Содержание

[***Введение 2***](#_Toc87902245)

[***1. Установление залогового права в России 9***](#_Toc87902246)

[***2. Принципы залогового права 11***](#_Toc87902247)

[***3. Лица, участвующие в залоге, виды залога и его предмет 13***](#_Toc87902248)

[***4. Формы залога 22***](#_Toc87902249)

[***5. Источники залога 25***](#_Toc87902250)

[***6. Действие залогового права 31***](#_Toc87902251)

[***7. Особые виды залога 42***](#_Toc87902252)

[***8. Прекращение залога 45***](#_Toc87902253)

[***Заключение 48***](#_Toc87902254)

[***Список использованной литературы 51***](#_Toc87902255)

# Введение

Полноценное представление об истории залогового права (ипотеки) в России не представляется возможным получить без знания истории становления этого правового института.

Залог, как гражданско-правовой институт, имеет длинную историю развития. Не меняя своей сущности, как средство обеспечения обязательства, он значительно изменил свои основные элементы. Анализ залогового законодательства показывает, что этот институт возник одновременно с возникновением частной собственности. Возможности передачи в залог общинной, семейной и других видов коллективной собственности было исключено или существенно ограничено.

История залога исчисляется, таким образом, многими столетиями. Ещё в Вавилоне в VI веке до н.э. существовали банкиры, выдававшие ссуды под залог ценностей. В известном древнеиндийском источнике права Законах Ману (II в. до н. э.) залогу были уже отведены отдельные нормы (сдача имущества под залог – одно из восемнадцати оснований судебного разбирательства).

Термин «*ипотека*» впервые появилось в Древней Греции в конце VII – начале VI вв. до н. э. и было связано с обеспечением ответственности должника кредитору определенными земельными владениями. В 594 г. до н. э. один из легендарных «семи мудрецов» древности Солон осуществляет свои знаменитые реформы – в частности, отменяет поземельные долги, вводит свободу завещания, по которой выморочное имущество уже не обязательно переходит к наследникам рода. Теперь каждый получил право завещать «собственность» по своему усмотрению. Первоначально в Афинах залогом подобного рода обязательств была личность должника, которому в случае невозможности заплатить долг грозило рабство. Для перевода личной ответственности в имущественную Солон и предложил ставить на имении должника (обычно на пограничной меже) столб с надписью, что эта земля служит обеспечением претензий на определенную сумму. На таком столбе, получившем название «*hypotetheca*» (подставка, подпорка), отмечались все поступающие долги собственника земли. Земля – легко обращаемый товар, а значит, существует риск, что эта собственность не освобождена от долгов или заложена. Ипотека препятствовала переходу имущества к другому владельцу, так как обеспечение заключалось не в личности собственника, а в стоимости его имущества. С течением времени слово «ипотека» стало употребляться для обозначения залога.

Позже для этой цели появились особые книги, называющиеся ипотечными. Благодаря применению даже первоначальных форм ипотеки уже в Древней Греции обеспечивалась гласность, позволяющая каждому заинтересованному лицу беспрепятственно удостовериться в состоянии известной земельной стоимости. Уже тогда при ипотеке для приобретения права собственности на землю или другую недвижимость было недостаточно одного соглашения между продавцом и покупателем, а требовалось наличие специальной официальной доступной информации, позволяющей третьим лицам убедиться в существовании такого права.

В Древнем Риме залоговое право не имело двух необходимых качеств – «специальности» и «гласности», а потому не гарантировало кредитору надежного обеспечения. Римляне расширяют юридическое поле ипотеки. Ее могли устанавливать на все имущество должника. С одной стороны, это лишало кредитора прочного обеспечения, так как для надежности необходимо, чтобы она простиралась на известное и определенное имущество. С другой стороны, некоторым лицам (по особому отношению к ним кредитора или особому свойству долга) римский закон, независимо от договора, присваивал ипотечное право. Это была так называемая законная ипотека, тайная или безгласная. Кредитор при установлении договорной ипотеки на имущество должника не мог быть уверен, что этим имуществом не обеспечивается какое-либо другое безгласное требование, которое может конкурировать с его ипотечным правом и даже иметь перед ним преимущество.[[1]](#footnote-1)

По-настоящему надежным вещным правом ипотека становится только после внесения специальной записи об ипотеке в особую книгу. Средневековые кодексы сохранили определение, что «*внесенная ипотека по самой своей природе неделима, она основана на праве получения удовлетворения*». Право получения удовлетворения остается на целом предмете, обремененном ипотекой, пока существует какая-либо часть обязательства. Отдельная продажа частей не лишала кредитора права требовать удовлетворения из них долга в полной сумме. Ипотека распространялась на недвижимость (как правило, имение) независимо от смены владельца.

По римскому праву ипотека распространялась на требование и на все его составляющие, включая проценты и ипотеки, и издержки, понесенные кредитором с целью получения удовлетворения. По ипотечному законодательству ряда стран в XVIII-XIX столетиях капитальная сумма требования определялась ее провозглашением (в соответствии с гласностью), ее размером (фиксированном в ипотечной книге), наросшими на сумму процентами, но при условии, что они обозначены в книге записей.

В России своеобразие ипотеки состоит в том, что она развивалась от ипотеки к функции (в римском праве − вид залога, по которому товар передавался лицу на условии, что после того, как требования получателя товара будут удовлетворены, он возвратит товар), а не наоборот.

Залог недвижимого имущества и, прежде всего, вотчинных (наследственных) владений широко укоренился в России XV века − в завершающий период объединения русских земель вокруг Москвы. Первые упоминания о залоге содержатся в Псковской Судной Грамоте − свод законов Псковской феодальной республики, составленной на основе отдельных постановлений псковского веча, господы (совета бояр), княжеских грамот, норм Русской правды и обычного права.

Было высказано мнение (Мейер), что древнее русское залоговое право представляло собой, подобно римской *fiducia* (*лат*. – акт, основанный на доверии, т.е. передача под видом продажи), не что иное, как отчуждение права собственности в пользу кредитора с сохранением за должником права выкупа в случае своевременного погашения долга. Однако при рассмотрении закладных грамот, на которых это мнение основывалось, обнаруживается, что приобретение права собственности кредитором отнесено к моменту просрочки, а не установления залога: «*А не будут деньги на срок, ся кабала на ту пожню и купчая грамота*»[[2]](#footnote-2).

Залог в то время не требовал передачи заложенного имущества во владение кредитора. Требование о передаче вещи появилось только в XVIII веке, то есть значительно позднее. Как пишет д.и.н. Н.Проскурякова, вследствие хозяйственного оживления и интенсивного развития различных форм феодальной собственности с середины XV века возрастает интерес феодалов к земле, обостряется борьба за нее. Об этом свидетельствуют сохранившиеся частноправовые акты той поры − закладные, раздельные, полюбовные, разъезжие, меновые и пр. Наибольшее распространение среди них получали закладные, оформлявшие денежный заем (под проценты или без них) под залог недвижимого имущества.

В XIII-XIV вв. на Руси возникает частная собственность на землю. Одна из особенностей развития ипотеки в этот период заключалась в том, что условия получения ссуды под залог недвижимости мало чем отличалась от других форм кредита. Чрезвычайная ограниченность свободных денежных средств, правовая необеспеченность кредитов делали его очень дорогим (Судебник 1596 года и указ 1626 года признавали нормальной ссудную ставку в 20%; правда, названный указ разрешал взимать проценты только на протяжении пяти лет. Под такой «умеренный» процент выдавали более или менее обеспеченные ссуды, к которым, в первую очередь, относились ссуды под недвижимость. В практике, особенно торговой, встречались значительно более дорогие кредиты − 30 и даже 120 процентов).

В первой половине XVII века была распространена еще и такая форма погашения долга, как отдача в «зажив». Отношение хозяина и работника в этом случае имели характер практически рабской зависимости (известны случаи, когда несостоятельные родители из низших сословий отдавали в холопство на более или менее продолжительный срок своих детей. Землевладельцы же в большинстве случаев стремились получать ссуду под залог земли).

В XIV-XVI веках залог носил, по существу, характер отчуждения. Закладная и купчая считались актами, близкими между собой. Из документов того времени видно, что в случае несостоятельности должника вотчина переходила в собственность кредитора (монастыря, купца, крупного землевладельца), который становился полным ее владельцем.

Относительно движимых вещей встречается в XVII столетии попытка изменить взгляд, по которому право залога должно с просрочкой платежа превратиться в право собственности верителя, и признать за залоговым правом характер лишь права на чужую вещь. По закону 1557 года кредитор, имеющий в залоге движимую вещь, обязан был, в случае просрочки, предупредить должника о возможности лишиться вещи. Затем, когда и после этого долг не был уплачен, то кредитор должен был при свидетелях продать залог для удовлетворения своих прав и возвратить излишек суммы собственнику вещи. Если же вырученная сумма оказывалась недостаточной для покрытия капитального долга и процентов, то должник продолжал ответствовать в недостающей сумме. Весьма вероятно предположение, что этот указ имел временное значение, т.к. после него продолжал царить прежний порядок.[[3]](#footnote-3)

Боярство и служилые люди год от года все шире пользовались разными видами кредита. В 1585 году в начале царствования Ивана Грозного, в период, который историки называют «десятилетием реформ», был издан указ, по которому заемщики освобождались от уплаты процентов в течение пяти лет, максимальный размер процента «с наспы» (погашенная ссуда) уменьшался вдвое, а рассрочка на возвращение полученной ссуды давалась на пять лет. Через год эти условия были распространены и на займы, полученные под залог земли (вотчины). Этим указом правительство как бы говорило, что оно знает о залогах недвижимости, однако практика ипотеки все еще не была узаконена.

В середине XVII века (при царе Алексее Михайловиче) государство активно выступает в качестве организующей и все контролирующей силы. Переход к абсолютизму ознаменовался принятием Соборного Уложения 1649 года, остававшегося в течение почти двух столетий главным кодексом России. Это Уложение разрешило брать ссуды под залог вотчинных (то есть наследственных) земель, правда, без крестьян. Предметом залога могли быть вещи, принадлежащие должнику на праве собственности, поэтому нельзя было закладывать поместья; общая собственность требовала согласия всех участников. Совершение договора требовало соблюдения установленной формы – письма свидетелей, даже облечения в крепостную форму. В случае неплатежа должником в срок своего долга заложенные вещи, как движимые, так и недвижимые, обращались, при просрочке должника, в собственность кредитора: «*Будет он того своему закладу на срок не выкупить и на тот его заклад та закладная кабала и купчая*» (гл. Х, ст. 196). Просроченная закладная обращалась в купчую крепость и, по просьбе кредитора, недвижимое имение справлялось за ним в поместном приказе. [[4]](#footnote-4)

Тем самым было положено начало законодательному оформлению ипотеки в России.

В Соборном Уложении 1649 года (гл. Х)[[5]](#footnote-5) законодательно был предусмотрен безусловный переход заложенного имущества в собственность кредитора. В этой мере (по сути, чрезвычайной), как полагают современные исследователи, была отражена сущность исторических условий, характеризовавшихся существованием экономического кризиса. Потому требовалось усиление ответственности должника. Это было воплощено в практику − главным образом за счет предмета залога. В 1656 году царь Алексей Михайлович предписал выдавать ссуды и под незаселенные поместные (то есть полученные за службу) земли. В 1685 году в правление его дочери Софьи Алексеевны был издан закон, по которому обеспечением залога могло стать любое имущество, в том числе и крепостные, если землевладелец по своему сословному положению имел право владеть ими. В то же время законодательство запрещало давать деньги в «рост», что вступало в противоречие с реальной практикой и регулирующими ее правовыми нормами.

Также залоговое право регулировалось Новоторговым уставом (Уставом судебным торговым), принятым в 1667 году, Уставом гражданским (замененным в 1892 г. на Законы судебные граж­данские), Положением о взысканиях гражданских, Уставом о банкротах (1800 г.), Сводом гражданских законов о залоге и закладе имуществ частным лицам, Вотчинным уставом (1892 г.), а также другими нормативными актами, упомянутыми в данной работе.

# 1. Установление залогового права в России

Можно утверждать, что никто из дореволюционных и современных юристов, кроме первопроходца российской цивилистики Д.И.Мейера (1819-1856), не смог так кратко, емко и образно изложить сущность залогового права.

Способом обеспечения договора служит *залог.* Залог ведет свой отсчет со времен римского права, которое характерно тремя основными видами залога: фидуциарными сделками (передача вещи под залог с условием ее возвращения), ручным закладом (передача вещи во владение) и ипотекой (оставление вещи у должника).[[6]](#footnote-6)

По российскому дореволюционному законодательству указанные виды залогов использовались в модифицированном виде, и обеспечение, предоставляемое залогом, состояло в том, что веритель при неисправности должника по договору вправе получить удовлетворение из выруч­ки за продажу какой-либо вещи, которая и служит, таким образом, обеспечением исполнения договора. Но чтобы право на получение удовлетворения из выручки за продажу определенной вещи могло считаться обеспечением по договору, нужно, чтобы оно было предоставлено вери­телю предварительно – до неисправности должника, до нарушения им права по договору: в этом-то и состоит обеспечение, в противном случае можно говорить только о взыскании.

Залог может служить к обеспечению каждого договора или даже вообще каждого обязательства – например, он может обеспечивать и поручительство.

В более раннем российском праве залог связывался непосредственно с договором займа; законодательство XVII в. хотя и не относит залог исключительно к этому договору, но само же говорит, например, об обеспечении залогом договоров подряда и поставки, заключаемых частными лицами с казной. К Своду гражданских законов была приложена форма заклад­ного акта, рассчитанного на договор займа, обеспечиваемого залогом: «*Такой-то занял у такого-то под залог такого-то имущества такую-то сумму денег*», – говорилось в форме закладного акта. В издании 1900 г. (т. X, ч. 1), приложенная к своду форма закладной исключена в кодификационном порядке, и это формальное ограничение отпало: в закладной излагается действительное содержание ак­та.[[7]](#footnote-7)

В России залог широко использовался поместным дворянством еще в дореформенную эпоху. В отличие от других стран, где предметом залога была земля, в России тогда закладывались преимущественно «души». В дореформенных кредитных учреждениях (среди которых главное место занимал Государственный заемный банк, созданный еще в 1786 году) из общего количества крепостных душ (около 11 млн.) 65% (7 млн.) было заложено на сумму 425 млн. рублей.

В Уставе о банкротах (19 декабря 1800 года) предусматривалось, что заложенная недвижимость остается во владении и пользовании залогодателя, то есть собственника. Одновременно установлена обязательная продажа предмета залога.[[8]](#footnote-8)

# 2. Принципы залогового права

Теория ипотечного права сводит отдельные правоположения к шести принципам, весьма рельефно характеризующим эту систему.

1) Принцип *специальности,* заключающийся в том, что в книгу вносят записи о правах, касающихся определенного имения, хотя так называемые общие ипотеки противны этому принципу, который также требует, чтобы каждому имению был отведен особый лист, т. е. чтобы записи производились не по именам собственников, а по имениям.

2) Принцип *обязательности,* заключающийся в том, чтобы некото­рые права, касающиеся имения, непременно заносились в книгу и без записи не имели силы; по этому принципу, например, закладная, не зане­сенная в книгу, никакой силы иметь не должна; на какие права распро­страняется эта обязанность – различными уставами решается различно.

3) Принцип *гласности,* т. е. доступности ипотечной книги всем ли­цам, интересующимся ее содержанием. Это одно из существеннейших условий ипотечной системы: например, залогопринимателю чрезвычай­но важно знать юридическое состояние имения вообще, и в частности степень его задолженности.

4) Принцип *достоверности,* т. е. правомерности записей; лица, справляющиеся в книгах, должны быть уверены в правильности и закон­ности записей; ввиду этого учреждения, заведующие ипотечными книга­ми, должны в каждом отдельном случае проверять законность акта, ко­торым право, подлежащее внесению, установлено.

5) Принцип *бесповоротности,* заключающийся в том, что при опре­деленных условиях запись сохраняет свою силу, несмотря на ее неправильность. Например, если установлено залоговое право в пользу лица, неправильно показанного в качестве собственника, то залог сохраняет свою силу, хотя бы суд и признал другое лицо собственником имения. За последним признается право требовать с лица, неправильно внесенного, вознаграждение за убытки.

6) Принцип *старшинства,* заключающийся в том, что внесенные в книгу залоговые права осуществляются в порядке времени их внесения.

Все эти принципы были положены в основу ипотечной системы и были изложены в Вотчинном уставе 1892 г.

В учении о залоге важны вопросы: о лицах, участвующих в залоге; о предмете, служащем обеспечением; о происхождении залога, его дейст­вии или юридических отношениях, возникающих по залогу, и о прекра­щении залога – все, представляющиеся юристу касательно каждого юридического отношения.[[9]](#footnote-9)

# 3. Лица, участвующие в залоге, виды залога и его предмет

Лицо, отдающее свою вещь в обеспечение обязательства, называется залогодате­лем. Лицо, принимающее чужую вещь в залог своего права требования, носит название залогодержателя, потому что нередко заложенная вещь переходит в его руки. Так как в залоговом праве содержится возможность продажи, то отдавать в залог вещи могут только те, которые имеют право отчуждать их посредством про­дажи (т. X, ч. 1 Устава судебного торгового, ст. 1627 и 1663), поэтому *залогодателем* мог быть, по общему правилу, только собственник (т. X, ч. 1, ст. 1629). В случае общей собственности залог объекта ее был возможен лишь по согласию всех участников, потому что предоставление в обеспече­ние отдельной доли соединялось бы с залогом всей вещи. Кроме собственника, никто другой не вправе был отдавать чужую вещь в за­лог, и подобное действие не имело бы никаких юридических ре­зультатов, т. е. не давало бы залогодержателю права на чужую вещь (т. X, ч. 1, ст. 1629, п. 1). Однако, по исключению, закон пре­доставлял и пожизненному пользователю возможность заложить вещь, составляющую объект его права (т. X, ч. 1, ст. 1629, п. 2), и, таким образом, передать залогодержателю более прав, чем имеет сам залогодатель, но это было возможно только в отношении благопри­обретенных имений и только при предоставлении такого права уч­редительным актом.[[10]](#footnote-10)

Недостаточно быть собственником, чтобы иметь право зало­жить свою вещь. Нужно еще обладать дееспособностью, необходи­мой для отчуждения вещи. Поэтому несовершеннолетние, сума­сшедшие, расточители и др. были лишены права отдавать в залог при­надлежащие им на праве собственности вещи.

Быть *залогодержателями,* принимать вещи в залог могут толь­ко те, которые «*по закону не лишены возможности иметь эти пред­меты на праве собственности*» (т. X, ч. 1, ст. 1628). Это положение российского закона, по мнению Г.Ф.Шершеневича, было навеяно старым порядком взыскания по закладным и не отвечало существу залогового права: «*Способность быть за­логодержателем не стоит в зависимости от способности быть субъектом права собственности. Залоговое право состоит в праве преимущественного перед другими удовлетворения из суммы, вы­рученной от продажи заложенной вещи. Приобретателем продава­емого с торгов имущества не может быть то лицо, которому закон преграждает путь к приобретению права собственности. Но это об­стоятельство неспособно влиять на возможность быть субъектом залогового права. Однако закон смотрит на это иначе, а потому, на­пример, евреи, лица польского происхождения, иностранцы в из­вестных местностях не могут принимать в залог недвижимость. Из лиц, способных иметь право собственности, – церкви специальным постановлением лишены права отдавать свои капиталы под закла­ды*» (т. X, ч. 1, ст. 1665, т. IX, ст. 444). [[11]](#footnote-11)

Участие стороннего лица в договоре через посредство залога на практике совершается обыкновенно путем доверенности: собственник имущества поручает должнику представить его в обеспечение своего до­говора, и уже должник представляет залог (но очевидно, что должник действует тут лишь как поверенный, представитель залогода­теля, и не должно смешивать эту деятельность с деятельностью его как должника: должник представляет залог не как должник, а как поверенный стороннего лица, которое является залогодателем).

Кроме того, законодательство делает еще различие залога *по лицу залогопринимателя* – казна ли это или частное лицо; особо излагаются в положении о казенных подрядах и поставках определения о залоге и закладе имуществ казне, особо – в Своде гражданских законов о залоге и закладе имуществ частным лицам. Однако же различие залога и закла­ла по личности залогопринимателя чуждо существа залога, и поэтому в науке лишено значения. Действительно же особенными представляются только положения об имуществах, какие принимаются в залог казной, например, какие строения принимаются в залог, какие земли, в каких городах или губерниях, в какой цене имущества принимаются в залог казной и т. д. (Пол. подр., ст. 44 и 79). Этими положениями законодательство определяет деятельность органов казны при обеспечении залогом ее прав по договорам: законодательствоимеетв виду, что частное лицо само определит, выгоден или невыгоден для него залог, и надежен ли он; органам же казны оно не доверяет в этом случае и потому дает им правила, которые должны они соблюдать при установлении залога в пользу казны. Но положения эти не изменяют существа залога, не делают из залога и заклада казне какого-либо особого вида залога, потому что для существа залога все равно принимается в залог строение с железной или деревянной крышей, в той или другой губернии лежит закладываемая земля и т.д.[[12]](#footnote-12)

*Объектом* залогового права, как вещного, может быть только вещь в материальном смысле слова: все, что может быть продано, может быть и заложено. Следовательно, залогу подлежат «*как дви­жимости, так и недвижимости*». Когда предметом залога являются движимые вещи, то закон употребляет еще особый термин «*за­клад*». Наравне с материальными вещами в деле залога находились те ценные бумаги, в которых право по документу неразрывно свя­зано с правом на документ (т. Х ч. 1 ст. 2168). Законода­тельство запрещает закладывать казенные вещи; но запрещение это разумеется само собой, так как казенная вещь не состав­ляет собственности ее владельца, и уже поэтому не может быть заложена без дозволения хозяина. Есть вещи, которые обыкновенно не представ­ляются в залог: не всякая же вещь может служить обеспечением. Вещи, подлежащие скорой и легкой порче, а также ничтожные по своей ценнос­ти, в действительности обыкновенно не закладываются. Зато случается, что закладывается не сама вещь, принадлежащая лицу, а закладывается акт, свидетельствующий о праве лица на вещь.

При так называемом *залоге обязательств* отсутствует, кроме вещного свойства, и дру­гой существенный признак залога – возможность продажи зало­женной вещи и удовлетворения из его ценности. Если бы даже за­кон признал за кредитором право просить суд о предоставлении ему взыскивать по заложенному документу, то все-таки здесь бы­ла бы принудительная передача прав, а не продажа. [[13]](#footnote-13) Нередко, например, бы­вает, что хозяин дома в обеспечение исправности по заключаемому им договору закладывает верителю купчую крепость на дом. Значение такого залога состоит в том, что при неисправности должника заложенная вещь подвергается продаже, и за­логоприниматель удовлетворяется из выручки. Но если закладывается купчая крепость на дом, то это не значит, что залогоприниматель в слу­чае неисправности должника может продать ее. И как таковая купчая крепость не представляет интереса, если с ней не связано право на само имущество. Чтобы связать с залогом купчей крепости право на продажу дома, нужно заложить не купчую крепость, а сам дом: акты на имущест­во составляют его принадлежность, а не наоборот.

И залогоприниматель купчей крепости не имеет права требовать продажи дома от самого хозяина; напротив, домохозяин, заложив купчую крепость, вправе зало­жить сам дом другому лицу, а в случае неисправности его, дом будет продан с публичного торга, и выручка пойдет на удовлетворение залогопринимателя дома. Смысл в залоге акта заключается в том, что закладываемый акт поступает в руки залогопринимателя, и он может не выдавать его залогодателю до удовлетворения по договору, а так как залогодатель часто нуждается в акте, то, значит, у него есть побуждение удовлетворить залогопринимателя. В этом и состоит обеспечение, дос­тавляемое верителю залогом акта. Но понятно, что значение такого за­лога совсем иное, нежели значение настоящего, что залог акта только по видимости представляется залогом, на самом же деле это лишь побуди­тельная мера для должника к удовлетворению по договору, так что в строгом юридическом смысле о залоге акта даже нельзя говорить как о залоге.

Не одни только имущества-вещи служат предметом залога: им могут быть и другие имущества. Так, право на чужую вещь может быть предметом залога. Например, лицу принадлежит право пользования чу­жой вещью; понятно, что оно может служить обеспечением договора в качестве залога точно так же, как и физическая вещь. И смысл этого залога будет тот же, что и смысл залога вещи: точно так же при неисправности должника залогоприниматель может принять меры к отчуждению права на чужую вещь и из выручки получить удовлетворение по догово­ру.[[14]](#footnote-14)

Далее, обеспечением договора в качестве залога может служить право на чужое действие. И действительно, в практике беспрестанно закладываются, например, заемные письма, векселя, акции торговых компаний и т. п. Это так называемый *заклад требований* (*pignus nominis*).

По законодательству того времени, предметом залога не могла быть вещь, состоящая *под запрещением* (т. X, ч. 1, ст. 1630), «*хотя с теоретической точки зрения нет никакого основания к таковому стеснению оборота, так как столкновения между субъектами вещ­ных прав при современной нотариальной системе укрепления прав не может быть*»[[15]](#footnote-15). Особенно интересным представляется вопрос о возможности залога вещей, состоящих уже в залоге. Существо­вание нескольких, последовательно устанавливаемых залоговых прав на одну и ту же вещь создает последовательность в осуще­ствлении этих прав и потому не противоречит ни логике, ни кре­диту. Однако законодательство иначе относилось к этому воп­росу, повторяя старинное положение о недействительности второ­го залога (т. X, ч. 1, ст. 1630 п. 2). В прежнее время, при отсутствии начала, в силу которого укрепление вещных прав на недвижимо­сти происходило по месту их нахождения, не было достаточно га­рантии, что должник не заложит одно и то же имущество «*в раз­ные руки*», так что кредиторы могли совершенно неожиданно встретиться друг с другом при осуществлении права. Но после принятия Устава Судебного торгового был уже невозможен залог «в разные руки», а мог быть только последовательный залог нескольким лицам.

Несмотря, однако, на категорическое запрещение со стороны закона, скрепленное даже уголовной санкцией (Уложение о нака­заниях, ст. 1705), практика, под влиянием потребностей жизни, условий оборота и кредита, нашла возможность обойти это по­ложение. Из смысла ст. 1646, т. X, ч. 1, имевшей первоначально (Закон 12 февраля 1862 года) значение только для дворян, а позже распространенной на всех, можно вывести заключение о допустимости второго залога, так как там говорится, что «*для собственника заложенного в кредитном установлении имения представлению последнего в обеспечение по новой закладной не слу­жат препятствием ни долги государственным кредитным установлениям по первоначальному в них залогу имения, ни долги, обеспеченные закладными, выданными частным лицам*». Кроме то­го, ст. 1215 Устава гражданского устанавливает порядок удовлетворения из заложенного имущества «*по старшинству закладных*», указывая тем на возможность последовательных залогов. На осно­вании этих намеков, отрицающих прямое заявление закона, в практике допускались вторые, третьи и т. д. закладные на одну и ту же вещь (кас. реш. 1889, №88; 1893, № 14). Нельзя, одна­ко, не признать, что вывод этот представляется несколько сомнительным.

Заводы, фабрики и лавки, как вещи нераздельные, не могут быть «*отдаваемы в залог по частям*» (т. X, ч. 1, ст. 1633). Леса и зем­ли, состоящие при посессионных заводах, как принадлежности, не могут быть отданы в залог «*особо от них*» (т. X, ч. 1, ст. 1634). Име­ния заповедные и майоратные не могут быть предметом залога безусловно, хотя закон и считает исключением те случаи, когда владельцу таковых имений дозволяется законом занимать денеж­ные суммы под обеспечение доходов (т. X, ч. 1, ст. 1641). Недейст­вителен был заклад вещей, платья, посуды, сельских продуктов и т. п., совершаемый в питейном доме для питья (т. X, ч. 1, ст. 1665, прим.). [[16]](#footnote-16)

*Система ипотечных книг* выработалась на почве залогового пра­ва, но впоследствии получила более широкое значение: она обратилась в систему укрепления всех прав на недвижимое имущество и по этому имуществу – в систему регистрации недвижимой собственности. Вместе с тем в ипотечные уставы стали включать правила, имеющие целью улучшить порядок укрепления прав: внесение в книгу было объявлено усло­вием действительности всех сделок по имению; к моменту внесения приурочен момент приобретения права; права, внесенные в книгу, изъяты от действия давности и т. п. Однако и всякого рода улучшения в области залогового права, вовсе не вытекающего из существа ипотечной системы, стали вноситься в ипотечные уставы – например, свобода отчуждения заложенного имения, установление нескольких залогов, удовлетво­рение залогопринимателей по старшинству и т. п. Все это придало ипотечной системе особый характер: рядом со специальным своим назначением она служит целям вообще регистрации и укрепления прав.[[17]](#footnote-17)

*Основанием залогового права* является обязательственное отношение, установленное силой договора. Возникнове­ние и существование залога обусловливаются этим отношением. Чаще всего основанием залога является заем. Поэтому зако­нодательство связывало залог с *договором займа* (т. X, ч. 1, ст. 1643, прил. ст. 1665, 1669, прил., 1672), а также с казенными подрядами и поставками (Пол. о каз. подр. и пост. ст. 38). Однако не только эти договоры могут быть обеспечиваемы залогом; напротив, обеспечению залогом подлежали всякие сделки, как это обнаружи­вается из ст. 1554, т. X, ч. 1, в силу которой вообще договоры и обязательства могут быть обеспечиваемы залогом и закладом. На этой же точке зрения стоит и сенатская практика (кас. реш. 1889, № 4). Так, например, арендатор в обеспечение правильного взноса арендной платы может предоставить собственнику имения залого­вое право на инструменты, машины, рабочий скот. Так, например, завещатель может возложить на своего наследника обязанность заплатить денежную сумму и обеспечить это обязательство зало­гом на завещаемом ему имении. Если заклад установлен в обеспе­чение долга по игре или для игры, с ведома о том в последнем слу­чае залогодержателя, то заклад конфискуется в пользу казны, а половина его ценности поступает в пользу доносителей (т. X, ч. 1, ст. 1666).

Субъекты отношения по залогу в большинстве слу­чаев совпадают с субъектами главного отношения. Залогодержате­лем всегда будет кредитор, но залогодателем может быть и не сам должник, а другое лицо, соглашающееся отдать свою вещь в обес­печение его обязательства. Такой случай предусматривается законодательством XVII в. по поводу залогов, обеспечивающих дого­воры с казной (Пол. о каз. подр. и пост. ст. 69). Следовательно, в этом случае залоговое отношение устанавливается не между теми же лицами, между которыми существует главное отношение. За­логовое право связывается с другим определенным отношением и служит обеспечением только его, а не других возможных между теми же лицами отношений, когда бы они ни возникли: раньше, одновременно или позже, другими словами, залог обеспечивает из­вестное лишь обязательство, а не вообще обязательства данного лица.

По законодательству XVII в. легальной ипотеки не существовало, и потому ни закон, ни судебное решение не могли служить ос­нованием залога. [[18]](#footnote-18)

# 4. Формы залога

Для залоговой сделки установлены раз­личные формы, смотря по тому, является ли объектом ее движи­мость или недвижимость.

1. Залог недвижимости совершается *крепостным порядком*, т. е. совершенный у нотариуса акт представляется на утверждение старшего нотариуса, который отмечает о том в реестре крепост­ных дел. Такой акт называется *закладной крепостью* (т. X, ч. 1, ст. 1642 и 1643 Положение нотариальное, ст. 159, п. 1, ст. 178). По совершении закладной старший нотариус налагает запрещение на заложенное имение и делает надлежащее распоряжение об изве­щении о том сенатской типографии для публикации (т. X, ч. 1, ст. 1647, Положение нотариальное, ст. 179). Требование крепост­ной формы имеет безусловное значение, и несоблюдение ее пора­жает недействительностью сам залог, так что домашняя сделка или нотариальная не дает кредитору прав залогодержателя. Вещ­ное право залогодержателя устанавливается с момента совершен­ной старшим нотариусом отметки в реестре крепостных дел об ут­верждении закладной (кас. реш. 1893 № 36).

2. Акт о закладе движимости составляется или нотариальным или домашним порядком (т. X, ч. 1, ст. 1667), в письменной форме, недостаток которой не может быть восполнен свидетельскими показаниями (кас. реш. 1867, № 212). Акт о закладе движимости, составленный нотариальным порядком, называется также закладной (т. X, ч. 1, ст. 1668). Акт о закладе движимости, составленный домашним порядком, называется – по терминологии закона, малоупотребительной на практике, – домовым заемным письмом с закладом движимого имущества (т. X, ч. 1, ст. 1672). В том и другом случае сделка требовала участия не менее двух свидетелей (т. X, ч. 1, ст. 1669 и 1673). Закладываемые вещи подвергаются описи, один экземпляр которой отдается кредитору за печатями; опись может быть написана отдельно или включена в закладную (кас. реш. 1875, № 94). Формальности, сопровождаю­щие совершение залога движимости, были направлены к ограждению интересов залогодателя, который теряет владение вещью и опаса­ется со стороны кредитора присвоения, подмены или порчи ее. Пе­редача заложенной вещи кредитору имеет в виду ограждение его права и интересы третьих лиц, которые не могут знать о сущест­вовании вещного права, пока вещь находится в руках ее собственника. Конечно, от воли кредитора зависело, воспользоваться или нет предоставляемой ему гарантией, т. к. могли быть случаи, когда взятие заложенных вещей является невыгодным для самого вери­теля, потому что лишает должника возможности продолжать то занятие, при помощи которого он мог бы возвратить свой долг, на­пример отнятие у мастерицы швейной машины. Однако, сохраняя вещь у должника, кредитор отказывается от вещного обеспечения и должен довольствоваться общим имуществом должника в мо­мент обращенного на него взыскания, если должник успел к этому времени продать вещь или заложить другому с передачей (кас. реш. 1872, № 891). Домашний акт о залоге движимости, во избе­жание возможных фиктивных передач в ущерб кредиторам, «*дол­жен быть явлен нотариусу; в противном случае, при объявлении должника несостоятельным, заложенные вещи поступают в кон­курсную массу наравне с остальным имуществом*» (т. X, ч. 1, ст. 1674). [[19]](#footnote-19)

Таковы формальности, предписываемые законодатель­ством XVII в. для совершения закладных. Однако в действительности за­лог движимости производился чаще всего, помимо всякой формы, простой передачей вещи во владение кредитора. Здесь имело место отношение фактическое, не обеспеченное юридической защитой.

*«Факт нахождения вещей у кредитора не может служить доказательством, что эти вещи заложены, потому что закон для удостоверения этой сделки требует письменной формы, и свидетельские показания не могут быть принимаемы в доказательство залога»* (Устав гражданский, ст. 409). *«Должник или его преемник по праву на отданные вещи может всегда потребовать их обратно, как на­ходящиеся в незаконном владении»* (кас. реш. 1878, № 340). Впоследствии Сенат признал несущественным несоблюдение установленной формы залога, пока нет спора о тождестве заложен­ных вещей (кас. реш. 1901, № 6). В подкрепление этого взгляда Анненков приводит то, что указанная в законе форма «*установлена собственно для обеспечения лишь займа, а не других сделок, на которые она поэтому не может быть распространяема*».

Требование закона о передаче заложенной вещи кредитору представляла особенные затруднения при залоге морских и реч­ных судов, для которых не была создана ипотечная система. Невозможность отнять у должника пароход, предостав­ленный им в обеспечение, вынудила прибегать на практике к фик­тивной продаже, несколько напоминающей *fiducial*: желающий получить деньги под залог парохода продает его кредитору, выго­варивая себе право выкупа, а в то же время сохраняет пароход в своем держании путем особого арендного договора. [[20]](#footnote-20)

# 5. Источники залога

Источником залога всего чаще служит договор, в законе имеющий название *закладной договор,* соответственно латин­скому *contractus* *pignoratitius* и немецкому *Pfandcontract*. Но договор – не единственный источник залога: он может вытекать и действительно вы­текает и из других источников, даже в нашем юридическом быту, хотя договор и служит у нас нормальным источником юридиче­ских отношений по залогу.

1) *Закон* служит иногда источником залога, так что лицу принадлежит право залога на имущество другого лица непосредственно на осно­вании закона. В некоторых законодательствах эти *законные залоги* (*pignora legalia*) чрезвычайно развиты, например, в римском, французском, прусском. Так, по самому закону предоставляется право залога жене на имущество мужа в обеспечение приданого, поступившего от нее в распоряжение мужа; детям – на имущество родителя, вступившего во второй брак, в обеспечение их имущества, состоящего в распоряжении родителя; опекаемому – на имущество опекуна и т. д.

Юридической практике того времени были знакомы и некоторые другие формы законного залога; например, содержатели товарных складов имели право залога на товары, отданные им на сохранение, по всем следуемым им платежам за хранение; железные дороги имели право залога на принятые ими для перевозки грузы по следуемым им платежам за перевозку, хранение и пр. (У. ж. д., ст. 85, 86). Одинаковое, по существу, имел значение и залог, установленный нормами права обычного, например, право залога, признанное при комиссии продажи за комиссионером в имуществе комитента. Но от законного залога надо отличать случаи, лишь по видимости с ним сходные.

Так, в законодательстве XVII-XVIII в.в. нередко встречается указание на обеспечение права имуществом должника. Но это обеспечение в том ви­де, в каком оно определяется законодательством, не имеет значения за­лога: для залога существенно, чтобы в случае неисправности должника заложенная вещь была употреблена на удовлетворение верителя посредством продажи с публичного торга, существенно, чтобы залог исключи­тельно служил верителю или, по крайней мере, преимущественно ему, а другим лицам – уже только по удовлетворении верителя. В случаях же, в которых законодательство допускает обеспечение права верителя неза­висимо от всякого договора, порядок, установленный относительно за­лога, не соблюдается, и обеспечение, полагаемое законом, не дает верителю даже преимущественного права на удовлетворение, не говоря уже об исключительном. Например, законодательство обеспечивает внутренние государственные займы всем государственным достоянием (о чем и говорится на обороте каждого кредитного билета); это не значит, что каждый предъявитель государственного кредитного билета является залогопринимателем в отношении к государству, что существует какой-либо законный залог, что вследствие того государство не вправе свободно распоряжаться своим имуществом, что при неис­правности его предъявитель билета вправе требовать публичной прода­жи того или другого имущества казны и из выручки получить удовлетворение, как этого вправе требовать действительный залогопринима­тель. Здесь обеспечение имеет лишь смысл указания на то, что государст­во примет меры к удовлетворению по обязательству из своего имущест­ва.

Тот же смысл и в том общем выражении, что имущество должника служит обеспечением верителю. Это значит, что при неисправности должника будут приняты меры взыскания, и его имущество пойдет на удовлетворение верителя. Вот почему и фраза, нередко встречающаяся в договорах, что должник обеспечивает свою исправность по договору всем принадлежащим ему имуществом, в сущности остается фразой, не предоставляя верителю никакого особенного обеспечения. Она служит только указанием, что в случае надобности имущество должника пойдет на удовлетворение верителя, но это разумеется уже само собой.

Далее, с законным залогом нельзя смешивать залог безмолвный (*pignus taciturn*), т. е. устанавливаемый по безмолвному соглашению контрагентов. Безмолвный залог возможен и у нас при известном предположении, но только относительно имущества движимого, ибо относи­тельно недвижимого имущества залог необходимо устанавливается в оп­ределенной форме. Наконец, с законным залогом не следует смешивать также исключительное и преимущественное право, предоставляемое ино­гда законодательством известному лицу относительно какого-либо иму­щества другого лица при его несостоятельности, или по поводу какого-либо другого обстоятельства, так что имущество это служит к удовле­творению других верителей уже по удовлетворении лица, которому пре­доставляется преимущество (на французском юридическом языке такое преимущество называется *привилегией* (*privi1 ge*), и юристы большей частью рассматривают эти привилегии по сродству учреждений, совокупно с правом залога, так что во французской юридической литературе есть много сочинений, носящих заглавие «*de privil ges et hypotheques*»). Так, по французскому праву предоставля­ется привилегия домохозяину относительно мебели квартиранта, земле­владельцу относительно имущества фермера и т. д. И точно так же по нашему праву при несостоятельности должника одни кредиторы удовле­творяются преимущественно перед другими, например, домашние слу­жители, поставщики съестных припасов и т. д. Но такое преимущество не составляет законного залога: хозяин имущества не ограничивается в его распоряжении, а преимущество только и имеет то значение, что лицо, которому оно предоставляется, при несостоятельности должника удов­летворяется преимущественно перед другими кредиторами.

2) Источником залога служит иногда *определение суда* – бывает *залог судебный* (*pignus judiciale*). По законодательству, определением суда в обеспечение взыскания с лица налагается на имущество его запрещение или арест. Но это только ограничение собственника в распоряжении имуществом, а не залог, потому что оно не дает лицу, по прось­бе которого налагается арест, никакого преимущества перед другими верителями.

3) Источником права залога может быть *духовное завещание*; например, римское право прямо указывает на это. «*И по нашему праву нет никакого препятствия лицу распорядиться в духовном завещании, чтобы известное имущество его служило такому-то его верителю обеспечением в качестве залога. Понятно, что такое распоряжение не представляет собой ничего незаконного и совершенно соответствует встречающимся житейским отношениям. Но сравнительно с римским, наше право представляет особенность – там немедленно устанавливается залог, как скоро духовное завещание получает законную силу, у нас же непосредственное право залога по завещанию подлежит сомнению: если духовное завеща­ние надлежащим образом утверждено к исполнению и вступило в закон­ную силу, то верителю необходимо совершить закладной акт; но тогда уже залог сводится не к завещанию, а к договору*»[[21]](#footnote-21).

4) Источником права залога может быть собственное од­ностороннее *действие лица*, в пользу коего оно устанавливается. Это так называемый *самовольный залог*, допускаемый законом при по­травах; о нем речь уже шла. [[22]](#footnote-22)

Итак, обыкновенным источником залога в юридическом быту XVII-XVIII в.в. представляется закладной договор. Редко он заключается отдельно, а большей частью сливается с обеспечиваемым им договором. Но при этом слиянии по важности права, устанавливаемого закладным догово­ром, он, несмотря на свое второстепенное, принадлежностное значение, выступает на первый план. А главный договор является уже на втором, как основание, по которому устанавливается залог: «*Заложил я такому-то лицу такое-то принадлежащее мне имущество в обеспечение такой-то суммы, которую я состою должным ему по займу*» – так обыкновенно пишется в закладном акте. Нет препятствия, однако же, заключить закладной договор и отдельно от договора, обеспечиваемого залогом; в иных случаях отдельное заключение закладного договора даже необходимо. Например, договор вначале не обеспечивается залогом, а впослед­ствии должник представляет залог; очевидно, что здесь необходимо со­вершить особый акт о залоге. Но, во всяком случае, если представляется и один акт договора с обеспечением его посредством залога, то с юридиче­ской точки зрения большей частью в этом акте представляется не один, а два договора, ибо только очень редко установление залога можно при­нять за одно из условий обеспечиваемого договора. Точно так же, если при слиянии закладного договора с договором обеспечиваемым он и представляется в закладном акте на первом плане, то с юридической точки зрения существо его от этого нисколько не изменяется: все-таки закладной договор остается только договором дополнительным, второ­степенным, а главным договором является договор, обеспечиваемый залогом.

Совершение закладного договора различно, смотря по имуществу, представляемому в залог. Относительно имущества недвижимого закладной договор совершается крепостным порядком, пишется *закладная крепость.* Собственно говоря, крепостной порядок совершения актов рассчитан на сделки о переходе права собственности по недвижимому имуществу; по закладному же договору не переходит право собственности, и поэтому можно бы ожидать дозволения совершать его и некрепостным порядком. Но по важности, какую приписывает законода­тельство недвижимому имуществу, оно определяет, чтобы и закладной договор относительно недвижимого имущества совершался крепостным порядком. Ближе всего, однако же, определение законодательства объяс­няется тем, что по древнему нашему праву залог представляется видом отчуждения, становится на одну доску с куплей-продажей. Да и по праву он, по крайней мере, может вести к отчуждению: при неисправности должника заложенное имущество подвергается продаже, которая составляет осуществление права залогопринимателя, а отчуждение вытекает обыкновенно непосредственно из права распоряжения – главнейшей составной части права собственности.

Договор о закладе движимого имущества совершается нотариальным или явочным порядком. Законодательство делает также определение об описи и опечатывании имущества, отдаваемого в заклад, в пре­дотвращение подлога и употребления его со стороны залогопринимателя. Но это определение может быть и устранено по взаимному соглаше­нию контрагентов, что и бывает иногда в действительности (кроме слу­чаев заклада по займам, выдаваемым содержателями ссудных касс, тут составление описи безусловно необходимо*.* Письменный дого­вор о закладе также излагается обыкновенно в виде заклада по займу. Но когда обеспечение договора залогом движимым, равно как и недви­жимым, представляется лишь одним из условий обеспечиваемого договора, это условие следует той форме, в которой совершается обеспечиваемый договор, что и видно, например, в обеспечиваемых залогом до­говорах частных лиц с казной.[[23]](#footnote-23)

# 6. Действие залогового права

Говоря о действии закладного договора или вообще о юриди­ческих отношениях, возникающих по залогу, на каком бы основании он ни установился, прежде всего нужно сказать, что залог, будучи одним из способов обеспечения обязательства, разделяет общую судьбу и всех дру­гих способов его обеспечения и тогда только действителен, оказывает влияние на юридические отношения лиц, прикосновенных к залогу, ко­гда действует обеспечиваемое им обязательство. В противном случае и залог недействителен. Но, к сожалению, в действительности залог неред­ко служит обеспечением именно таким договорам, которые по закону недействительны, по которым не допускается судебная защита, поэтому исполнение только и можно вынудить обеспечением – именно посредст­вом залога. По залогу возникают юридические отношения между зало­гопринимателем и залогодателем; иногда же, именно в том случае, когда должник и залогодатель – разные лица, возникают особые юридические отношения должника к залогодателю.[[24]](#footnote-24)

Основное действие за­лога, соответствующее цели его установления, состоит в том, что кредитору принадлежит, в пределах его права требования, право на ценность заложенной вещи, в чьих бы руках и на каком бы ос­новании она ни находилась. Право это, охватывая вещь в полном ее составе, распространяется и на все приращения. С другой стороны, залоговое право неделимо, и удовлетворение кредитора в части не лишает его права залога на всю вещь.

1. *Права залогодателя* во время нахождения вещи в залоге соответствуют его правам как собственника. Залог не уменьшает объема его прав, особенно если вещь остается в его владении. За ним сохраняется возможность *пользования* вещью, как доброму хозяину свойственно, он может снимать плоды и отчуждать их. Праву залога не противоречит и предоставление ему *распоряже­ния* вещью посредством юридических сделок. Нет основания пре­граждать ему возможность продавать, дарить заложенные вещи, потому что залоговое право, как вещное, всюду следует за вещью. Однако может встретиться препятствие в отчуждении права соб­ственности на заложенные вещи, когда они находятся в руках залогодержателя ввиду невозможности передачи. Относительно недвижимости это препятствие не имеет значения, потому что вла­дение сохраняется за собственником. Но законодательством искусственно создались препятствия для отчуждения, не разрешалась продажа заложенной недвижимости «*иначе как после предварительного погашения обеспечиваемого ею долга и уничтожения за­логового права*» (т. X, ч. 1, ст. 1388). Только при залоге недвижимости в кредитных установлениях допускается продажа заложен­ных имений и домов с переводом долга на покупщика, т. е. допускается отчуждение с сохранением залога.

Если заложенная движимость находится в руках кредитора, то залогодатель может требовать *сохранения* ее в целости, а по ис­полнении обязательства может требовать возвращения ее. Закон, совершенно справедливо, относился с большой строгостью к этой обязанности кредитора. Если последний утратил вещь каким бы то ни было образом, он обязан отвечать перед собственником «*без вся­кого оправдания*» (т. X, ч. 1, ст. 1676). Это значит, что тяжесть до­казательства лежит на залогодержателе. Не залогодатель обязан доказать вину залогодержателя, а последний должен доказать от­сутствие всякой вины или неосторожности со своей стороны. Толь­ко доказанная им случайность гибели заложенной вещи освобож­дает его от ответственности перед залогодателем. Подобно гибели должно обсуждаться и повреждение вещи.

2. *Права залогодержателя* состоят в возможности требовать судебным порядком продажи заложенной вещи. Но это право обусловливается неисполнением в срок обязательства.

1. До наступления срока кредитор, не владеющий заложенной вещью, заинтересован в том, чтобы вещь, составляющая обеспече­ние его права требования, не потерпела под управлением должни­ка уменьшения ценности сравнительно с той, какая имелась в виду при установлении залога. Вследствие этого возникает весьма важ­ный вопрос о *состоянии имущества во время залога.* Если долж­ник вырубит лес, снесет надворные строения или ригу, лишит фабрики и заводы необходимых орудий производства, то ценность имущества настолько понизится, что обеспеченность кредитора, казавшаяся верной при установлении залога, сделается довольно сомнительной. Отсюда обнаруживается необходимость предоста­вить кредитору право останавливать действия должника, способные обесценить заложенные вещи. Такое право дает ему Герман­ское уложение (Германское уложение, § 1134). Но законодательство XVII в. мало гарантировало интересы кредитора, которому не было предоставлено права возражать против разорительных и гибельных для заложенной вещи действий должника. Кредитор не в состоянии остановить рубку леса или не допустить до заключения обесценивающих имение контрактов. Закон поста­новлял только, что договоры по имению, заключенные ответчиком после получения повестки об исполнении, могут быть «*уничтожены судом по просьбе взыскателя, а в случае публичной продажи име­ния – по просьбе покупщика, если они клонятся во вред того или другого*» (Устав гражданский, ст. 1099 и 1100).

Как и всякое имущественное право, залоговое право способно к переходу от одного лица к другому. А так как это право выра­жается в документе, то наиболее простым способом отчуждения могла бы быть *передача права* по документу. Однако закон запрещал передачу по надписям закладных, все равно, будут ли объектом права движимые или недвижимые вещи (т. X, ч. 1, ст. 1653 и 1678). Замена одного залогодержателя другим возможна только путем уничтожения первой закладной и совершения вто­рой, но, конечно, при условии согласия на то со стороны залогода­теля. Однако Сенат пришел к заключению, что в нашем законодательстве не встречается препятствий к тому, чтобы, с согласия залогодателя, закладные крепости могли быть передаваемы другому лицу, домашним или нотариальным поряд­ком, и чтобы на основании этой сделки старший нотариус делал отметку в реестре крепостных дел (кас. реш. 1898, № 20). К такому выводу Сенат пришел в силу того соображения, что ст. 1653, т. X, ч. 1 содержит лишь запрещение передачи закладных по надписям, что в основе такого запрещения лежит исключительно интерес са­мого залогодателя наконец, что «по актам о передаче закладных не возникает нового залогового права, а лишь переходит к другому лицу право залога, ранее установленное». С этими соображениями согласиться нельзя. Вопреки мнению Сената, такие акты устанав­ливают новое залоговое право, потому что вещное право впервые связывается с данным субъектом. С точки зрения Сената продажа старого дома не устанавливала бы нового права собственности, а переносила бы на другое лицо ранее установленное право. А так как для установления вещного права закон предписывает крепо­стную форму, то без прямого постановления закона нельзя заме­нить последнюю нотариальной или домашней формой. С этой точки зрения согласие залогодателя не имеет никакого значения.

1. По наступлении срока залогодержатель приобретает право требовать продажи вещи, состоящей в залоге. Но закон, охраняя интересы собственника, отлагал осуществление этого права, давая возможность должнику, ввиду угрожающих и ре­шительных приступов к его имуществу, собрать последние силы и освободить себя от тяготеющего над ним обязательства. До продажи заложенных недвижимостей закон давал кредитору право *временного пользования* (или владения, как неправильно выражался старый закон, – т. XVI, ч. 2 Закона судебного граж­данского, ст. 615; управления, как неправильно выражался Ус­тав гражданский, ст. 1129). В силу такого пользования к верите­лю поступают все доходы по имению – арендная, квартирная плата, но зато останавливается течение процентов на капитал. В прежнее время такое пользование продолжалось целый год, а по новому порядку продолжительность его не превышала трех месяцев, и потому кредиторы обыкновенно не прибегают к сво­ему праву. Если заложенная недвижимость не поступила во вре­менное пользование кредитора, то со дня просрочки закладной к капиталу, ею обеспеченному, причисляются проценты, как на не­заплаченный капитал, так и на оставшиеся по день просрочки неуплаченными условные проценты (т. XVI, ч. 2 Закона судебно­го гражданского, ст. 622).
2. Главное право, составляющее сущность залога, заключает­ся в возможности *продажи* заложенных вещей для удовлетворе­ния из вырученной суммы права требования кредиторов. Зало­женные вещи не могут быть присвоены залогодержателем в силу одной только просрочки, но должны быть непременно проданы. Продажа производится не самим кредитором, а от суда, в уста­новленном порядке. На торгах, назначенных для продажи залога, может участвовать и залогодержатель и вместо наличных денег предложить закладную, которая принимается полностью, – от­сюда распространенное выражение «приобретение по закладной» дома или имения.

Во мно­гих случаях исполнение договора происходит постепенно, или бывает, что договор исполняется только отчасти, и вот представляется весьма важным вопрос о постепенном освобождении залога. Например, лицо заняло под залог недвижимого имущества 100 000 руб.; в срок обязатель­ства должник уплачивает половину долга и просит освобождения половины залога. Он получит отказ, потому что согласно законодательству право залога представляется единым целым, так что нельзя допустить его раздробления. В нашем примере, если 100 000 руб. обеспечены известным имением, то из этого не следует, что половина долга обеспечена половиной этого имения, – это было бы совершенно произвольное предположение, – а весь долг обеспе­чен всем залогом.

Другое дело, если есть на то согласие залогопринимателя. Но мы говорим о праве залогодателя, основывающемся на самом существе за­лога или его источника закладного договора, независимо от какого-либо случайного соглашения контрагентов, т. е. такого, которое может быть и не быть в договоре. Таким только согласием залогопринимателя и мож­но объяснить постепенное освобождение залогов, нередко встречающее­ся при обеспечиваемых ими договорах частных лиц с казной. По казен­ным подрядам и поставкам очень часто приходится производить испол­нение не разом, а постепенно, иногда в несколько сроков, разделяемых более или менее значительными промежутками времени: по мере испол­нения договора казна допускает и постепенное освобождение залога. Так, положим, заключен договор поставки на 120 000 руб. и в обеспече­ние исправности поставщика представлен залог в 40 000 руб. Когда по­ставщик поставит условленного товара на 60 000 руб. и затем остается должным поставкой еще на такую же сумму, то хотя и весь залог менее этой суммы, составляет всего 40 000 руб., но присутственное место, за­ключившее договор, тем не менее освободит половину залога, имея в виду, что, по определению законодательства, залог должен составлять третью часть цены казенного подряда или поставки.

Вид постепенного освобождения залога составляет также и так называемый *перезалог* в кредитном установлении. Кредитное установление, оказывая заем под залог недвижимого имущества, ставит условием еже­годный платеж известного процента с занятой суммы на погашение дол­га, так что долг уплачивается не по истечении срока займа, а ежегодно и мало-помалу к сроку займа оказывается уже уплаченным. Конечно, то­гда и залог освобождается. Но справедливо также и то, что гораздо пре­жде истечения срока займа залог уже значительно превышает сумму дол­га, им обеспечиваемого. Например, занято в кредитном установлении под залог недвижимого имущества 8 000 руб. на 28 лет; по истечении, положим, 15 лет от заключения договора собственник имения должен кредитному установлению уже не 8000руб., а менее 4000 руб.; между тем имение остается в залоге. В этом случае собственник имущества, заложенного в кредитном установлении, до истечения срока займа может произвести перезалог, т.е. соразмерно погашенной части долга снова сделать заем в кредитном установлении под залог освобожденной части. Итак, в нашем примере, когда долгу остается только 4000 руб., для обеспечения которых достаточно половины залога, другая половина снова может быть употреблена на обеспечение займа. Но обыкновенно эта операция совершается не в таком виде, чтобы одна часть имущества признавалась освободившейся из залога, а другая оставалась в залоге. Потому что по существу своему право залога представляется нераздель­ным, да и в практическом отношении рискованно его разделять (как же, например, половину оставить в залоге, какую высвободить?)*.* Операция эта совершается так, что снова производится залог всего иму­щества (перезалог), но собственнику его при перезалоге не выдается вся сумма, следующая по займу, а из нее вычитается остаток прежнего долга, т. е. не уплачивается еще часть его. С юридической точки зрения, переза­лог представляет только залог части заложенного имущества, высвобо­дившейся из залога вследствие уплаты соответственной части долга, и само высвобождение залога признается только по особому согласию на то кредитного установления как залогопринимателя. Независимо же от такого согласия у залогодателя нет права на постепенное освобождение залога, по мере исполнения обязательства, ибо право залога, повторяем, едино и нельзя его дробить.[[25]](#footnote-25)

Вырученная от продажи сумма назначается на удовлетворение кредитора. Если она превышает сумму долга, то остаток идет на удовлетворение следующих кредиторов, по старшинству заклад­ных (Устав гражданский, ст. 1215), или же возвращается собствен­нику. Но возможен и обратный случай – *вырученная сумма ока­жется ниже суммы долга.* В практике твердо установился взгляд, что неуплаченный долг по закладной не может быть обра­щен на остальное имущество должника, кроме того, которое по закладной служит обеспечением кредитора (кас. реш. 1877, № 59). В гражданских законах не содержится постановлений по этому воп­росу. Зато в законах о судопроизводстве гражданском, сохранивших свое действие в местностях, где не введены новые Судебные уставы, имелось постановление, в силу которого денежная сумма, полученная через продажу заложенного имущества, хотя бы и не равнялась сумме долга, считается полным удовлетворением иска (т. XVI ч. 2, Положение о взысканиях гражданских, ст. 315). Хотя постановление это содержалось в процессуальных законах, но, ввиду своего материального содержания, оно не могло считаться отмененным вследствие издания Судебных уставов. Это подтвер­ждалось положением, что изложенные в законах о судопроиз­водстве гражданском правила по предметам права гражданско­го, не замененные правилами Устава гражданского, применяются во всех губерниях и областях, на которые распространяется действие Законов гражданских (т. XVI, ч. 2, ст. 3 прим.). Однако некоторое сомнение вызывала ст. 407, т. XI, ч. 2 Уст. суд. торг., в которой сказано, что «*несостоятельность наступает, когда, по недостатку залога и поручительства, взыскание обращено бу­дет на имущество должника, а при сем оное окажется недостаточным*». [[26]](#footnote-26)

Еще более сомнительным представляется вопрос по отношению к закладу движимости. Если признать, что удовлетворение креди­тора исключительно из залога вытекает из существа залоговой права, то нет оснований не распространить и на этот случай по­ложение, принятое для залога недвижимости. Некоторым подтвер­ждением правильности такого вывода могла бы служить ст. 16741 т. X, ч. 1, в которой взыскание на имущество должника, заложив­шего акцию, допускается только при существовании по этому по­воду соглашения. Да и Устав о банкротах 1800 года постановлял: «*Ежели заклад меньше того стоит, в чем заложен, то оставлять оный у закладодержателя, поелику он почитал его достаточным в обеспечение данных им под заклад денег*». Но в силу ст. 634 т. XVI, ч. 2, изд. 1892, Закона судебного гражданского, «*если заложенное имущество будет продано ниже ценой, нежели сколько следует уплатить кредитору, то недостаток взыскивается в удовлетворение его с закладчика*». Практика пришла к заключе­нию, что в случае недостатка суммы, вырученной от продажи заложенной движимости, для покрытия всего долга взыскание мо­жет быть обращено и на все остальное имущество, в противопо­ложность порядку, установленному для залога недвижимостей (кас. реш. 1889, № 2; 1903 № 98).

Положение, принятое законодательством XVII в. в отношении недвижимостей, прак­тикой было признано нело­гичным и несправедливым. Нелогичность его обнаруживается из существа залога, который имеет своей целью обеспечить право требования, имеющее уже объектом своего удовлетворения все имущество должника. Следовательно, залоговое право, кроме об­щего всем кредиторам права на имущество должника, дает зало­годержателю, сверх того, специальное право преимущественного удовлетворения из ценности определенной вещи. В этом заключа­ется реальное обеспечение права. Залоговое право не производит новации, оно не прекращает силы главного обязательственного от­ношения и не заменяет, а лишь дополняет залоговым отношением. Поэтому залогодержатель не может быть лишен права отказаться во всякое время от предоставленной ему привилегии и искать удовлетворения на общем основании, т. е. во всяком имуществе должника, а не в определенной вещи. Исходя последовательно из положения закона, необходимо признать, что гибель объекта зало­га или недействительность залоговой сделки не только устраняют силу дополнительного отношения, но прекращают силу главного, т. е. лишают кредитора его права по обязательству. Действитель­но, практика постепенно пришла к таким выводам (кас. реш. 1880, № 143). Вопреки цели и существу залога, оказываются возможны­ми случаи, когда залогодержатель менее обеспечен в своих пра­вах, чем обыкновенный, не привилегированный кредитор. Однако этот логический вывод судебной практики встречается с прямым постановлением закона, в силу которого в случае залога чужой вещи отпадает лишь залог, а кредитор сохраняет основное право требования по обязательству (т. X, ч. 1, ст. 1629 п. 1 и ст. 1664 п. 1). [[27]](#footnote-27)

Положение закона признано и несправед­ливым, потому что ставит реальный кредит в худшее положение, чем личный. Кредитор, принимая в обеспечение своего права тре­бования залог, соглашается оказать должнику кредит за меньший процент, нежели простой кредитор, который возвышает процент ввиду риска. А между тем оказывается, что риск нередко может быть больше на стороне залогодержателя. Кроме того, вопиющим нарушением справедливости представляется такой, вполне возможный, случай, когда должник, получивший богатое наследство, бросает кредитору обесцененное имение или сгоревший и не застрахованный дом. Вредность указанного положения в экономиче­ском отношении обнаруживается из того, что при риске, который несет у нас «обеспеченный» кредитор, он или повысит процент, или уменьшит сумму, даваемую под залог.

Ввиду таких невыгодных для кредитора последствий залога, в практике обнаруживается стремление устранить действие озна­ченного правила включением в договор займа оговорки, в силу ко­торой должник принимает на себя обязанность удовлетворить кре­дитора до полной суммы займа из всего остального своего имуще­ства. Сенат поддержал это направление, признав полную силу за такими соглашениями (кас. реш. 1884, № 5).

При несостоятельности должника заложенные им вещи не поступают в конкурсную массу, но продаются отдельно, и только оставшаяся по удовлетворении залогодержателя сумма поступает в конкурсную массу (Устав судебный торговый, ст. 505 и 506 п. 3). Однако конкурсное управление, если надеется продать заложен­ное имущество на более выгодных для себя условиях, имеет право выкупа, что в сущности безразлично для кредитора, так как в том и другом случае он удовлетворяется полностью. [[28]](#footnote-28)

В тех случаях, когда залогодателем является не сам должник, а стороннее лицо, как сказано, возникают также *юридические отношения ме­жду залогодателем и должником.* Существо их состоит в том, что зало­годатель вправе требовать от должника исполнения всех тех обяза­тельств, которые тот на себя принял. Так, быть может, должник обязался вознаградить залогодателя за представление залога. Или, даже незави­симо от особого соглашения, должник обязан вознаградить залогодате­ля за все убытки, наступающие для него при неисправности должника по договору. Но и должник, если стороннее лицо обязалось обеспечить его долг своим имуществом, вправе требовать от этого лица, чтобы залог действительно был представлен и соответствовал условиям договора, заключенного между должником и сторонним лицом.[[29]](#footnote-29)

# 7. Особые виды залога

Указанные общие правила о за­логовом праве в некоторых случаях несколько изменяются, обра­зуя особые виды залога.

1. Некоторые особенности представляет залог недвижимости в *кредитных установлениях,* как Государственный дворянский банк, городские общественные банки, городские кредитные обще­ства, акционерные поземельные банки. Установление залога, как обеспечения долга кредитному учреждению, предполагает пред­ставление актов укрепления на недвижимость и свидетельство старшего нотариуса или суда о принадлежности имения залогода­телю и о свободе от запрещений (т. XI, ч. 2, Устав кредитный, разд. VI ст. 55, разд. XI ст. 140). Строения должны были быть непремен­но застрахованы. Оценка имущества производилась самим банком, и выдаваемая под залог сумма ставилась в известное процентное от­ношение к оценочной сумме (50-75%). Заемная сумма выдается или деньгами или, чаще, закладными листами, т. е. обязательства­ми самого банка, обеспеченными состоящим в его залоге имущест­вом. Реализация закладных листов производилась или самим банком, или заемщиком. Заем под залог производится обыкновенно на весьма продолжительное время, например на 36 или 48 лет, пото­му что долг уплачивается постепенно, – вместе с процентом по займу уплачивается и процент погашения. Право распоряжения со стороны собственника подлежит некоторым ограничениям; так, например, перестройка заложенного здания допускалась не иначе как по удостоверении банком, что она не может уменьшить цен­ности залога (т. XI, ч. 2, Устав кредитный, разд. XI ст. 149). В про­тивоположность простому залогодержателю, банк был вправе требо­вать от залогодателя воздержания от вредных и обесценивающих залог действий – например, не заключать арендных договоров на срок свыше 3 лет, не продавать на сруб лес, не сносить некоторых строений (т. XI, ч. 2, Устав кредитный, разд. VI ст. 68 и 85). С дру­гой стороны, с согласия банка собственник мог продать, пода­рить заложенную недвижимость, с переводом долга, без уничто­жения первого залога. Главная особенность залога в кредитном установлении состоит в праве этого последнего произвести самостоятельно продажу, без посредства суда. Но этим правом пользовались совершенно незаслуженно и частные банки.

2. Некоторым особым положениям подлежали *ссудные кассы* для предупреждения злоупотреблений доверием закладчиков (т. X, ч. 1, ст. 1663 прим., прил.). Прежде всего, ссудная касса получала от городской управы шнуровую книгу. В нее записывались: имя закладчика, описание закладываемой вещи, размер выданной под заклад суммы, время выдачи и возвращения ее, размер процента и платы за хранение. Затем из книги вырезался ярлык, который прикреплялся к заложенной вещи, а закладчику вручался билет, повторяющий содержание записки в книге. Процент по займу и плата за хранение уплачивался только при возвращении занятой суммы. При выкупе заклада касса была обязана выдать заемщику расписку. Просроченные заклады продавались с аукциона через город­ских аукционистов, а где их нет – через полицию. Однако просро­ченный заклад не мог быть назначен в продажу ранее двух месяцев после срока платежа, в течение которых закладчик со­храняет право выкупа. При продаже закладов торг начинается с суммы долга, включая в него следующие с заемщика платежи. Ес­ли по этой цене не будет покупателя, то заклад поступает в соб­ственность содержателя ссудной кассы.

3. Образованные по правилам Закона 1888 года *товарные скла­ды,* в удостоверение сложенного у них товара, выдавали свидетель­ства, простые или двойные. Вторые состоят из двух листов, из ко­торых один назывался складочным свидетельством и удостоверя­л право собственности на товар, а другой носил название закладного свидетельства (варрант) и удостоверял залоговое пра­во на тот же товар (т. XI, ч. 2, Устав торговый, ст. 766-819). Разъединяя эти документы, складчик мог заложить свои товары пе­редачей по надписи закладного свидетельства, а потом отдельно передать и складочное свидетельство. Обладатель последнего мо­г и до срока уплатить лежащий на товаре долг. Обладатель за­кладного свидетельства, не получивший в срок удовлетворения от собственника, мог обратиться к правлению товарного склада, которое могло производить внесудебным порядком продажу, погасать долг, а остаток вырученной суммы вернуть собственнику това­ра. Особенность рассматриваемого залога состоит в том, что за­кладное свидетельство могло переходить по надписи от одного ли­ца к другому. Последний обладатель документа, не получивший в срок удовлетворения от собственника, мог обратиться с требо­ванием об удовлетворении к каждому из надписателей. Следовательно, в противоположность общему правилу, закладное право могло переходить от одного лица к другому без согласия залого­дателя, и притом создавало солидарную ответственность всех надпи­сателей. Второе отступление от общих начал русского залогового права представляет положение, что если через продажу товара не будет выручена вся сумма долга, то обладатель закладного свиде­тельства имеет право требовать остальную сумму с лица, получив­шего деньги под заклад, а также с надписателей. [[30]](#footnote-30)

# 8. Прекращение залога

*Прекращение залоговых отношений* наступает или при исполне­нии обязательства (что технически называлось «*выкуп*»), или при несостоятельности должника. В последнем случае заложенная недвижимая вещь переходила в собственность залогопринимателя, но не *со ipso*, а через запись в поместном приказе, ввод и отказ. Движимая вещь, по указу Иоанна IV, сохраненному Татищевым, подлежала публичной продаже при следующих условиях: залогоприниматель не имеет права при наступлении срока продать или сбыть другим спо­собом заложенную ему вещь без уведомления должника: он должен послать к последнему «*мужей двух или трех*», извещая, что если тот не заплатит долга в течение недели или двух, то он продаст его за­клад. Если это не приведет к уплате, то залогоприниматель должен:

* отнести заложенную вещь к старосте и целовальникам и продать за­клад при многих людях (с публичного торга) по справедливой цене;
* из вырученной суммы кредитор получает сумму долга и процентов;
* остаток ее возвращается залогодателю. Если же вырученной суммы от продажи недостаточно для покрытия долга с процентами, то ос­тающаяся часть долга взыскивается с должника (Ук. кн. вед. казн. ст. XII, примеч. 51).

Полагают, что этот указ есть не что иное, как ин­терполяция, заимствованная (отчасти буквально) из Эклоги (гл. 2, тит. 10, или по кормчей зач. 11, гл. I) и не принадлежащая законода­телю; доказывается это тем, что означенная прибавка сообщается только в одном списке Татищева; далее тем, что эта мера не могла исчезнуть бесследно (в Уложении царя Алексея Михайловича о ней нет упоми­нания); наконец, тем, что вообще невероятна в XVI в. такая норма, до которой русское право не дошло и в действующем своде законов. На это заметим: заимствование законов из византийских источни­ков для древнего русского права есть явление несомненное (приме­ром служит Уложение); поэтому нет оснований предполагать в каж­дом случае интерполяцию частных лиц. Правда, иногда такие заим­ствования делались и частными лицами (дьяками в приказах), како­вы, например, статьи из Литовского статута, приписанные к указным книгам: это – общеизвестное явление старинного права, т. е. субсидиарное пользование чужими законами, при этом путем постоянного применения чужой закон превращается, наконец, в законную норму. Впрочем, кормчая не была чужим законом для древней России; на нее могли и без того ссылаться как на свой закон. Выписка отдель­ных мест из кормчей дьяками указывает только, какие нормы они, судьи-практики, считали применяемыми. В данном случае нет при­знаков частной работы дьяка или переписчика, так какстатья Экло­ги не только переведена, то и переработана и выражена правильным законодательным языком того времени. Положение этой статьи в общем составе указа 1557 г. вполне нормально: закон говорит здесь, во-первых, о долгах кабальных, во-вторых, о долгах, обеспеченных закладом, и в-третьих, о долгах бескабальных (и, разумеется, без за­клада). В Уложении царя Алексея Михайловича можно найти след анализиру­емого постановления в ст. 196, гл. X, которая изложена так: «*А будет кто кому в долгу в деньгах, или в ином в чем-нибудь, заложит, что до сроку и кабалу закладную на тот свой заклад даст,* *а в кабале напи­шет: буде он того своего закладу на срок не выкупить, и на тот его заклад та закладная кабала — и купчая,* *и дав он такую кабалу, того своего закладу на срок не выкупит: и ему впредь до того своего за­кладу дела нет, а владети тем его закладом тому, кому он заложит, и вольно тому такой заклад продати, и заложить и в приданые дать*». Таким образом, право собственности кредитора на заложенную вещь возникает при просрочке тогда, когда должник выразит это в своем обязательстве. А если он не напишет такого условия? Конечно, сле­дует взыскание, обращенное на заложенную вещь (быть может, не совсем в форме указа 1557 г.). Что касается дальнейшей истории за­логового права, то возможность колебаний в этом отношении и воз­вращения вспять наглядно засвидетельствована судьбой указа 1737 г., который установил обязательную продажу недвижимости и дви­жимости по просрочке и оставление вещи за кредитором лишь в том случае, если на торгах предложенная сумма будет ниже долговой, такое узаконение, совершенно равняющееся закону 1557 г., однако, отменено вскоре – в 1744 г., когда было предписано опять возвратиться к правилам Уложения, но лишь относительно недвижимостей. Вопрос о движимых вещах остается открытым и тогда, но здесь очень важно (как и заметил Кассо), что и до указа 1737 г. в операци­ях монетной конторы по частным долгам ею под обеспечение драго­ценными металлическими вещами была принята система оценки та­ких вещей по просрочке свыдачей излишка цены должникам (ук. 1733, 11. С. 3., № 6300). Вообще о взысканиях по закладу движимостей мы нс имеем узаконении (кроме ук. 1737 г.) до устава государственного темного банка 1754 г., которым введена обязательная продажа заложенной вещи; если уставом о банкротах 1800 г. продажа предоставлена воле должника с риском для него доплатить сумму долга, если цена заложенной вещи не покроет ее всю, то из этого (по сопос­тавлению с приведенными прежними постановлениями) отнюдь не следует, что нормальным традиционным способом было превраще­ние вещи в собственность кредитора по просрочке.[[31]](#footnote-31)

Остается сказать о прекра­щении обыкновенного его источника – закладного договора. Наиболее распространенными являются два способа – прекращение заклад­ного договора по прекращении обеспечиваемого договора и прекра­щение его по давности. Имеются также и другие способы прекращения права залога, на­пример, прекращение по соглашению контрагентов, по уничтожению имущества, бывшего в залоге, и тому подобное, но на практике они не были широко распространены.

Прекращение закладного договора *по прекращению договора, обеспечиваемого залогом.* Оно наступает по самому существу закладного договора, как договора второстепенного, имеющего значе­ние только при существовании главного договора. Например, уплата обеспеченного долга в срок, а иногда и до срока, влечет за собой пре­кращение и главного, и закладного договора. Наоборот, прекращение закладного договора – допустим, по соглашению контрагентов – не вле­чет за собой прекращения договора обеспечиваемого, разве в отдельном случае способ прекращения закладного договора содержит в себе без­молвное соглашение и насчет прекращения обеспечиваемого договора. Если заем обеспечивается закладом и оговорено, что в случае неисправ­ности должника залогоприниматель может оставить заклад за собой. Должник действительно оказывается неисправным, но залогопринима­тель, вместо того чтобы обратить заклад в свою собственность, возвра­щает его залогодателю. Здесь возвращение закладного договора дейст­вительно можно понимать как прощение долга, как прекращение и само­го обеспечиваемого договора.

По отношению к вопросу *о значении давности для прекращения закладного договора* можно различать два случая: заключается ли он одновременно с главным договором или впоследствии, хотя, впрочем, оба случая разрешаются одинаково. Когда закладной договор заключается одновременно с обеспечиваемым договором, то давность не может поразить закладной договор в отдельности, не поражая обеспечиваемого до­говора, и наоборот. Но закладной договор может быть заключен и впоследствии, так что давность прежде коснется обеспечиваемого договора. По общему положению, что закладной договор, как договор дополни­тельный, прекращается с прекращением главного договора, но прекра­щение договора по давности не составляет удовлетворения верителя: веритель, имея в руках свой залог или, по крайней мере, имея за собой право залога, может считать себя более обеспеченным, нежели другие верители, и потому не слишком дорожить устранением давности от обеспечиваемого договора. Однако же соображение это нисколько не может ослабить того основного положения, что обеспечиваемый дого­вор, как дополнительный, не существует с прекращением главного дого­вора. Невозможно обеспечение того, что не существует. Залог же только и имеет значение обеспечения главного договора. Притом он не есть также обеспечение на случай прекращения главного договора без удовлетворения верителя, это лишь обеспечение на случай неисправно­сти должника по главному договору, но как скоро главный договор пре­кращается, то нет более должника, не может обнаружиться и неисправ­ность по договору. Поэтому, как ни кажется благовидным признать продолжение существования закладного договора, все-таки нужно при­нять, что с прекращением обеспечиваемого договора по давности прекращается и право залога. Так что, если заложенное имущество находит­ся в руках верителя, залогодатель вправе потребовать его обратно.[[32]](#footnote-32)

# Заключение

Подводя заключительную черту, можно констатировать два важных обстоятельства − *дореволюционные залоговые отношения в России имели очень прочные позиции и были широко развиты.*

Известное, например, из современного Закона об ипотеке (п. 3 ст. 54) правило об отсрочке реализации заложенного имущества при обращении взыскания на него имеет свою историю в дореволюционном праве: в Указе императрицы Анны Иоановны от 1 августа 1737 года и в Уставе о банкротах от 19 декабря 1800 года, в которых содержались положения об отсрочке взыскания по закладным.

В 1754 году были созданы первые в России государственные кредитные учреждения: Санкт-Петербургская и Московская конторы Государственного банка для дворянства при Сенате и Сенатской конторе, для купцов − в Петербургском порту при коммерц-коллегии. Банки кредитовали дворянство и купечество под залог имений.

В 1860 году старые кредитные учреждения были ликвидированы, помещичьи долги удержаны в ходе выкупных операций.

В 60-х годах XIX века возникли новые ипотечные учреждения, основанные на капиталистических принципах функционирования, а к концу 80-х годов сложилась система ипотечного кредита, просуществовавшая до 1917 года.

В Российской империи образцовая ипотека действовала в губерниях Царства Польского по уставу 1818 года. В ее основе было старое польское законодательство с прусскими и австрийскими «наслоениями». В прибалтийских губерниях ипотека действовала с XVIII века и была объединена с законодательством при судебной реформе 1889 года.

С начала 1870-х годов в стране действовало более 11 акционерных (ипотечных) банков, акционеры которых проводили масштабные операции с землей и недвижимостью.

На европейской территории России ипотека была введена законом 19 мая 1881 года. В 1882 году для проработки деталей и практики закона была создана Особая ипотечная комиссия. В 1889 году была отменена старая система оглашения завещаний и утвержден порядок «гласности» и «специальности». В практику вошла новая форма реестров крепостных дел, где статьи были приурочены к названию имений, а не к существовавшему ранее порядку, связанному с именем собственника. Так внедрялся принцип «специальности».

По российскому законодательству XIX века на одной территории не могли действовать одновременно более двух земельных банков, чтобы не создавать друг другу ненужной конкуренции.

На Государственный крестьянский поземельный банк, основанный в 1882 году, была возложена задача ссужать крестьян деньгами для покупки помещичьей земли. Государственный дворянский земельный банк, основанный в 1885 году, поддерживал помещичье землевладение путем выдачи дворянам ипотечных ссуд.

В конце XIX века в Санкт-Петербурге основные операции по ипотечным бумагам проводили Международный, Учетный и Ссудный банки, а с 1903 года к ним активно присоединился Азово-Донской банк. В Москве работало восемь основных государственных банков.

*Система ипотечного кредитования, возникшая в России в 1880-х годах и просуществовавшая почти четыре десятилетия, состояла из сословных и земских взаимных и акционерных частных и государственных кредитных учреждений.* Создавалась и функционировала эта система при участии и поддержке правительства, которое видело в ней одно из главных средств «прикрепления дворян к земле». Именно этим объясняется присутствие в ипотечной системе наряду с коммерческими структурами сословного элемента.

В России послереволюционного периода залоговое право продолжало существовать, но в условиях, когда не было экономической почвы сколько-нибудь толкового применения института залога из-за необеспечения действительной оборотоспособности вещей и, прежде всего, недвижимого имущества.[[33]](#footnote-33)

# Список использованной литературы

*Нормативный материал:*

Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. − Ростов-на-Дону, 1995. − 639 с.

Довдиенко И.В. Ипотека: Учебно-практическое пособие / И.В.Довдиенко. − М.: Изд-во РДЛ, 2002. − 272 с.

Залоговое право России. / Гусев О.Б., Завидов Б.Д., Слюсаренко М.И. − М., 2001. − 448 с.

1. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). По испр. и доп. 8-му изд., 1902. − М., 1997. − 455 с.
2. Российское законодательство Х-ХХ веков. В 9 т. Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма. − М., 1986. − 512 с.

Стешенко Л.А., Шамба Т.М. История государства и права России: Академический курс. В 2-х т. Т. 1. − М., 2003. − 752 с.

Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. −Тула, 2001. − 720 с.

1. Довдиенко И.В. Ипотека: Учебно-практическое пособие / И.В.Довдиенко. М., 2002. С. 7-12. [↑](#footnote-ref-1)
2. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула, 2001. С. 317. [↑](#footnote-ref-2)
3. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 317. [↑](#footnote-ref-3)
4. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 317-318. [↑](#footnote-ref-4)
5. Стешенко Л.А., Шамба Т.М. История государства и права России: Академический курс. В 2-х т. Т. 1. М., 2003. С. 342. [↑](#footnote-ref-5)
6. Залоговое право России. / Гусев О.Б., Завидов Б.Д., Слюсаренко М.И. М., 2001. С. 7-9. [↑](#footnote-ref-6)
7. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). По испр. и доп. 8-му изд., 1902. М., 1997. С. 198. [↑](#footnote-ref-7)
8. Довдиенко И.В. Указ. соч. С. 12-19. [↑](#footnote-ref-8)
9. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 200-201. [↑](#footnote-ref-9)
10. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 319. [↑](#footnote-ref-10)
11. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 319. [↑](#footnote-ref-11)
12. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 199. [↑](#footnote-ref-12)
13. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 320. [↑](#footnote-ref-13)
14. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 201-204. [↑](#footnote-ref-14)
15. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 320. [↑](#footnote-ref-15)
16. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 321. [↑](#footnote-ref-16)
17. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 200. [↑](#footnote-ref-17)
18. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 322. [↑](#footnote-ref-18)
19. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 323. [↑](#footnote-ref-19)
20. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 324. [↑](#footnote-ref-20)
21. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 208-211. [↑](#footnote-ref-21)
22. Там же. [↑](#footnote-ref-22)
23. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 211-213. [↑](#footnote-ref-23)
24. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 211. [↑](#footnote-ref-24)
25. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 217-219. [↑](#footnote-ref-25)
26. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 324-328. [↑](#footnote-ref-26)
27. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 329. [↑](#footnote-ref-27)
28. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 330. [↑](#footnote-ref-28)
29. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 219. [↑](#footnote-ref-29)
30. Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 330-332. [↑](#footnote-ref-30)
31. Владимирский-Буданов М.Ф. Указ. соч. С. 549-550. [↑](#footnote-ref-31)
32. Мейер Д.И. Указ. соч. С. 219-221. [↑](#footnote-ref-32)
33. Довдиенко И.В. Указ. соч. С. 19-22. [↑](#footnote-ref-33)