Проф. Вс. УДИНЦЕВЪ.

ОСТАВЛЕНІЕ ЗАКЛАДА

ВЪ

ПОЛЬЗОВАНІИ ДОЛЖНИКА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ
Типографія Редакціи період. изданій Министерства Финансовъ.
1913.

Дн 27

Библиотека МГУ им. Горького

~~43 : 87~~

144722 пр. 96

Оставленіе заклада въ пользованіи должника [1]).

I. Закладъ безъ передачи—по закону и въ практикѣ.

Закладъ движимости устанавливается съ соблюденіемъ формальностей, или путемъ простого соглашенія, но по общему правилу сопровождается передачей предмета заклада кредитору. Таковъ принципъ права всѣхъ народовъ. Въ Германіи подъ вліяніемъ рецепціи онъ былъ ослабленъ и не могъ быть примѣненъ, напр. къ общей ипотекѣ. Но, съ реакціей противъ чужого права, этотъ принципъ сталъ проводиться въ качествѣ національнаго, особенно прочно утвержденъ былъ въ торговомъ уложеніи 1907 г., получивъ еще раньше выраженіе въ § 1205 гражданскаго уложенія. Древнее французское право знало только одну форму обезпеченія требованій движимостью—передачу владѣнія вещью кредитору. Въ областяхъ писаннаго права и въ незначитель-

[1]) Кромѣ литературы учебной и монографій по залоговому праву, къ выясненію вопроса могутъ служить: Schöndorff. Materialen zur Frage von der Mobiliarhypothek въ Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht. B. 68. S. 483 ff. Correspondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin. 28 Febr. 1911. № 2, S. 52—54. — Dr. Düringer въ Leipziger Zeitschrift fur Handels-Konkurs und Versicherungsrecht. 1. Juni 1911. № 6.— Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 15 Juni 1911 betreffend «Die Sicherungsübereignung von Warenlager» въ Leipziger Zeitschrift f. H.-K. und V. 1 Febr. 1912, № 2. — Prof. Dr. Hellwig. Gläubigernot въ Recht und Wirtschaft. Okt. 1911. — Dr. Hirsch. Die Ersatzstücke bei Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager въ Deutsche Juristen-Zeitung. Nov. 1911, № 22.—Kleinrath. Die Sicherungsübereignung von Warenlager въ Leipziger Zeitschrift für H.-K. und V. 1 Febr. 1912, № 2. — La vente et le nantissement des fonds de commerce. Texte et commentaire des lois de 17 Mars et 1 Avril 1909. Paris.—

номъ числѣ мѣстъ дѣйствія кутюмовъ допускалась ипотека движимостей, но она не оказывала вліянія на права пріобрѣтателей заложенной и не переданной кредитору вещи. Дѣйствующій французскій гражданскій кодексъ и торговое уложеніе, по общему правилу, признаютъ лишь ручной закладъ. Другія западно-европейскія законодательства примыкаютъ къ двумъ уже названнымъ, и, въ частности, швейцарское уложеніе въ § 884 постановляетъ, что во всѣхъ случаяхъ, за исключеніемъ особо указанныхъ въ законѣ, закладъ движимости сопровождается передачей владѣнія вещью кредитору. Практика передачи заклада кредитору давно извѣстна и русскому правосознанію. Въ духовной грамотѣ 15-го вѣка одинъ завѣщатель свидѣтельствуетъ о томъ, что онъ положилъ у своего кредитора «въ томъ серебрѣ чепь золоту, четыре гривенки да полчетверта золотника, да поясъ золотъ на череватѣ тесмѣ» (1472). Въ позднѣйшихъ актахъ передача считается естественнымъ условіемъ установленія заклада, и это какъ до уложенія Царя Алексѣя Михайловича, такъ и въ самомъ уложеніи, которое не безъ умысла сближаетъ закладъ съ поклажей (гл. 10 ст. 194—197). Банкротскій уставъ 1808 г. (ч. 2 ст. 9) постановляетъ о передачѣ предмета заклада въ руки кредитора, и это же требованіе составляетъ содержаніе ст. 1671 Свода законовъ гражданскихъ. По узаконеніямъ губерній остзейскихъ

Dalloz. Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen-Steuer und Stempelfragen. 1911, № 3, S. 91 ff. — Prof. Dr. Oertmann. Zur Frage der Sicherungsübereignung въ Deutsche Juristen-Zeitung. Okt. 1911, № 19. — Sicherungsübereignung eines Warenlagers въ Correspondenz der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin. 31 Juli 1911, № 7. — Dr. Schöndorff въ Deutsche Juristen-Zeitung 15 Mai 1911, № 10. — Deutsche Juristen-Zeitung 1911, № 9, S. 649 — 650. Въ русской литературѣ должны быть отмѣчены: Бугаевскій. Проблема залога движимости. Право. 1910, № 4. — Гойхбаргъ. Залогъ движимости. Право. 1909, № 25, 26. — А. Каминка. Залогъ движимаго имущества. Право. 1909, № 42. — А. Каминка. Вопросы заклада движимаго имущества. Право. 1911, № 34, 35. — Шендорфъ. Земледѣліе и мобиліарный кредитъ. Право. 1909, № 26. — Софія Рынкевичъ. Къ вопросу о Sicherungsübereignung въ современномъ гражданскомъ правѣ. Право. 1913, № 16, 18.

съ 1889 г. въ отношеніи движимостей допускается только закладъ съ передачей (ст. 1336 по прод. 1890 г.), и ипотека возможна лишь для недвижимостей (прим. къ ст. 1357 по прод. 1890 г.). Общее уложеніе Финляндіи передачу предмета заклада предполагаетъ въ ст.ст. 1, 3, 4, 5 главы X отдѣла о торговлѣ. Гражданскій кодексъ губерній Царства Польскаго въ ст. ст. 2071 и 2072 повторяетъ то самое, что значится въ соотвѣтствующихъ статьяхъ французскаго уложенія.

Требованіе фактической передачи закладываемой вещи кредитору однако же не безусловно обязательно. Такъ, напр., по германскому праву, закладываемая вещь можетъ быть положена подъ общій запоръ кредитора и должника, или же можетъ быть передана на храненіе постороннему лицу. Фактической передачи заклада во владѣніе кредитора не производится и въ томъ случаѣ, когда вещь ко времени установленія заклада находится уже въ непосредственномъ владѣніи третьяго лица, которому предположено отдать ее на храненіе. То же самое имѣетъ мѣсто, когда закладываемая вещь состоитъ въ непосредственномъ владѣніи кредитора, у котораго она и останется на время заклада. Однако же, эти случаи §§ 1205 и 1206 германскаго уложенія даютъ поводъ говорить не столько объ исключеніи изъ правила о реальной передачѣ, сколько объ ослабленіи его. Сюда же относится давно извѣстное французскому торговому праву и всѣмъ другимъ законодательствамъ положеніе, въ силу котораго заложенные товары не поступаютъ во владѣніе кредитора, если они находятся въ товарныхъ складахъ или въ пути.

Но право знаетъ и настоящія исключенія изъ принципа реальной передачи. Уже въ средніе вѣка допускалась ипотека движимости, какъ, напр., въ случаѣ бодмереи, займа подъ закладъ корабля и заклада нѣкоторыхъ предметовъ, пользованіе которыми представлялось необходимымъ сохранить за должникомъ, каковы, напр., орудія производства. Прусское земское уложеніе, въ § 271 1, 2, допускаетъ символическую передачу тѣхъ вещей, которыя, или по природѣ не допускаютъ реальной передачи, или передачи которыхъ не требуетъ законъ. Въ Германіи съ давнихъ поръ и до настоящаго

времени безъ передачи устанавливается залогъ судовъ (§ 1260 гражд. улож.). Другое исключеніе косвенно вытекаетъ изъ залога недвижимости, обнимающаго собой отдѣльныя произведенія и составныя части участка, а равное принадлежности: если принадлежности и произведенія являются движимостями, то, подпадая подъ ипотеку, они обременяются закладомъ безъ перехода во владѣніе кредитора. Отступленіе отъ общаго принципа, говоритъ проф. Кассо, еще ярче обнаруживается въ прусскомъ законѣ о залогѣ желѣзныхъ дорогъ, имущество которыхъ составляетъ совокупность, подпадающую подъ ипотеку безъ различія недвижимости и движимости; залогъ такой совокупности не препятствуетъ обращенію подвижного состава, такъ что вагоны, принадлежащіе залогодателю, могутъ циркулировать по всѣмъ дорогамъ Европы (понятіе о залогѣ стр. 215). Отступленіе отъ господствующаго принципа въ этихъ случаяхъ не подлежитъ сомнѣнію, хотя, какъ говоритъ Schöndorff (Z. f. HR. 560) возражая проф. Кассо, указанное расширеніе ипотеки является лишь послѣдовательнымъ проведеніемъ понятія ипотеки недвижимости. Независимо отъ морской ипотеки, во Франціи давно уже разрабатывается идея gage sans déplacement, получившая свое выраженіе еще въ проектѣ 1856 г.

Въ 1898 г. іюля 18, тамъ былъ изданъ законъ о земледѣльческихъ варрантахъ, смѣненный закономъ 30 апрѣля 1906 г., по которому сельскій хозяинъ можетъ занимать деньги подъ земледѣльческіе или промышленные продукты безъ передачи кредитору владѣнія ими. Schöndorff считаетъ классической страной ипотеки движимостей Швейцарію, гдѣ этотъ институтъ получалъ то одну организацію, то другую, то расширялъ область дѣйствія, то суживалъ. При выработкѣ проекта гражданскаго уложенія ипотеку движимости предполагалось распространить на значительное число предметовъ, но по § 885 швейцарскаго уложенія только закладъ скота въ обезпеченіе требованій опредѣленныхъ кредитныхъ установленій и товариществъ производится безъ передачи предмета заклада. На основаніи § 886, собственникъ можетъ установить на заложенную уже вещь дополнительный закладъ съ условіемъ, что кредиторъ бу-

детъ оповѣщенъ объ этомъ и предупрежденъ, что въ случаѣ уплаты онъ обязанъ будетъ передать вещь второму кредитору. Затѣмъ, согласно § 805 залогъ недвижимости обнимаетъ какъ части, такъ и ея принадлежности. Такимъ образомъ, и движимости, попавшія въ залогъ вмѣстѣ съ недвижимостью, остаются во владѣніи должника. Закладъ движимости безъ передачи владѣнія кредитору установленъ калифорнскимъ гражданскимъ уложеніемъ для локомотивовъ, машинъ и прочаго подвижного состава, для пароходныхъ машинъ, механизмовъ, употребляемыхъ машинистами, литейщиками и ремесленниками, для горнозаводскихъ и типографскихъ машинъ, для профессіональныхъ библіотекъ, инструментовъ землемѣровъ, врачей и дантистовъ и для многихъ другихъ предметовъ. По англійскимъ законамъ 1854, 1878, 1882, 1890 и 1891 гг. допускается закладъ безъ передачи владѣнія—въ отношеніи товаровъ, домашней утвари, плодовъ, машинъ и нѣкоторыхъ другихъ предметовъ, съ исключеніемъ такихъ, стоимость которыхъ не превышаетъ тридцати фунтовъ стерлинговъ.

Русское законодательство знаетъ нѣсколько исключеній изъ правила о реальной передачѣ предмета заклада. Такъ, согласно ст. 8 разд. IV уст. кред. изд. 1903 г., Государственный, банкъ можетъ оставлять въ пользованіи или на храненіи заемщиковъ принимаемыя отъ нихъ въ обезпеченіе ихъ обязательствъ, движимыя имущества. По статьѣ 96 разд. X уст. кред., ссуды, выдаваемыя учрежденіями мелкаго кредита на пріобрѣтеніе инвентаря, могутъ быть обезпечиваемы пріобрѣтаемыми предметами, съ оставленіемъ ихъ въ пользованіи заемщика. Статья 139 разд. IV уст. кред. изд. 1903 г. предоставляетъ Государственному банку открывать кредиты посредникамъ: 1) для выдачи мелкимъ землевладѣльцамъ и арендаторамъ сельскохозяйственныхъ имѣній, крестьянамъ, кустарямъ и ремесленникамъ ссудъ подъ закладъ предметовъ ихъ производства, а также ссудъ на оборотныя средства и на пріобрѣтеніе инвентаря; 2) для выдачи ссудъ подъ находящіеся въ пути или предназначенные къ перевозкѣ товары. Обезпечивающіе такія ссуды предметы заклада оставляются въ рукахъ заемщиковъ, что очевидно изъ ст. 142, по которой зем-

ство, какъ посредникъ, несетъ отвѣтственность за цѣлость и сохранность закладовъ. По статьѣ 101 разд. XI уст. кред. представляемые городскимъ общественнымъ банкамъ въ залогъ товары должны быть сложены въ томъ самомъ городѣ, гдѣ находится банкъ, въ принадлежащихъ залогодателю или нанятыхъ имъ кладовыхъ, магазинахъ, либо другихъ безопасныхъ помѣщеніяхъ, и за его же карауломъ. Согласно статьѣ 12 приложенія къ статьѣ 149 (прим.) уст. торг. по прод. 1906 г. правилъ о выдачѣ ссудъ на пріобрѣтеніе вновь построенныхъ въ Россіи изъ русскихъ матеріаловъ деревянныхъ и металлическихъ морскихъ торговыхъ судовъ—суда, на пріобрѣтеніе коихъ выдана ссуда, служатъ обезпеченіемъ обязательствъ заемщиковъ по ссудѣ, но, состоя въ закладѣ у казны, остаются въ пользованіи заемщиковъ. Особыя правила о закладѣ судовъ содержатся въ финляндскомъ морскомъ уставѣ 1873 г., изъ §§ 10 и 11 котораго видно, что по исполненіи записи въ корабельный реестръ, кредиторъ пользуется залоговымъ правомъ на судно безъ передачи его. Въ нѣсколькихъ случаяхъ нѣтъ прямо выраженнаго дозволенія закона оставлять въ рукахъ должника предметы заклада, но таковое оставленіе какъ будто бы молчаливо допущено. Такъ, въ видахъ развитія каспійскихъ вольныхъ промысловъ въ Астрахани, при управленіи рыбныхъ и тюленьихъ промысловъ есть вспомогательная для морскихъ ловцовъ касса. Изъ этой кассы выдаются ссуды подъ залогъ морскихъ лодокъ (ст. 786 и сл. уст. сельск. хоз. изд. 1903 г.). Ни одна изъ статей не говоритъ объ оставленіи заложенныхъ лодокъ въ пользованіи заемщиковъ, но въ виду цѣли заклада и принимаемыхъ мѣръ обезпеченія исправности должника, неизбѣжно предположить оставленіе заклада въ рукахъ должника. По ст. 79 положенія о каз. подр. и пост., изд. 1900 г., закладъ морскихъ и рѣчныхъ судовъ для обезпеченія обязательствъ частныхъ лицъ съ казною совершается представленіемъ въ то присутственное мѣсто, съ коимъ они заключили договоръ, надлежащаго свидѣтельства о принадлежности и достоинствѣ ихъ, равно какъ и о свободности ихъ отъ запрещенія. Въ томъ же полож. о каз. подр. и пост. предусматривается случай обезпеченія задатка, который выдается

извозчикамъ при перевозкѣ ими казенныхъ тяжестей, принимаемыми отъ нихъ въ закладъ лошадьми и повозками. По морскимъ перевозкамъ принимаются въ закладъ застрахованные корабли и суда, а по рѣчнымъ—и рѣчныя суда. При перевозкѣ металлическихъ тяжестей съ уральскихъ заводовъ пароходными обществами принимаются въ закладъ, для обезпеченія задаточныхъ денегъ и исправности перевозки, принадлежащія имъ суда и баржи (ст. 78, изд. 1900 г.). Наконецъ, бодмерея, какъ договоръ денежнаго займа подъ закладъ корабля, неизбѣжно предполагаетъ оставленіе заклада во владѣніи заемщика (ст. 429 слл. уст. торг., изд. 1903 г.).

Пр. Сенатъ въ рѣшеніи 1912 г. № 53 полагаетъ, что закладъ мореходныхъ судовъ вообще не подчиняется дѣйствію законовъ гражданскихъ, такъ какъ мореходныя суда въ отношеніи установленія вещныхъ правъ подчиняются спеціальнымъ узаконеніямъ устава торговаго, и этому не мѣшаетъ даже наименованіе судовъ движимостями на-ряду съ другими предметами въ ст. 401 ч. 1, т. X. Отсутствіе въ законахъ гражданскихъ особаго упоминанія о томъ, что закладъ мореходныхъ судовъ вообще, а не только на основаніи спеціальныхъ узаконеній, указанныхъ въ прим. 2 и 3 (по прод. 1906 г.) къ ст. 1663 сихъ законовъ, изъемлется изъ дѣйствій общихъ постановленій о закладѣ движимыхъ имуществъ, можетъ быть объяснено тѣмъ, что правоотношенія, относящіяся къ мореходнымъ судамъ, вообще опредѣляются не законами гражданскими, а уставомъ торговымъ. Правда, въ уставѣ торговомъ не находится прямого отвѣта на вопросъ о залогѣ, но это не составляетъ препятствія къ разрѣшенію его по общему духу изображенныхъ въ уставѣ законоположеній о мореходныхъ торговыхъ судахъ. Исходя изъ того обстоятельства, что при переходѣ права собственности на мореходныя суда первенствующее значеніе придается не совершенію акта купли-продажи, а передачѣ покупщику корабельной крѣпости, Сенатъ считаетъ непримѣнимымъ къ мореходнымъ судамъ основного начала гражданскихъ законовъ (ст. 534 ч. 1, т. X), по которому владѣніе является внѣшнимъ признакомъ и доказательствомъ права собственности на оную. Тѣмъ самымъ падаетъ главнѣйшее

основаніе допустимости установленія закладного на движимое имущество права не иначе, какъ въ видѣ такъ называемаго ручного заклада съ передачею закладываемой вещи во владѣніе заимодавца.

Таковы исключенія изъ правила о передачѣ во владѣніе кредитора предмета заклада. Оборотъ и практика расширили смыслъ законовъ, установившихъ исключенія и пріумножила ихъ новыми. Такъ въ Германіи получила широкое распространеніе сдѣлка Sicherungsübereignung, заключающаяся въ томъ, что кредиторъ пріобрѣтаетъ право собственности на вещь должника, предоставляя этому послѣднему непосредственное владѣніе вещью по найму, ссудѣ, или иному подобному основанію. Послѣ погашенія долга кредиторъ обязанъ возвратить собственность на данную ему для обезпеченія требованія вещь должнику, а должникъ имѣетъ—или личное, или вещное—право требовать возврата отчужденной вещи. Являясь отчужденіемъ по формѣ, эта сдѣлка по существу представляется обезпеченіемъ и имѣетъ въ виду оберечь интересы кредиторовъ, оставляющихъ владѣніе закладываемой имъ вещи за должниками. Искъ собственника вполнѣ гарантируетъ кредитора противъ возможнаго отчужденія вещи должникомъ. Такія сдѣлки практикуются и въ Швейцаріи. Что касается Россіи, то сдѣлка отчужденія съ цѣлью обезпеченія особенно отмѣчена въ отношеніи рѣчныхъ судовъ. Судовой кредитъ страдаетъ отъ того, что судебныя мѣста требуютъ для заклада пароходовъ и другихъ рѣчныхъ перевозочныхъ судовъ буквальнаго, но въ данномъ случаѣ невозможнаго, исполненія формальностей статей 1668—1671 ч. 1, т. X. И такъ какъ нотаріусы совершенно отказываются отъ совершенія договоровъ по закладу судовъ, то судовладѣльцы и обратились къ фиктивной продажѣ ихъ. Для полученія ссуды подъ закладъ парохода совершается его продажа, съ правомъ должника на выкупъ путемъ уплаты занятой суммы, и въ то же время заключается арендный договоръ, въ силу котораго пользованіе пароходомъ остается у должника. Судебной практикѣ ставится въ упрекъ формализмъ. Но не всегда и не во всѣхъ случаяхъ она строго относилась къ формальностямъ статьи 1671 ч. 1, т. X. Пр. Сенатъ въ рядѣ рѣшеній,

начиная съ 80-хъ годовъ, проводитъ мысль, что фактическая передача заклада установлена лишь въ интересахъ кредитора, и отъ него зависитъ—требовать такую передачу или оставить закладъ во владѣніи должника (1872/975, 1875/321). Въ первомъ изъ двухъ приведенныхъ рѣшеній Пр. Сенатъ призналъ правильнымъ закладъ заводскихъ машинъ, очевидно остававшихся во владѣніи должника. Въ другомъ случаѣ, когда дѣло шло о строеніи на чужой землѣ, Сенатъ нашелъ фактически неосуществимымъ наложеніе печатей и передачу владѣнія (1875/321, 1901/6, ср. 1876/273). Стремленіе къ свободному истолкованію правилъ о передачѣ заклада можно подмѣтить и въ рѣшеніи 1897/80, гдѣ Пр. Сенатъ высказываетъ положеніе, что лѣсные матеріалы, полученные съ заложеннаго имѣнія въ качествѣ движимости продолжаютъ оставаться предметомъ заклада, находясь во владѣніи должника. Судебный департаментъ Сената въ рѣшеніи 9 марта 1909 г. утверждаетъ, что торговый оборотъ выработалъ особый типъ займа—ссуду подъ закладъ товаровъ съ оставленіемъ заложенныхъ предметовъ въ рукахъ заемщиковъ. Таковы, напримѣръ, ссуды подъ орудія производства или ссуда сельскимъ хозяевамъ подъ обезпеченіе будущаго урожая и т. п. Еще авторы проекта гражданскаго уложенія отмѣтили (Кн. III т. II, стр. 651 слл.) порядокъ отчужденія и заклада судовъ, выработанный рижской судебной практикой.

II. Дѣйствителенъ-ли закладъ безъ передачи владѣнія внѣ предусмотрѣнныхъ закономъ случаевъ?

Закладъ движимости безъ передачи предмета заклада кредитору, равно и отчужденіе вещи съ цѣлью обезпеченія занимаютъ юристовъ: 1) съ точки зрѣнія соотвѣтствія ихъ закону и 2) съ точки зрѣнія законодательной политики. Вторая касается какъ установленныхъ закономъ исключеній изъ общаго правила о реальной передачѣ, такъ и случаевъ, признанныхъ судебной практикой. Первая же точка зрѣнія приложима лишь къ дѣятельности судовъ. Здѣсь мы остановимся на соотвѣтствіи судебной практики закону.

Два направленія раздѣляютъ нѣмецкихъ юристовъ. Практика высшаго имперскаго суда опирается на § 223

Abs 2 германскаго гражданскаго уложенія и твердо стоитъ на томъ, что § 1205 уложенія не можетъ считаться закономъ принудительнымъ. За законность сдѣлки Sicherungsübereignung высказываются и такіе юристы, какъ Gierke, Oertmann, изъ которыхъ послѣдній допускаетъ возможность злоупотребленій въ отдѣльныхъ случаяхъ, но для борьбы съ ними считаетъ достаточнымъ обращеніе къ общимъ правовымъ средствамъ. Юристы, считающіе Sicherungsübereignung не соотвѣтствующей закону, вынуждены обращаться къ тѣмъ же статьямъ уложенія, которыя приводятся въ защиту сдѣлки, но пользуются при этомъ иной мотивировкой. Впрочемъ, раньше всего для доказательства недѣйствительности обезпечительнаго отчужденія вещей было указано на притворный характеръ сдѣлки: притворныя сдѣлки недѣйствительны, такъ какъ участники ихъ не желаютъ того, что они высказываютъ во-внѣ; они или не хотятъ никакой сдѣлки, или желаютъ заключить сдѣлку иного рода. Однако же, немногіе юристы считаютъ правильной такую квалификацію Sicherungsübereignung. Эти сдѣлки не могутъ быть подведены подъ понятіе притворныхъ, такъ какъ истинное намѣреніе сторонъ направлено здѣсь именно на отчужденіе предмета обезпеченія въ собственность кредитора. По мнѣнію другихъ юристовъ Sicherungsübereignung принадлежитъ къ группѣ сдѣлокъ фидуціарныхъ, имѣющихъ значительное внѣшнее сходство съ притворными, но отличающихся отъ нихъ своей цѣлью и юридической природой. Желая довѣрить другому лицу взысканіе по обязательству, я уступаю требованіе по этому обязательству своему довѣренному и тѣмъ самымъ дѣлаю его какъ бы самостоятельно управомоченнымъ на взысканіе. На основаніи особаго договора товарищъ соглашается, чтобы принадлежащее товариществу имущество числилось моимъ. Вмѣсто того, чтобы заложить свое имущество, я передаю его временно въ собственность своему кредитору. Всѣ эти сдѣлки будутъ фидуціарными, т. е. основанными на особомъ довѣріи, такъ какъ здѣсь одна сторона передаетъ другой больше, чѣмъ видимая цѣль отношеній требуетъ. Переуступивъ требованіе, по которому нужно лишь произвести взысканіе, передавъ вещь

въ собственность, въ то время, какъ надо было лишь установить залогъ, лицо не совсѣмъ лишаетъ себя юридической защиты. Но эта защита во всякомъ случаѣ не настолько сильна, чтобы вполнѣ парализовать правомочія того, кому требованіе или имущество фидуціарно передано. И, тѣмъ не менѣе, едва ли можно считать незаконнымъ или хотя бы только несоотвѣтствующимъ добрымъ нравамъ подобное соглашеніе. Но нельзя не признать, что фидуціарная сдѣлка, одинаково въ этомъ отношеніи съ притворной, можетъ оказаться недѣйствительной по той причинѣ, что будетъ прикрывать собой недозволенную цѣль. И отчужденіе съ цѣлью обезпеченія потому именно должно считаться недѣйствительнымъ, что оно опирается на т. н. constitutum possessorium. Въ дѣйствующемъ германскомъ гражданскомъ уложеніи постановлено (§ 930), что если собственникъ владѣетъ отчуждаемою вещью, то передача оной можетъ быть замѣнена соглашеніемъ, въ силу котораго пріобрѣтатель вступаетъ въ посредственное владѣніе вещью, непосредственное же владѣніе ею остается у прежняго собственника, владѣющаго теперь въ качествѣ пользовладѣльца, закладодержателя, арендатора, нанимателя или на основаніи какого либо иного подобнаго же отношенія (§ 868). Соглашеніе, замѣняющее собой фактическое перенесеніе владѣнія, и называется constitutum possessorium, которымъ пользуются для Sicherungsübereignung. Очевидно, что constitutum possessorium здѣсь замѣняетъ закладъ, и въ этомъ своемъ значеніи почти всѣми западно-европейскими законодательствами объявлялся недѣйствительнымъ. Дѣйствующее германское уложеніе въ упомянутомъ уже § 1205 для установленія залога требуетъ дѣйствительной передачи, не удовлетворяясь constitutum possessorium—и это постановленіе вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, какъ исходящее изъ общественныхъ интересовъ, требующихъ публичности, очевидности закладa, должно быть признано абсолютнымъ. Sicherungsübereignung есть сдѣлка contra legem, и ее не спасаетъ ссылка на 223 Abs 2 уложенія. Русское дѣйствующее право не составляетъ исключенія изъ общаго правила, требуя въ статьѣ 1671 ч. 1 т. X реальной передачи предмета заклада. И потому русская судебная практика,

одинаково съ германской, не имѣетъ въ законѣ основаній для допущенія заклада движимостей безъ передачи владѣнія закладываемой вещью кредитору, за исключеніемъ особо указанныхъ въ законѣ случаевъ. Выше было отмѣчено, что Пр. Сенатъ не считаетъ безусловно необходимымъ исполненіе кредиторомъ формальностей статьи 1671 ч. 1 т. X, какъ установленныхъ въ его интересахъ. Несоблюденіе этихъ формальностей, имѣющихъ въ виду лишь предупрежденіе злоупотребленій, подлога и растраты заложенныхъ вещей, не даетъ суду основаній для признанія акта заклада недѣйствительнымъ потому только, что вещи не опечатаны и не переданы залогопринимателю (1875/658). Въ юридической литературѣ уже не одинъ разъ указано было на ошибочность этого взгляда Сената и съ догматической, и съ исторической точекъ зрѣнія. Да и самъ Пр. Сенатъ отчасти въ тѣхъ же самыхъ рѣшеніяхъ, отчасти въ другихъ, выдвигаетъ иные мотивы требованій ст. 1671 ч. 1 т. X. Такъ въ рѣшеніи 1872 г. № 891 указано, что если кредиторъ не позаботится объ укрѣпленіи и охраненіи своего закладного права въ порядкѣ ст. 1671 и слл. и оставитъ заложенныя вещи у должника, притомъ безъ опредѣленныхъ въ законѣ внѣшнихъ признаковъ нахожденія вещей въ закладѣ, т. е. безъ приложенія къ нимъ печатей, въ такомъ случаѣ существованіе вещнаго права кредитора на имущество, находящееся у собственника, остается совершенно неизвѣстнымъ третьему лицу, и третье лицо можетъ затѣмъ вступить съ собственникомъ въ сдѣлку относительно пріобрѣтенія этого имущества, не имѣя никакого основанія предполагать, что собственникъ ограниченъ въ правѣ распоряженія имуществомъ, состоящимъ въ его владѣніи. Въ подобномъ случаѣ закладное право, какъ не укрѣпленное и неохраненное кредиторомъ въ надлежащемъ порядкѣ, должно оставаться безъ всякаго вліянія на дѣйствительность сдѣлки третьяго лица относительно пріобрѣтенія имъ имущества и на объемъ правъ третьяго лица на это имущество, развѣ было бы доказано, что при совершеніи сдѣлки третье лицо знало о существованіи того закладного права кредитора. Въ рѣшеніи 1875 г. № 321 Пр. Сенатъ разъяснилъ, что, оставляя заложенное имущество у должника, кредиторъ, безъ сомнѣнія, принужденъ подчиниться всѣмъ послѣдствіямъ такого своего распоряженія. Такъ, можетъ, случиться, что заложенное имущество, оставленное у должника безъ установленныхъ закономъ внѣшнихъ признаковъ заклада, будетъ обращено на удовлетвореніе другихъ взысканій или даже перейдетъ въ собственность третьяго лица (то же въ рѣш. 1878 г. № 117). И такъ формальности статьи 1671 ч. 1 т. X установлены не только въ интересахъ кредиторовъ, но и третьихъ лицъ. А если такъ, то очевидно, что соглашеніемъ сторонъ отмѣнить эти формальности нельзя.

Недостаточно убѣдительными представляются и доводы судебнаго департамента въ упомянутомъ уже рѣшеніи 9 марта 1909 года. Судебный департаментъ полагаетъ, что въ разбираемомъ имъ дѣлѣ стороны вступили въ сдѣлку, изложенную въ залоговыхъ объявленіяхъ, не на основаніи правилъ о закладѣ движимости, установленныхъ для подобнаго рода договоровъ въ общегражданскихъ законахъ (ст. 1667—1676 т. X ч. 1), а на основаніи особыхъ условій, находящихся въ оборотѣ, почему и отношенія сторонъ должны обсуждаться не по общегражданскимъ законоположеніямъ, а въ силу ст. 1 устава торговаго (изд. 1903 г.), т. е. по принятымъ въ торговомъ быту обычаямъ относительно заклада товара, служащаго обезпеченіемъ выданной подъ него ссуды. Прав. Сенатъ находитъ, что торговый оборотъ выработалъ особый типъ займа подъ закладъ движимости — ссуду подъ закладъ товаровъ, существенно отличающійся отъ общегражданской сдѣлки заклада движимости, что подтверждается напр. предоставленіемъ ссудодателю права, въ случаяхъ неисправности заемщика, продажи заложеннаго товара безъ предварительнаго обращенія въ судъ. Въ настоящемъ случаѣ, заключая сдѣлку согласно торговымъ обычаямъ, стороны вовсе не имѣли въ виду подчинить ее формальностямъ гражданскаго права. Торговому обороту извѣстны цѣлыя категоріи залоговыхъ сдѣлокъ, предполагающихъ оставленіе заложеннаго предмета на рукахъ заемщика, какъ напр. ссуды подъ орудіе производства или ссуда сельскимъ хозяйствамъ подъ обезпеченіе будущаго урожая и т. п. Уже указано г. А. Ка-

минкой, что Пр. Сенатъ привелъ примѣры изъ устава кредитнаго, принявъ ихъ за торговые обычаи. А съ точки зрѣнія на взаимоотношеніе между торговыми обычаями и гражданскимъ закономъ, поддерживаемой авторомъ настоящей статьи, разсужденіе Пр. Сената было бы неправильно, если бы даже такіе торговые обычаи дѣйствительно существовали: торговый обычай по смыслу ст. 1 устава торговаго, изд. 1903 года, не можетъ отмѣнить гражданскаго закона.

Раньше было указано, что и нашему обороту извѣстны сдѣлки продажи съ правомъ выкупа, совершаемыя съ цѣлью обезпеченія требованій. Подобно сходственнымъ съ ними сдѣлкамъ германскаго оборота, онѣ направлены въ обходъ закона о реальной передачѣ заклада, и потому съ точки зрѣнія дѣйствующаго законодательства должны считаться недѣйствительными.

III. Закладъ торгово-промышленныхъ предпріятій.

Вопросъ о томъ, возможенъ ли закладъ предпріятія, вообще и безъ передачи владѣнія въ частности, зависитъ отчасти и отъ того или иного взгляда на природу предпріятія. Теоретическими попытками выяснить существо предпріятія богата особенно нѣмецкая литература. Одно время здѣсь намѣчалась тенденція придать предпріятію даже свойство субъекта. Къ этой мысли приводило то обстоятельство, что жизнь предпріятія какъ будто бы не зависитъ отъ смѣны личности владѣльца. Но созданіе новаго субъекта правъ въ лицѣ предпріятія слишкомъ порывало съ установившимися взглядами да и практически было излишне. Казалось, уже не вызываетъ никакого сомнѣнія квалификація торгово-промышленнаго предпріятія какъ самостоятельнаго объекта сдѣлокъ. Между тѣмъ и тутъ встрѣтились съ значительными затрудненіями, вытекающими изъ слишкомъ разнороднаго состава предпріятія. Помѣщеніе, товары, купеческія книги, фирма, требованія и долги, кліентелла и шансы—все это входитъ въ понятіе предпріятія. Но все ли это и переходитъ вмѣстѣ съ нимъ? Въ случаѣ продажи предпріятія, какъ цѣлаго, стороны могли бы договориться о каждомъ изъ этихъ элементовъ особо, но при непремѣнномъ условіи — дозволенія со стороны закона. Всѣмъ извѣстно, съ какими затрудненіями законодатели рѣшаютъ вопросъ о переходѣ долговъ въ случаѣ отчужденія предпріятія. Потребность въ переходѣ предпріятія не только съ активомъ, но и съ пассивомъ — ощущалась давно, но какимъ образомъ перевести долгъ, не спросивши кредитора? Практика придумала оповѣщеніе кредиторовъ бывшаго собственника предпріятія, обращаясь къ предположенію извѣстности состоявшагося перехода предпріятія съ долгами—съ цѣлью предоставленія возможности опроверженія такого перехода и т. п. Законодательныя попытки разрѣшенія этого вопроса мы имѣемъ въ германскомъ торговомъ уложеніи 1907 г., въ венгерскомъ законѣ 1908 г. и, наконецъ, въ русскомъ проектѣ закона о переходѣ предпріятій. Но если при переходѣ предпріятія оказывается сомнительной судьба пассива, то не въ лучшемъ положеніи и другіе элементы. Стороны чаще всего сами позаботятся о перечисленіи частей предпріятія, переходящихъ отъ продавца къ покупщику. Но если какія-либо изъ этихъ частей не были прямо названы контрагентами, судья долженъ имѣть для руководства легальный составъ предпріятія, или долженъ получить указанія, что должно считаться его принадлежностью.

Но продажа предпріятія представляетъ неизмѣримо меньше затрудненій съ точки зрѣнія опредѣленія состава предпріятія, чѣмъ закладъ и, въ особенности, закладъ безъ передачи закладываемаго имущества кредитору, или практикуемая вмѣсто его продажа съ правомъ выкупа. Вопросъ о составныхъ частяхъ предпріятія получаетъ въ этихъ случаяхъ тѣмъ большее значеніе, что моменты установленія заклада и его реализаціи раздѣляются промежуткомъ времени, въ теченіе котораго нѣкоторыя части предпріятія могутъ значительно измѣниться. Первыя попытки практическаго разрѣшенія вопроса о закладѣ предпріятія сдѣланы были французской судебной практикой. Предпріятія были причислены къ невещественнымъ движимостямъ, и, на основаніи art. 2074—2076, для заклада ихъ судебная практика требовала оповѣщенія собственника помѣщенія о закладѣ, а также передачи кредитору акта о закладѣ. Смѣна не вполнѣ устойчивой и опредѣленной практики закономъ 1 марта 1898 года

свидѣтельствовала о значительномъ развитіи вопроса, но и законъ 1 марта оказался недостаточно вразумительнымъ, такъ какъ не опредѣлилъ содержанія понятія предпріятія. Съ другой стороны, этотъ законъ не отмѣнилъ въ отношеніи предпріятій art. 2076, по которому передача заклада кредитору или третьему лицу является во всякомъ случаѣ необходимымъ условіемъ сохраненія выгодъ, съ закладомъ связанныхъ. Для устраненія колебаній практики былъ изданъ новый законъ 17 марта 1909 года, который уже не вызываетъ сомнѣній относительно допустимости по французскому праву: 1) заклада торговыхъ предпріятій и 2) заклада безъ передачи владѣнія предметомъ заклада кредитору. Что касается состава предпріятія, то по новому закону въ него могутъ входить различные матеріальные и нематеріальные элементы. Но для заклада не всѣ эти элементы оказываются годными: законъ исключаетъ товары и постановляетъ, что, въ случаѣ отсутствія прямо выраженной воли сторонъ, закладъ не обнимаетъ невещественныхъ элементовъ предпріятія.

Темы, разработанныя французскими законами 1898 и 1909 гг., совершенно неизвѣстны германскому законодателю, и нѣмецкая судебная практика вполнѣ правильно отказываетъ въ признаніи дѣйствительности закладовъ, въ частности товарныхъ складовъ, а равно сдѣлки отчужденія съ цѣлью обезпеченія и подъ условіемъ возврата вещи послѣ уплаты долга. Германскому гражданскому уложенію, говорятъ, совершенно неизвѣстно понятіе Sachgesamtheit, независимое отъ составляющихъ его частей, каковыя, въ отдѣльности взятыя, только и могутъ быть предметомъ сдѣлокъ. Большинство юристовъ и купечество присоединяются къ мнѣнію судовъ, указывая на серьезную опасность Sicherungsübereignung для кредита. Въ нѣмецкихъ періодическихъ изданіяхъ не одинъ разъ пересказанъ былъ случай съ купцомъ V, владѣльцемъ обширнаго предпріятія по изготовленію ковровъ и издѣлій изъ линолеума. Онъ забиралъ въ кредитъ товаръ у фирмы D, съ которой вошелъ въ соглашеніе, что съ условленнаго срока будетъ забирать у нея товаръ въ кредитъ, а въ обезпеченіе передастъ ей въ собственность свое предпріятіе со всѣми наличными и будущими

товарами. Послѣ этого купецъ U пріобрѣлъ на семь тысячъ марокъ товаровъ у другой фирмы — также въ кредитъ, денегъ въ срокъ не уплатилъ и былъ объявленъ несостоятельнымъ должникомъ. Пострадавшая фирма не имѣла никакихъ другихъ обоснованій своей претензіи къ должнику и къ фирмѣ, на которую собственность предпріятія была перенесена, кромѣ указанія на заблужденіе, въ которое ввелъ ее должникъ. Съ болѣе общей точки зрѣнія было признано, что договоръ, направленный на отчужденіе не только наличнаго товара и продуктовъ, но и такого, который въ будущемъ поступитъ въ предпріятіе, ничтоженъ съ самаго начала, какъ противный добрымъ нравамъ. Путемъ такого рода соглашеній у должника отнимается всякая экономическая самостоятельность, а кредитору дается возможность въ любой моментъ пріостановить хозяйственную дѣятельность должника. Нисколько не измѣняется положеніе дѣлъ и тѣмъ, что полученные кредиторомъ на правѣ собственности предметы передаются въ безвозмездное пользованіе должника, что ему предоставляется сырые продукты превращать въ товары, каковыми онъ можетъ торговать. Соображенія о кредитѣ, такимъ путемъ пріобрѣтаемымъ должникомъ, отнюдь не могутъ служить доводомъ въ пользу обезпечительнаго отчужденія и освоенія предпріятій, такъ какъ здоровый оборотъ нуждается въ здоровомъ кредитѣ. А въ случаѣ отчужденія предпріятіобезпечивается лишь одинъ кредиторъ, причемъ должникъ, если судить по внѣшней обстановкѣ, остается какъ будто бы вполнѣ самостоятельнымъ владѣльцемъ предпріятія. Юридическая природа сдѣлки вызываетъ серьезныя сомнѣнія въ томъ отношеніи, что, быть можетъ, эта сдѣлка не создаетъ вещныхъ правоотношеній, но въ такомъ случаѣ она теряетъ всякій смыслъ. А что самое важное, отчужденіе предпріятія съ цѣлью обезпеченія требованій предполагаетъ передачу права собственности не только на всѣ наличные находящіеся у должника товары, но и на все то, что онъ въ будущемъ пріобрѣтетъ. Нѣмецкая судебная практика полагаетъ, что недостаточно одного соглашенія о переходѣ права собственности на будущіе товары; необходимо еще, чтобы должникъ каждый разъ сообщалъ кредитору о

144282

Библиотека МГУ

поступленіи въ его собственность новыхъ товаровъ, или чтобы должникъ контрагировалъ самъ съ собой, выступая въ качествѣ представителя своего кредитора.

Весьма серьезнымъ затрудненіемъ для допущенія Sicherungsübereignung предпріятія будетъ и то, что для оставленія отчуждаемой вещи у должника (constitutum possessorium) необходимо основаніе. Но ни наемъ, ни ссуда не даютъ должнику достаточно широкихъ полномочій, и потому оказываются недостаточными. Остается одно, какъ будто бы вполнѣ достаточное основаніе — коммисія. Dr. Düringer полагаетъ даже, что именно коммисія и только одна она вполнѣ замѣняетъ залогъ предпріятія съ передачей предмета залога. Однако же не всѣ раздѣляютъ это мнѣніе. Говорятъ (Höniger)—для наличности и признанія коммисіи необходимо, чтобы коммисіонеръ совершалъ сдѣлки отъ своего имени, но непремѣнно за чужой счетъ. Между тѣмъ какъ въ случаѣ отчужденія предпріятія для цѣлей обезпеченія должникъ совершаетъ сдѣлки и для себя, такъ какъ его собственный интересъ заключается въ сохраненіи предпріятія въ прежнемъ видѣ. У должника—свобода распоряженія, на немъ рискъ ухудшенія, ему принадлежатъ требованія, на немъ и обязанность страхованія. А кто дѣйствуетъ за свой счетъ, тотъ уже не можетъ считаться коммисіонеромъ. Таково мнѣніе нѣмецкихъ судовъ и юристовъ. Съ нимъ не согласенъ лишь Düringer, который въ своей практикѣ ни разу не встрѣчалъ такого коммисіонера, который вполнѣ отрѣшился бы отъ собственныхъ интересовъ. Вѣдь коммисіонеръ ведетъ свое дѣло, какъ профессію, т. е. извлекаетъ изъ него выгоды. Düringer свидѣтельствуетъ о широкомъ распространеніи именно коммисіоннаго оставленія у должника отчужденнаго имъ предпріятія и полемизируетъ съ тѣми, кто, пренебрегая жизненными потребностями, для всякаго новаго явленія ищетъ оправданія въ старыхъ формахъ. Какъ кажется, въ спорѣ о примѣнимости къ нашему случаю коммисіи не правъ Höniger, полагающій центръ тяжести коммисіи въ интересахъ, въ счетѣ, тогда какъ такимъ центромъ является имя. Но не правъ и Düringer, когда вопросъ о допустимости заклада или обезпечительнаго освоенія предпріятія рѣшаетъ не съ точки зрѣнія цѣлесообразности самой сдѣлки, а съ точки зрѣнія фактовъ, уже слѣдующихъ за закладомъ или освоеніемъ.

Даже сторонники обезпечительнаго отчужденія отдѣльныхъ предметовъ высказываются противъ той же сдѣлки въ отношеніи предпріятій. Разница между тѣмъ и другимъ случаемъ можетъ быть проведена, какъ утверждаетъ, напримѣръ, Prof. Oertmann, и съ политической, и съ технически-юридической точекъ зрѣнія. Кто беретъ изъ своего имущества, а значитъ и у своихъ кредиторовъ лишь одинъ предметъ, тотъ по общему правилу не причиняетъ вреда кредиторамъ, такъ какъ они оказали кредитъ, имѣя въ виду все имущество должника. И съ формальной стороны, высказываясь за допущеніе заклада безъ передачи въ видѣ переосвоенія отдѣльныхъ вещей, Prof. Oertmann считаетъ правильнымъ отказъ судовъ въ признаніи сдѣлокъ по отчужденію предпріятій, юридическая природа каковыхъ такъ мало выяснена.

Изъ старыхъ законодательствъ сводъ гражданскихъ узаконеній губерній прибалтійскихъ въ ст. 1376 говорилъ объ установленіи закладного права на совокупности, какъ то: библіотеки, собранія картинъ, заводы, фабрики, аптеки и др., а въ ст. 1337 допускалъ закладъ безъ передачи владѣнія кредитору. Но въ 1889 году ст. 1377 и сл. были отмѣнены. Дѣйствующій сводъ законовъ гражданскихъ (ч. I, т. X) къ нераздѣльнымъ имуществамъ относитъ фабрики, заводы, лавки (ст. 394 изд. 1900 г.). Въ правилахъ объ обращеніи взысканія на недвижимыя имущества говорится о порядкѣ описи фабрикъ, заводовъ и въ частности о показаніи въ описи количества издѣлій (ст. 1109 уст. гражд. суд. изд. 1892 г). Въ ст. 1633 свода гражданскихъ законовъ предусматривается закладъ дворовъ, заводовъ, фабрикъ, мануфактуры и лавокъ въ цѣломъ, а отнюдь не по частямъ. Но ни изъ этихъ отдѣльныхъ постановленій, ни даже изъ ст. 1238 и приложенія къ примѣчанію первому этой статьи свода гражданскихъ законовъ нельзя сдѣлать вывода объ общемъ понятіи торгово-промышленнаго предпріятія по дѣйствующему праву.

Изъ всего сказаннаго можетъ быть сдѣланъ лишь одинъ выводъ:, гдѣ того прямо не признано закономъ, закладъ пред-

пріятія не возможенъ вообще и съ сохраненіемъ владѣнія заложеннымъ имуществомъ у должника—въ частности.

IV. Закладъ движимости безъ передачи владѣнія съ точки зрѣнія законодательной политики.

Первой задачей законодателя въ занимающемъ насъ вопросѣ является подведеніе общаго итога предшествовавшему праворазвитію. Рядъ исключеній изъ общаго правила о передачѣ предмета заклада вѣрителю и стремленіе практики пріумножить эти исключенія свидѣтельствуютъ о потребности оборота въ новой формѣ заклада. Закладъ съ передачей владѣнія предметомъ заклада безспорно неудобенъ въ отношеніи такихъ громоздкихъ предметовъ, какъ морскія или рѣчныя суда, сельскохозяйственныя, заводскія или типографскія машины и вообще движимости, связанныя съ какой-либо недвижимостью. Но, независимо отъ неудобства передачи такихъ и подобныхъ предметовъ, она представляется и нецѣлесообразной. Въ рѣшеніи Пр. Сената 1901 г. № 6 и въ другихъ, тамъ указанныхъ (1878 № 117, 1876 № 273, 1875 № 321, 1872 № 975) засвидѣтельствовано, что могутъ быть случаи, когда взятіе заложенныхъ вещей кредиторомъ представляется невыгоднымъ для него, такъ какъ лишаетъ должника возможности продолжать то предпріятіе, для котораго онъ сдѣлалъ заемъ, и пріобрѣтать этимъ способомъ средства для своевременнаго возвращенія занятаго капитала. Оборотъ выдвинулъ опредѣленную потребность, удовлетвореніе которой должно составить задачу законодателя. Было бы ошибочно думать, что эта задача требуетъ какихъ-либо совершенно новыхъ формъ. Рѣчь идетъ лишь о новомъ приспособленіи уже намѣченныхъ и испытанныхъ практикой. Въ литературѣ вопроса указано на то, что правосознаніе въ данномъ случаѣ пошло по ложному пути, допустивъ закладъ безъ передачи владѣнія заложенной вещью кредитору. Закладъ, говоритъ г. А. Каминка, долженъ устанавливать вещное право по отношенію ко всему обороту на предметъ заклада; когда нѣтъ этого эффекта абсолютности, нѣтъ на-лицо и вещнаго закладного права. Въ интересахъ опредѣленности и твердости дѣлового оборота авторъ считаетъ безусловно необходимымъ,

чтобы заложенная вещь находилась во владѣніи кредитора. Соображенія о твердости и опредѣленности оборота могутъ представляться убѣдительными или нѣтъ, но опасеніе, что закладъ, безъ передачи предмета заклада кредитору, умаляетъ вещноправовой характеръ залогового права, представляется не вполнѣ основательнымъ. Держаніе вещи вещноуправомоченнымъ такъ естественно при вещномъ правѣ. Но не изъ этой связи права съ фактическимъ обладаніемъ вещью выводится понятіе вещнаго права. Въ этомъ легко убѣдиться, припомнивъ ипотеку недвижимости, т. н. голое право собственности, и всѣ тѣ случаи, когда отъ собственности отдѣляется владѣніе—по волѣ ли собственника или противъ его желанія. Для признанія вещнаго права, достаточно наличія вещи, какъ объекта этого права и абсолютной защиты, посредствомъ которой такъ легко эту вещь отыскать. Что же касается случая, когда кредиторъ оказывается лишеннымъ возможности осуществить свое закладное право на вещь, находящуюся въ рукахъ другого закладодержателя или покупщика, то причина этого не въ отсутствіи вещнаго права, а въ признаніи особаго института добросовѣстнаго владѣнія. Если бы даже добросовѣстное владѣніе не шло на пользу собственниковъ, то можно было бы сказать лишь, что оно ослабляетъ дѣйствіе вещнаго права и иска, но отнюдь ихъ не устраняетъ.

Не одинъ разъ указано было на опасность допущенія заклада движимости безъ передачи владѣнія предметомъ заклада кредитору. Дозволеніе совершать такого рода сдѣлки, думаютъ, повело бы за собой развитіе легкомысленныхъ займовъ, особенно опасныхъ для людей съ малымъ достаткомъ, ремесленниковъ, земледѣльцевъ, торговцевъ. Къ сожалѣнію, законодатель безсиленъ въ борьбѣ съ легкомысліемъ, которое не только находитъ пути къ обходу закона, но еще и вноситъ свой оттѣнокъ въ придумываемыя для этой цѣли средства. Поэтому лучше въ законѣ дать выходъ для удовлетворенія потребности оборота.

При какихъ же условіяхъ можетъ быть допущена сдѣлка заклада безъ передачи заложенной вещи во владѣніе кредитора? При закладѣ сталкиваются интересы

должника, кредитора и третьихъ лицъ. Объ особой защитѣ интересовъ должника говорить не приходится, такъ какъ закладъ самъ по себѣ ничего не измѣняетъ въ положеніи должника, если даже его нужда эксплоатируется кредиторомъ-заимодавцемъ. Передача предмета заклада кредитору имѣетъ въ виду обезпечить его противъ вторичнаго заклада той же вещи должникомъ. Но едва ли въ заботу законодателя можетъ входить защита интересовъ кредитора, отъ котораго зависитъ потребовать представленія себѣ вещи, и который, если даже не воспользуется этой возможностью, легко можетъ вознаградить себя за нѣкоторый рискъ. Остаются интересы третьихъ лицъ, интересы другихъ кредиторовъ, которые, оказывая должнику кредитъ, могутъ считать свободнымъ все имущество должника, тогда какъ въ дѣйствительности оно можетъ быть уже обременено долгами. Передача предмета заклада во владѣніе кредитора предупреждаетъ возможныя здѣсь недоразумѣнія, и если въ отдѣльныхъ случаяхъ передача считается нецѣлесообразной, то она должна быть замѣнена чѣмъ-либо другимъ, что дѣлало бы закладъ общеизвѣстнымъ или хотя бы легко распознаваемымъ. Очевидно, что въ разное время и при разныхъ условіяхъ общественной жизни различно будетъ понимаемо это требованіе явственности и общеизвѣстности установленія заклада, безъ передачи владѣнія. Въ виду того же разнообразія условій допустимо примѣненіе въ одно и то же время, но при наличности различныхъ условій, разныхъ способовъ.

Если вещь остается въ рукахъ должника, а фактъ заклада долженъ стать общеизвѣстнымъ, то легче всего на самой вещи отмѣтить ея несвободу. По ст. 8 уст. кред. разд. IV изд. 1903 г., Государственному банку предоставляется оставлять въ пользованіи или на храненіи заемщика принимаемыя отъ него въ обезпеченіе обязательствъ движимыя имущества, съ тѣмъ, чтобы означеннымъ имуществамъ была составлена опись въ присутствіи не менѣе трехъ свидѣтелей и чиновъ полиціи и чтобы на оныя были налагаемы видимые знаки пріема ихъ въ закладъ (печати, пломбы, клейма и т. п.), если сіе по роду имущества окажется возможнымъ. О наложеніи видимыхъ знаковъ—печатей, пломбъ, клеймъ—говоритъ и ст. 96 разд. X уст. кред., допускающая оставленіе заложеннаго инвентаря въ пользованіи заемщика. Ст. 1671, ч. 1, т. X хотя и имѣетъ въ виду передачу заклада вѣрителю, все же требуетъ наложенія на предметъ заклада печатей. Можно представить себѣ отдѣльные случаи, когда наложеніе видимыхъ знаковъ на закладъ, оставляемый у должника, окажется возможнымъ и не помѣшаетъ пользованію заложенными вещами. Въ виду этого, наложеніе видимыхъ знаковъ, легко распознаваемыхъ посторонними лицами, должно быть допущено, какъ замѣна реальной передачи предмета заклада во владѣніе кредитора. По мнѣнію Прав. Сената (1907 г. № 99), наложеніе видимыхъ знаковъ должно считаться яснымъ доказательствомъ существованія заклада и что наложенные знаки составляютъ препятствіе къ закладу того же имущества другому лицу. При этомъ закладное право перваго кредитора не можетъ быть поколеблемо и тѣмъ обстоятельствомъ, что впослѣдствіи съ заложеннаго имущества видимые знаки были умышленно стерты, ибо только неналоженіе видимыхъ знаковъ во время залога поражаетъ закладное право залогопринимателя предъ третьимъ лицомъ, а не отсутствіе ихъ при вторичномъ закладѣ.

Цѣлямъ публичности залога безъ передачи владѣнія служитъ участіе свидѣтелей (см. вышеприведенныя статьи). Поскольку закладъ совершается въ обстановкѣ небольшой общины, гдѣ всѣ знаютъ одинъ другого, гдѣ сдѣлки на столько рѣдки, что о нихъ много говорятъ, участіе свидѣтелей можетъ замѣнить собой передачу предмета заклада въ руки кредитора. Но въ болѣе или менѣе значительномъ оборотѣ свидѣтели не могутъ обезпечить достаточную извѣстность сдѣлки заклада безъ передачи владѣнія, и въ новомъ законѣ нѣтъ надобности говорить объ этомъ способѣ.

Значительно шире примѣненіе принципа публичности заклада безъ передачи владѣнія тамъ, гдѣ сдѣлка сопровождается какимъ-либо письменнымъ актомъ и даже отмѣткой въ какомъ-либо учрежденіи. Такъ, о ссудахъ, оказываемыхъ Государственнымъ банкомъ черезъ посредниковъ мелкимъ сельскимъ хозяевамъ, арендаторамъ и т. п. должны быть представляемы подлежащимъ учре-

жденіямъ ежемѣсячные отчеты (ст. 145, разд. IV уст. кред., изд. 1903 г.). При закладѣ въ астраханской вспомогательной кассѣ морскихъ лодокъ представляется оцѣночное свидѣтельство общества (ст. 793 уст. сельск. хоз., изд. 1903 г.). Въ отношеніи морскихъ судовъ еще въ 1898 году, въ видѣ временной мѣры, было установлено, на случай заклада судна заграницей, дѣлать о томъ надписи на судовыхъ документахъ. Затѣмъ, на основаніи правилъ о выдачѣ ссудъ на пріобрѣтеніе вновь построенныхъ въ Россіи изъ русскихъ матеріаловъ деревянныхъ и металлическихъ морскихъ торговыхъ судовъ, о закладѣ дѣлается надпись на корабельной крѣпости, а самая крѣпость хранится въ Министерствѣ Торговли и Промышленности (ст. 14 прилож. къ ст. 149 прим., по прод. 1906 г., уст. торг.).

Но ясно, что только что указанныя мѣры, поскольку въ нихъ можно усматривать проведеніе принципа публичности заклада, представляются совершенно недостаточными и, въ качествѣ самостоятельныхъ, не могутъ получить мѣста въ новомъ законѣ. Интересы публичности могли бы быть обезпечены только регистраціей такихъ закладовъ. Однако же, эта мѣра не безспорна. Многіе авторы указываютъ на то, что слишкомъ широкая практика регистраціи затрудняетъ ознакомленіе съ записанными фактами. Нѣкоторые говорятъ, что регистрація не только не предупредитъ обманныхъ сдѣлокъ, но еще будетъ вводить въ заблужденіе публику, которая въ регистраціи усмотритъ санкцію сдѣлки (Boyens). Далѣе, Oser сомнѣвается, чтобы ремесленники, мелкіе торговцы, а равно и тѣ, которые оказываютъ имъ кредитъ, въ состояніи были и захотѣли бы справляться съ регистраціей. Нѣкоторые указываютъ на непрактичность самой процедуры записи, слишкомъ хлопотливой и дорого стоющей. Съ точки зрѣнія русской законодательной политики, вопросъ о регистраціи движимостей осложняется тѣми затрудненіями, съ которыми связано введеніе вотчинной записи недвижимостей. При общемъ убѣжденіи въ необходимости этой записи, она продолжаетъ оставаться въ области проектовъ. И нельзя не признать, что опасенія не лишены значенія, въ виду всѣмъ извѣстной неопредѣленности отношеній по недвижимостямъ. Еще въ

большей степени тѣ же опасенія возникаютъ въ отношеніи записи движимостей. Осуществленіе регистраціи движимостей хотя бы для одной только сдѣлки заклада окажется чрезвычайно труднымъ. И затѣмъ является вопросъ, почему регистрація не будетъ распространена и на другія сдѣлки съ движимостью, представляющія иногда для третьихъ лицъ интересъ большій, чѣмъ тотъ, какой связывается съ закладомъ?

Приведенныя возраженія противъ регистраціи движимостей, хотя и не лишены значенія, все же ослабляются указаніемъ на то, что многочисленные реестры не для всѣхъ и не во всѣхъ случаяхъ нужны и обязательны. Что касается указанія на медленность введенія вотчинной записи, то многія практическія трудности, связанныя съ неопредѣленностью правъ на недвижимость, съ крупными реформами въ землевладѣніи и землепользованіи не будутъ имѣть мѣста при введеніи регистраціи движимостей. Но для практическаго разрѣшенія вопроса о регистраціи движимостей необходимо: 1) различать категоріи движимостей, 2) установить степень централизаціи реестровъ, а, значитъ, и записей въ нихъ.

Издавна регистраціи подлежали движимости, которыя ближе всего стояли по своей природѣ къ недвижимостямъ,—морскія суда. Такъ какъ передача закладываемаго корабля исключалась его природой и назначеніемъ, то естественно было использовать на этотъ случай судовую регистрацію. Въ прусскомъ земскомъ уложеніи уже имѣются намеки на такой порядокъ. Въ девятнадцатомъ вѣкѣ ипотека кораблей получаетъ признаніе во всѣхъ западно-европейскихъ законодательствахъ. По финляндскому морскому уставу судно есть движимое имущество, но, если владѣлецъ внесеннаго въ реестръ судна пожелаетъ заложить его въ обезпеченіе уплаты долга, то онъ обязанъ составить письменный актъ объ этомъ, причемъ закладной актъ записывается въ корабельный реестръ (ст. 19). Общеимперское право знаетъ приписку судна черезъ внесеніе его въ корабельный списокъ, но ипотека кораблей законодательству неизвѣстна.

Съ точки зрѣнія законодательной политики, введеніе института регистраціи судовъ морскихъ и рѣчныхъ для записи сдѣлокъ заклада представляется и полезнымъ,и

достижимымъ. Закладъ безъ передачи владѣнія судномъ кредитору, при условіи зарегистрованія сдѣлки, будетъ вполнѣ удовлетворять требованіямъ публичности сдѣлки. Самый реестръ долженъ быть пріуроченъ къ портамъ, а въ отношеніи рѣчныхъ судовъ—къ одной изъ главнѣйшихъ пристаней или по мѣсту нахожденія конторы владѣльца судна. Если у пароходовладѣльца нѣтъ конторы и вообще торговаго обзаведенія, регистрація должна совершаться по мѣсту жительства судовладѣльца. Особенно незначителенъ будетъ раіонъ, на который распространитъ свое дѣйствіе судовая регистрація, въ отношеніи рыболовныхъ судовъ.

Важнѣйшее мѣсто среди движимостей, на-ряду съ морскими и рѣчными судами, занимаетъ торгово-промышленное предпріятіе. Оно можетъ представлять ограниченную и неопредѣленную цѣнность. Но если въ глазахъ кредитора эта цѣнность оказывается достаточной для обезпеченія долга, то законъ долженъ сдѣлать возможнымъ закладъ предпріятія, признавъ его въ томъ или иномъ составѣ цѣльнымъ и самостоятельнымъ предметомъ оборота. Уже указаны были законодательныя попытки, быть можетъ, нуждающіяся въ усовершенствованіяхъ, однако же, болѣе или менѣе удовлетворяющія потребность. Авторы проекта гражданскаго уложенія едвали съ основаніемъ полагали, что вводить въ проектъ общія правила о закладѣ совокупныхъ вещей преждевременно, въ виду того, что вопросъ о порядкѣ и юридическихъ послѣдствіяхъ заклада совокупныхъ вещей до сихъ поръ представляется и въ доктринѣ, и въ законодательной практикѣ весьма спорнымъ и смутнымъ. По мнѣнію авторовъ проекта, при такихъ условіяхъ общія правила о подобномъ закладѣ могли бы вызвать недоразумѣнія на практикѣ и оказаться даже непримѣнимыми къ отдѣльнымъ категоріямъ совокупныхъ вещей. Авторы не поясняютъ, на кого же возлагается забота установленія того или иного порядка совершенія сдѣлокъ съ предпріятіями. Впрочемъ, неизвѣстно и то, разумѣютъ ли они подъ совокупными вещами предпріятія, о которыхъ такъ мало говоритъ проектъ, попытавшійся объединить гражданское и торговое право. Юридическая природа предпріятія не получила достаточной разработки

и въ новомъ проектѣ правилъ о переходѣ торговыхъ и промышленныхъ предпріятій. А между тѣмъ французское законодательство, сдѣлавшее попытку перечня составныхъ элементовъ предпріятія, могло бы послужить отправнымъ пунктомъ для новѣйшихъ законодателей въ выясненіи одного изъ труднѣйшихъ, но неизбѣжныхъ вопросовъ.

Регистрація торгово-промышленныхъ предпріятій уже испытана и съ принципіальной стороны не возбуждаетъ сомнѣній. Въ реестрахъ предпріятій отмѣчаются важнѣйшіе моменты въ ихъ жизни — отчужденія, залога, установленія общей довѣренности и т. п. Но регистрація, какъ и книговодство, представляя рядъ выгодъ для купца и промышленника, въ то же время ложатся на него бременемъ, которое не для всякаго владѣльца предпріятія посильно. Поэтому законъ долженъ сдѣлать обязательной регистрацію и допустимымъ закладъ, вопреки мнѣнію Heussler'a и Schöndorff'a, лишь для крупныхъ и среднихъ предпріятій, отыскавъ для отграниченія ихъ отъ мелкихъ какую-либо шаблонную мѣрку—по обширности ли оборота, по количественному ли составу лицъ, посвящающихъ свои силы данному предпріятію. Эта мѣрка во всякомъ случаѣ будетъ искусственная, но она въ достаточной степени достигнетъ своей цѣли. Закладъ какъ сдѣлка, тѣмъ болѣе опасная, чѣмъ менѣе опредѣлима цѣнность закладываемаго предмета, не будетъ имѣть примѣненія къ незарегистрованнымъ предпріятіямъ, т. е. мелкимъ, обычно слабо организованнымъ, недостаточно устроеннымъ въ отношеніи книговодства и отчетности вообще. Мелкіе торговцы и промышленники будутъ лишены кредита подъ обезпеченіе предпріятія, какъ цѣлаго, иногда, быть можетъ, даже имѣя право на довѣріе. Но зато оборотъ освободится отъ ряда кредитныхъ операцій, недостаточно обоснованныхъ.

Вопросъ о регистраціи судовъ и предпріятій, а слѣдовательно и о закладѣ ихъ безъ передачи владѣнія, болѣе или менѣе выясненъ какъ литературой, такъ и законодательствами. Но въ какой степени мыслима регистрація и запись заклада безъ реальной передачи въ отношеніи другихъ движимостей? Авторами швейцарскаго гражданскаго уложенія предполагалось введеніе ре-

гистраціи и ипотеки въ отношеніи весьма значительнаго числа движимостей, въ особенности имѣющихъ значеніе въ профессіональной дѣятельности. Но законодательныя палаты нашли возможнымъ допустить залогъ безъ передачи владѣнія съ записью сдѣлки лишь въ отношеніи скота (§ 885). Англо-американское законодательство пошло дальше континентальныхъ въ примѣненіи принципа публичности къ обороту движимостей, установивъ для многочисленныхъ видовъ этой категоріи имуществъ регистрацію, по крайней мѣрѣ для сдѣлокъ по закладу. Единственное общее ограниченіе сдѣлано лишь, какъ уже сказано, для предметовъ малоцѣнныхъ. Только что указанный англо-американскій порядокъ подвергся особо строгой критикѣ въ нѣмецкой литературѣ, указывавшей на чрезмѣрное расширеніе регистраціи движимостей. Возраженія противъ регистраціи движимостей нѣмецкихъ юристовъ въ нѣкоторомъ отношеніи не лишены основанія, но слабымъ пунктомъ критики является то, что авторы, говоря о регистраціи, все время имѣютъ въ виду сдѣлку Sicherungsübereignung, между тѣмъ какъ регистрація и ипотека движимости сдѣлаетъ ненужнымъ обращеніе къ обезпечительному освоенію движимостей. Тѣмъ не менѣе, ничто не говоритъ за перенесеніе англо-американскихъ порядковъ на европейскій континентъ. Къ регистраціи морскихъ и рѣчныхъ судовъ, а также торгово-промышленныхъ предпріятій на первое время могли бы быть присоединены лишь фабричныя, заводскія, типографскія и нѣкоторыя сельскохозяйственныя машины, если болѣе близкое ознакомленіе съ оборотомъ не подскажетъ, что регистраціи могли бы подлежать и еще нѣкоторыя другія цѣнныя движимости, служащія цѣлямъ производства или обезпеченію существованія должника.

Итакъ, въ ограниченномъ числѣ случаевъ закладъ движимости безъ передачи владѣнія будетъ регистрироваться, и этимъ въ высшей степени удовлетворительно разрѣшится вопросъ о публичности такого заклада. Но въ другихъ случаяхъ? Если нѣтъ универсальнаго средства для обезпеченія общеизвѣстности заклада движимости безъ передачи владѣнія, и если эта общеизвѣстность должна была быть установлена въ интересахъ

послѣдующихъ кредиторовъ, то не остается ничего другого, какъ предупредить этихъ послѣдующихъ кредиторовъ, принимающихъ ли въ закладъ движимость, которая окажется заложенной, или просто разсчитывающихъ на платежеспособность должника, въ виду видимаго его имущества, что они должны дѣйствовать на свой страхъ. Съ этимъ приходится по необходимости мириться. И это тѣмъ легче сдѣлать, что хотя случаи обмана нерѣдки, но вѣдь они—не общее правило. Стѣсняя оборотъ въ предупрежденіе тѣхъ или иныхъ злоупотребленій, законодатель долженъ помнить, что причиняемое имъ зло можетъ оказаться значительнѣе того, съ которымъ ведется борьба. Указанный неизбѣжный исходъ предусмотрѣнъ законодательствами и предуказывается практикой. По свидѣтельству историковъ, въ древнемъ правѣ закладъ безъ передачи владѣнія создавалъ ограниченно дѣйствовавшее вещное право. Вѣритель могъ лишь требовать для удовлетворенія своей претензіи заложенную вещь, если она находилась въ рукахъ должника или другого лица, но знавшаго о существованіи заклада. Напротивъ того, добросовѣстный владѣлецъ не былъ отвѣтственъ передъ кредиторомъ. Затѣмъ, если на одну и ту же вещь устанавливался и ручной закладъ, и ипотека, то даже прежде установленная ипотека уступала болѣе молодому ручному закладу.

По отмѣненной ст. 1377 свода гражд. узак. губ. остзейскихъ, «если отдача въ залогъ совокупности вещей не будетъ сопровождаться переходомъ самаго владѣнія оною, то на каждую отдѣльную, къ сей совокупности принадлежащую, движимую вещь кредитору не предоставляется никакого вещнаго, имѣющаго силу и въ отношеніи къ постороннему владѣльцу, права; напротивъ, съ выбытіемъ такой движимой вещи изъ совокупности посредствомъ отчужденія, и самое закладное на нее право прекращается, и затѣмъ къ составу залога считаются принадлежащими лишь прочія вещи, имѣющіяся еще въ той совокупности при взысканіи обезпеченнаго залогомъ права».

Въ ст. 8 уст. кред. разд. IV, изд. 1903 г., въ которой говорится о наложеніи знаковъ на оставляемую въ пользованіи должника заложенную вещь, постановлено:

при неналоженіи на имущество такихъ знаковъ, закладное право банка на это имущество не имѣетъ силы по отношенію къ третьимъ лицамъ, вступившимъ въ сдѣлки съ заемщиками банка. За сокрытіе закладовъ или отчужденіе оныхъ до погашенія ссуды, внѣ допускаемыхъ по сему уставу случаевъ (ст. 121), заемщикъ привлекается къ отвѣтственности, установленной за растрату имущества, ввѣреннаго для храненія (улож. наказ. ст. 1681 и 1682; уст. наказ. ст. 177).

Въ случаѣ оставленія въ пользованіи заемщика инвентаря, ради пріобрѣтенія котораго оказываются ссуды учрежденіями мелкаго кредита (уст. кред., изд. 1903 г., разд. X, ст. 96), до полной уплаты ссуды, заемщикъ, подъ опасеніемъ отвѣтственности по законамъ уголовнымъ, не въ правѣ закладывать или, безъ согласія учрежденія, выдавшаго ссуду, продавать или инымъ способомъ отчуждать означенные предметы. Совершенные вопреки этому воспрещенію отчужденіе или закладъ признаются недѣйствительными, кромѣ того случая, когда купившій или принявшій въ закладъ не зналъ, что имущество не могло быть отчуждаемо или закладываемо. Съ согласія учрежденія, выдавшаго ссуду, обезпечивающіе ее предметы могутъ быть проданы или инымъ образомъ отчуждены, съ переводомъ долга на ихъ пріобрѣтателя.

Судебная практика, какъ то было видно изъ приведенныхъ рѣшеній, не считаетъ обязательными формальности, для установленія заклада предписанныя. Но, допуская закладъ безъ передачи владѣнія предметомъ заклада кредитору, Пр. Сенатъ полагаетъ, что если кредиторъ не позаботится объ укрѣпленіи и охраненіи своего закладного права въ порядкѣ, закономъ указанномъ, то и сдѣлка о закладѣ не можетъ служить для него основаніемъ къ преимущественному удовлетворенію передъ другими кредиторами, претензіи коихъ не обезпечены залогомъ (1878/117, 1875/321, 1872/891, 1873/658), или къ преимущественному праву въ отношеніи добросовѣстнаго пріобрѣтателя заложенной, но не переданной кредитору вещи (1875/321, 658).

Если эти положенія не могутъ быть признаны соотвѣтствующими дѣйствующему закону, то ихъ надлежитъ принять во вниманіе при выработкѣ новаго закона. И

нѣмецкой литературой высказано мнѣніе (Hellwig), что въ германскомъ правѣ есть средство, которое можетъ устранить хоть часть дурныхъ послѣдствій, проистекающихъ отъ сдѣлокъ Sicherungsübereignungen. Это средство—§ 805 ZPO, въ силу котораго залоговой вѣритель, не имѣвшій реальнаго владѣнія заложенной ему вещью, не можетъ противодѣйствовать аресту и продажѣ этой вещи, сохраняя лишь право личнаго иска. Соотвѣтственно сказанному, въ новомъ законѣ должно быть постановлено, что закладъ движимости безъ передачи владѣнія не можетъ быть противопоставленъ добросовѣстному кредитору по ручному закладу той же движимости, а равно и ея добросовѣстному пріобрѣтателю. Такимъ образомъ, закладъ движимости безъ передачи владѣнія вещью устанавливаетъ вещное право, которое, однако же, уступаетъ вещному праву добросовѣстнаго залогопринимателя по ручному закладу и не будетъ обязательно для добросовѣстнаго пріобрѣтателя вещи.

V. Обезпечительное освоеніе съ точки зрѣнія законодательной политики.

Путемъ установленія регистраціи для однѣхъ движимостей, признаніемъ лучшаго права за фактическимъ закладодержателемъ для другихъ будутъ обезпечены интересы должника и интересы третьихъ лицъ. Но интересы кредитора въ отношеніи движимостей, регистраціи не подлежащихъ и не допускающихъ наложенія видимыхъ знаковъ, останутся негарантированными. И потому, быть можетъ, надлежитъ предоставить ему право обезпечивать себя фидуціарнымъ освоеніемъ заложенной вещи?

Сдѣлка обезпечительнаго отчужденія и освоенія, является ли она самостоятельной формой, получаетъ ли видъ продажи съ правомъ выкупа, можетъ считаться исходнымъ пунктомъ всего того движенія въ юридической литературѣ, изображеніе котораго составило содержаніе настоящей статьи. Необходимо опредѣлить отношеніе къ ней и съ точки зрѣнія законодательной политики. Нельзя считать вполнѣ правильнымъ взглядъ авторовъ проекта гражданскаго уложенія и участниковъ особаго совѣщанія, пересматривавшаго книгу пятую

проекта, признавшихъ болѣе осторожнымъ, не вводя въ книгу пятую постановленій о правѣ выкупа, вмѣстѣ съ тѣмъ не проектировать и правилъ о воспрещеніи выкупа. Особое совѣщаніе, какъ и составители проекта гражданскаго уложенія, полагало, что умолчаніе само по себѣ поведетъ къ исчезновенію изъ нашего юридическаго быта права выкупа, весьма рѣдко притомъ наблюдаемаго на практикѣ, или, по крайней мѣрѣ, ограничитъ примѣненіе его тѣми немногими исключительными случаями, и то въ отношеніи, главнымъ образомъ, движимаго имущества, какъ, напр., временной нуждой владѣльца фамильныхъ драгоцѣнностей и т. п. По общему же мнѣнію, именно молчаніе закона объ этой сдѣлкѣ привело къ широкой и нездоровой ея практикѣ и уже во всякомъ случаѣ къ вредной неустойчивости судебной практики.

Разнообразные доводы выставляются въ пользу и противъ сдѣлки обезпечительнаго освоенія. Защитники считаютъ ее дозволенной, потому что она необходима для всякаго, кто нуждается въ кредитѣ и въ то же время не обладаетъ недвижимостью, а движимость не можетъ отдать въ закладъ безъ того, чтобы не отказаться отъ продолженія своего ремесла или профессіи. Sicherungsübereignung является единственнымъ исходомъ, придуманнымъ не доктриной, а жизнью. Пока нѣтъ ипотеки движимости, эта сдѣлка въ достаточной степени оправдывается тѣмъ, что служитъ интересамъ кредита (Schöndorff). Противъ сдѣлки рѣшительно высказались нѣкоторыя организаціи нѣмецкихъ купцовъ, требовавшихъ воспрещенія ея и изданія особаго защитнаго закона. Низшіе нѣмецкіе суды также относятся отрицательно къ сдѣлкѣ обезпечительнаго освоенія, но ихъ попытки борьбы съ опасной, по ихъ мнѣнію, практикой встрѣчаютъ отпоръ со стороны высшей судебной инстанціи, авторитетъ которой дѣлаетъ то, что нѣкоторые юристы, даже такіе, какъ Gierke, Wolff, принимаютъ судебную практику за дѣйствующее право. Наиболѣе энергично противъ признанія Sicherungsübereignung высказывается Hellwig, который считаетъ неправильнымъ уже и то, что RG слишкомъ строгій къ вѣрителямъ, весьма снисходителенъ къ должникамъ. Раньше указано было, что

требованіе передачи предмета залога во владѣніе кредитора преслѣдуетъ двоякую цѣль: обезпеченіе интересовъ кредитора и гарантію интересовъ третьихъ лицъ. Первая цѣль сдѣлкой отчужденія достигается вполнѣ. Но совершенно не достигаетя вторая, тѣсно связанная съ публичностью залога. Залогъ-отчужденіе по самой своей природѣ является тайной сдѣлкой и, въ качествѣ таковой, заставляетъ вспомнить объ опасныхъ для оборота явленіяхъ, объединяемыхъ въ понятіи Gläubigernot. Эти явленія не новы, какъ и борьба съ ними со стороны законодателя. Но чѣмъ больше и шире развивается торгово-промышленный оборотъ, тѣмъ разнообразнѣе пріемы, направленные противъ кредиторовъ и тѣмъ опаснѣе самыя явленія.

Понятіе Gläubigernot обнимаетъ собой кругъ явленій, которыя имѣютъ неменьшее значеніе, чѣмъ противоположныя имъ явленія эксплоатаціи кредиторами должниковъ. И если законодателю трудно бороться съ ростовщическими сдѣлками, въ широкомъ смыслѣ этого слова, то, кажется, еще труднѣе борьба съ измышленіями должниковъ, уклоняющихся отъ платежа долговъ. Одно существенное различіе между этими двумя категоріями явленій: защита должниковъ имѣетъ мѣсто почти исключительно въ оборотѣ гражданскомъ, защита кредиторовъ должна быть особенно интенсивна въ оборотѣ торгово-промышленномъ. Въ отношеніи перваго надо имѣть въ виду возможность эксплоатаціи лицъ, нуждающихся въ потребительномъ кредитѣ. Въ отношеніи второго положеніе кредиторовъ и должниковъ представляется одинаковымъ, такъ какъ оно уравнивается спекулятивнымъ характеромъ кредита на сторонѣ одного и другого.

Изобрѣтательность торгово-промышленнаго оборота по части обмана должниками кредиторовъ въ настоящее время является разнообразной по пріемамъ и не всегда легко уловимой. Проф. Hellwig приводитъ примѣрный перечень этихъ пріемовъ, объединяемыхъ тѣмъ общимъ признакомъ, что многіе должники живутъ въ обстановкѣ, создающей предположеніе о ихъ кредитоспособности, въ дѣйствительности являясь вполнѣ неплатежеспособными. Это достигается различными путями. Мебель и другія движимыя вещи переуступаются тѣмъ или другимъ ли-

цамъ въ обезпеченіе долга, владѣніе же этими вещами удерживается должникомъ на основаніи найма или ссуды. Такія вещи оказываются недостижимыми для другихъ кредиторовъ, такъ какъ они не могутъ обратить своего взысканія на имущество, должнику не принадлежащее. Должникъ имѣетъ предпріятіе, которое при плохихъ обстоятельствахъ переводитъ на жену или дѣтей и такимъ образомъ дѣлаетъ его недоступнымъ для своихъ кредиторовъ. Тамъ, гдѣ не подлежитъ взысканію недостигающее опредѣленнаго размѣра вознагражденіе за трудъ, должникъ, внося свой личный трудъ въ чужое дѣло и желая освободить отъ взысканія получаемое вознагражденіе, договаривается объ уплатѣ ему жалованія въ предѣлахъ, недостижимыхъ для кредиторовъ, а остальное выговариваетъ въ пользу своей жены, какъ ея содержаніе. Страхуя себя въ пользу жены или дѣтей, лицо обезпечиваетъ себя противъ кредиторовъ. Получающій наслѣдство отказывается отъ него въ тѣхъ видахъ, что оно поступитъ въ пользу дѣтей. Тамъ, гдѣ существуетъ вотчинная запись, собственникъ дома передаетъ его въ пользованіе и управленіе третьяго лица, занося эту сдѣлку въ реестръ. Этимъ пріемомъ пользуются для обезпеченія лишь одного должника, выступающаго въ качествѣ пользователя и управителя, съ устраненіемъ всѣхъ другихъ. Практикуется учрежденіе торговаго дома съ ограниченной отвѣтственностью, администраторомъ котораго является должникъ, а членами—жена и дѣти или друзья. Въ русской дѣловой практикѣ встрѣчаются еще случаи, когда мнимый товарищъ мнимаго торговаго дома для ослабленія положенія своего кредитора, который заявляетъ претензію на «товарищеское» имущество, предъявляетъ искъ отъ имени торговаго дома къ самому себѣ, какъ должнику этого дома и проситъ судъ объ обезпеченіи иска. Въ ряду упомянутыхъ пріемовъ Sicherungsübereignung получаетъ надлежащее освѣщеніе: эта сдѣлка представляетъ опасность для третьихъ лицъ. Въ этомъ отношеніи она ничѣмъ не отличается отъ заклада безъ передачи владѣнія предметомъ заклада.

Если законъ, допустивъ закладъ морскихъ и рѣчныхъ судовъ, равно и торгово-промышленныхъ предпріятій, безъ передачи владѣнія, необходимымъ условіемъ дѣйствительности заклада поставитъ зарегистрованіе сдѣлки, то обезпечительное освоеніе или продажа съ правомъ выкупа въ отношеніи названныхъ предметовъ должна быть объявлена недѣйствительной въ силу самаго закона.

Что же касается остальныхъ предметовъ, то въ отношеніи ихъ должно быть постановлено, что прикрывающее закладъ безъ передачи владѣнія отчужденіе съ правомъ выкупа подчиняется правиламъ, установленнымъ для заклада безъ передачи владѣнія предметомъ заклада кредитору. Этимъ будетъ устраненъ интересъ обращенія къ сдѣлкѣ обезпечительнаго отчужденія предмета.

Въ настоящее время единственнымъ средствомъ борьбы съ этой сдѣлкой, если она совершается въ ущербъ кредиторамъ, считается заявленіе о подложномъ перекрѣпленіи имущества. Защитники обезпечительнаго отчужденія думаютъ даже, что указаннаго средства вполнѣ достаточно для того, чтобы парализовать вредныя послѣдствія сдѣлки. Этотъ доводъ не убѣдителенъ, но общіе способы борьбы съ обманомъ должны быть сохранены и въ новомъ законѣ.

Есть еще одна сторона въ сдѣлкѣ обезпечительнаго отчужденія—возможность эксплоатаціи должника. Такъ говорятъ, что при закладѣ-продажѣ пароходовъ, практикуемой въ русскомъ оборотѣ, кредиторы—обычно частныя лица,—взимаютъ чрезмѣрные проценты, такъ что размѣръ ссуды обыкновенно не превышаетъ половины стоимости парохода, и изъ ссуженной суммы вычитается отъ 15 до 18 процентовъ годовыхъ. Швейцарское уложеніе, не считая нужнымъ бороться съ единично и случайно совершаемыми ростовщическими сдѣлками обезпечительнаго отчужденія, выступаетъ лишь противъ профессіональныхъ ростовщиковъ и приравниваетъ ихъ къ лицамъ, дающимъ деньги подъ залогъ. Въ проектѣ гражданскаго уложенія предположены нормы противъ ростовщичества и эксплоатаціи не только въ отношеніи договора займа, но всякихъ соглашеній о процентахъ, слѣдовательно, и сопровождающихъ обезпечительное отчужденіе (проектъ кн. V, ст. 104, ред. 1913 г.). А затѣмъ, какъ то само собой разумѣется, противъ ростов-

щическихъ сдѣлокъ заклада и продажи съ правомъ выкупа будетъ дѣйствовать и статья 31 проекта кн. V ред. 1913 г. о заключеніи чрезмѣрно невыгоднаго договора.

VI. Выводы.

Въ 1113 статьѣ проекта гражданскаго уложенія третьей редакціи постановлено: закладъ движимой вещи установляется посредствомъ передачи ея закладодержателю, на основаніи состоявшагося между нимъ и закладчикомъ договора о закладѣ. По соглашенію договаривающихся сторонъ, заложенная вещь можетъ быть отдана на храненіе третьему лицу.

Въ дополненіе къ этой статьѣ должны быть введены слѣдующія положенія:

1. По соглашенію сторонъ закладываемая вещь можетъ быть оставлена на храненіи или въ пользованіи должника.

2. Закладъ движимости съ сохраненіемъ владѣнія предметомъ заклада за должникомъ, совершается въ формѣ письменнаго акта, передаваемаго кредитору.

3. Для дѣйствительности заклада морскихъ и рѣчныхъ судовъ съ сохраненіемъ владѣнія предметомъ заклада за должникомъ, требуется запись сдѣлки въ судовомъ реестрѣ и передача закладного акта кредитору.

4. Для дѣйствительности сдѣлки заклада, съ сохраненіемъ владѣнія за должникомъ, предметомъ коей является подлежащее регистраціи торгово-промышленное предпріятіе, требуется запись въ торговомъ реестрѣ и передача закладного акта залоговому вѣрителю.

5. Закладомъ предпріятія съ сохраненіемъ владѣнія за должникомъ могутъ обниматься, по соглашенію сторонъ, всѣ составныя части предпріятія за исключеніемъ товара и требованій.

6. Не могутъ быть предметомъ заклада вообще и съ сохраненіемъ владѣнія предметомъ заклада за должникомъ, въ частности, торгово-промышленныя предпріятія, не подлежащія торговой регистраціи.

7. На оставляемыя въ пользованіи или храненіи должника закладываемыя вещи, за исключеніемъ морскихъ и рѣчныхъ судовъ, а равно и предпріятій, по соглашенію

сторонъ, могутъ быть наложены видимые знаки, легко распознаваемые при осмотрѣ вещей.

8. Вторичный закладъ или отчужденіе заложенной движимой вещи, на которой имѣются видимые и легко распознаваемые знаки, недѣйствителенъ, и виновный въ таковомъ незаконномъ распоряженіи своей вещью привлекается къ отвѣтственности, установленной за растрату имущества, ввѣреннаго на храненіе.

9. Вторичный закладъ или отчужденіе заложенной и оставленной у должника движимой вещи, безъ наложенія видимыхъ и легко распознаваемыхъ знаковъ, недѣйствителенъ за исключеніемъ случая пріобрѣтенія права собственности или права залога этой вещью лицомъ, не знавшимъ о существованіи залога. Виновный въ вторичномъ залогѣ или отчужденіи привлекается къ отвѣтственности, установленной за растрату имущества, ввѣреннаго на храненіе.

10. Продажа съ правомъ выкупа, совершаемая съ цѣлью обезпеченія, въ отношеніи рѣчныхъ и морскихъ судовъ и торгово-промышленныхъ предпріятій, подлежащихъ регистраціи и не региструемыхъ, недѣйствительна.

11. Продажа съ правомъ выкупа въ отношеніи неподлежащихъ регистраціи движимостей совершается по правиламъ о закладѣ движимостей съ оставленіемъ пользованія или владѣнія предметомъ заклада за должникомъ.

Проф. Вс. Удинцевъ.