. l. 1	40
8. 17. quae r. p. obl. p. l. 2	211
l. 4	206
76, 78, 105, 131	
192, 203, 209, 218, 231, 236, 246, 248	
l. 5	79
8. 23. si in c. jud. l. 2	213
8. 24. si pign. p. d. sit.	205
8. 28. de distr. p. l. 7.	73
8. 31. de luit. p. l. 3	208
8. 42. de novat. l. 1	52
l. 3	92, 100, 105, 108, 120, 129, 131,
8. 45. de evict. l. 21.	179
8. 54. de donat. l. 33	109
Basilicae.	
l. II. t. 2. c. 4	78
l. XXIV. t. 3. c. 5	233
l. XXV. t. 1. c. 18	223
Theophilus ad § 3. I. de interd. 4. 15	50
Catul. ad. Furium 26	56
Cato Cens. de re rust. c. 146	57
Tit. Liv. II. 27	259
Cicero.	
de officiis III. 15. § 61	10
17. § 70	5, 10
pro Flacco c. 21	6, 21
ad diuersos 13, 56	15
pro Roscio-Comoedo VI. 16	12

de natura deorum III. 30.	OTP.
epist. ad famil. VII. 17.	12
Philipp. II. 31	22
Isidori Orig. V. 25. § 23.	4
Pr. Allg. Landrecht.	
I. 20. § 6—10	263
§ 21—24	263
§ 106—108	265
§ 197—222	263
§ 271	263
§ 272—274	265
§ 281	264
§ 282	264, 266
§ 283	265
§ 284	265
§ 285	265
§ 286	264
§ 288	265
§ 289	266
§ 290	264, 266
§ 291	266
§ 292	266
§ 294	267
§ 296	266
§ 297	263
§ 402	264
§ 511	267
§ 517	265
Allg. Gerichtsordnung.	
I. 24. § 101—105	272
Pr. Gesetz ⁴ / ₇ 1822.	
§ 1, 2, 6	273
Allg. Handelsgesetzbuch.	
Art. 302	367

	СТР.
Art. 303	268
Art. 305, 309	367
Art. 310	268
Art. 313	268
Art. 374	268
Civilprozessordnung.	
§ 644	275
§ 648, 650.	275
§ 702	275
§ 708	275
§ 709	274
§ 727	276
§ 730	273, 274, 275
§ 736	273
§ 737	274
§ 744	276
Code civil.	
art. 529	288
art. 547	281, 282
art. 1130	280, 283
art. 1137	298
art. 1138	282
art. 1141	293, 294, 295
art. 1179	281
art. 1184	299
art. 1167	290
art. 1190	283
art. 1293	284
art. 1328	292, 293, 296
art. 1341, 1347, 1348	289
art. 1354—1356	289
art. 1357—1365	291
art. 1605, 1607	281
art. 1689	289
art. 1690	278, 279, 285, 287, 288, 293
art. 1743	289, 287

	СТР.
art. 1927	298
art. 2071	279
art. 2074	291, 300
art. 2075	279, 288, 291, 292, 293, 300
art. 2076	277, 288, 291, 294, 295
art. 2078	302
art. 2079	297
art. 2080	298
art. 2082	300, 301
art. 2092	209
art. 2093	277
art. 2095	303
art. 2102	303
art. 2119	280
art. 2279	280, 295, 296, 304
Code de commerce.	
art. 91	308
art. 93	307
art. 109.	307
art. 136	308
Loi du 23 mai 1863	306, 307, 308, 309
Code de procédure civile.	
art. 581	284
art. 624	301
art. 660	290
art. 1003	284, 285
art. 1004	284, 285, 286
Св. Зак. Росс. Имп.	
т. X. ч. 1 (изд. 1887 г.).	
ст. 402	310
ст. 2168	311, 312, 313
Полож. о Кав. Подряд. и Поставк.	
ст. 77	313
ст. 220	314
т. XI ч. 2 (изд. 1887 г.).	

	СТР.
Уст. Кред. Разд. IV. 71—83.	314
ст. 77, 78, 79	315
ст. 226	314
ст. 249	314
Уст. Кред. Разд. XI. ст. 92—100	315
Уст. Гр. Суд. ст. 125, 590, 591, 594, 602, 607	318
ст. 631—640	319

ОПЕЧАТКИ.

Стр.	Строка сверху.	Напечатано:	Слѣдуетъ читать:
26	17	» составляло	составляли
28	10	» связывалось	связывалась
52	6	снизу idenim	id enim
80	5	» слѣдствія	послѣдствія
111	6	сверху признамъ	признаемъ
147	21	» цедирующійся	цедирующій
191	18	» дѣйствіе	дѣйствія
197	1	снизу послѣдстіями	послѣдствіями
218	2	» гес.	гес
219	1	» залогопринимателю	залогопринимателю
251	3	» осуществляетя	осуществляется
289	3	» art. art. 1354	art. 1354
299	18	» обязательствахъ	обязательствъ
308	14	» обыкновеннаго	обыкновеннаго
313	6	сверху залогопримателя	залогопринимателя