

# Глава Конспекта Советского Гражданского Права

Проф. М. Я. Пергамент

## ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ

### ГЛАВА I. ВЕЩНОЕ ПРАВО

#### § 1. Общие Положения

1. *Вещным* правом мы называем непосредственное господство над вещью и противопологаем это право, как один вид имущественного права, другому виду, *обязательственному* праву.

Дело в том, что следует различать: а) права, относящиеся только к отдельному определенному субъекту, как лицу обязанному, или должнику — это так наз. *относительные* права, и б) права, которые, напротив того, не имеют в виду связать определенное лицо, а предоставляют господство безотносительно к какому-нибудь должнику — господство, имеющее силу по адресу любого третьего, и в этом смысле абсолютное; отсюда и наименование этих прав *абсолютными* правами.

Относительному праву отвечает специальная обязанность определенного лица; абсолютному праву — лишь общая обязанность людей воздерживаться от вторжения в сферу правового господства чужого лица, управомоченного. Относительное право может быть нарушено только обязанным лицом; наоборот, нарушение абсолютного права доступно всякому.

Относительные права — это права обязательственные; абсолютные — это, в числе прочих, права вещные.

Сказанное сейчас о противоположении абсолютных прав правам относительным дает необходимое пояснение к предпосланному определению вещного права.

2. Не следует, впрочем, переоценивать приведенное нами определение вещного права, с одной, и обязательственного, с другой стороны, в связи с приведенною же характеристикю прав абсолютных и относительных. Эти общие определение и характеристика, без сомнения, полезны, как проливающие свет на основную сущность того

и другого вида имущественного права, каковая сущность в большом числе случаев находит себе выражение и подтверждение в отдельных положениях права вещного и права обязательственного. Однако, для современного гражданского права, не исключая и нашего советского права, следует учитывать и помнить, что указанное противоположение — права вещные и обязательственные, абсолютные и относительные — отнюдь не может притязать на безусловность и точность, на способность вести всегда, в процессе логической дедукции, к выводам верным и незыблемым. Нет, это не так. Занимающая нас антитеза — пусть некогда, в дни древнего Рима, и близкая к безошибочности — ныне может служить не более, чем общою только, как уже сказано, характеристикой двух видов имущественного права, характеристикой, которая постоянно и неослабно требует проверки на отдельных конкретных нормах, применительно к каждому правоотношению данной положительно-правовой системы.

Ограничимся лишь одним примером. Типичное для понимания вещного права, как последнее нами обрисовано, положение должно бы неминуемо привести к невозбранному всякий раз праву собственника отобрать свою собственность от всякого неправомерного ее владельца. И действительно, на этой прямолинейной позиции стоит неуклонно римское право (ср. отражающую эту позицию юридическую поговорку: „ubi rem meam invenio, ibi eam vindico“). Однако, не то приходится констатировать в современном гражданском праве, выдвигающем добросовестного приобретателя в ущерб собственнику и соответственно не допускающем виндикации собственности в ущерб добросовестному приобретателю (об этом подробнее в § 2).

3. В качестве „абсолютного“ права, означающего непосредственное над вещью господство и обязующего „все и вся“ признавать и уважать его, вещное право представляется правом исключительной интенсивности, силы и важности. Вот отчего, в отношении вещных прав уже в древнем Риме господствовало начало так наз. замкнутого числа („*numerus clausus*“), и к этому началу возвратились и в новейшее время. В противоположность и здесь обязательственным, точнее, договорным правоотношениям, каковые не ограничены числом, а способны создаваться, множиться и видоизменяться волею („автономиею“) контрагентов, вещные права перечисляются в данном гражданском кодексе исчерпывающим образом, и стороны бессильны одинаково как творить новые, не предусмотренные кодексом вещные правоотношения, так и вносить в нормировку вещных прав какие-либо изменения, поскольку, по исключению, подобные изменения не разрешены самим кодексом.

Излишне развивать, что наше советское гражданское право и подавно должно было усвоить себе принцип „замкнутого числа“. Это с достаточной очевидностью вытекает уже из основного подхода

нашего законодателя к частным правам и их допущению — подхода, о котором речь должна идти в общей части системы.

В разделе, посвященном вещному праву, Г. К. (Гражданский Кодекс) нормирует три вещные права: а) право собственности, б) право застройки и в) право залога. Небесполезно, быть может, обратить внимание, что, таким образом, нашему Г. К. неизвестны так наз. сервитуты („служебности“), притом не только реальные, т.-е. установленные в интересах определенного участка земли или строения, но и личные, т.-е. установленные в пользу определенного лица, из коих укажем, в особенности, на узуфрукт, или право пользования, или, еще иначе, пожизненного пользования (мимоходом, впрочем, отметим, что жизнь и у нас выдвигает отдельные случаи установления узуфрукта: см., напр., декрет СНК — С. У. 1923, № 4, ст. 85 — „О предоставлении имения „Борок“ Рыбинской губ. в *пожизненное пользование* известного шлиссельбуржца Н. А. Морозова“. Но, разумеется, такое установление достигается всякий раз не иначе, как в порядке издания отдельного закона, „*lex separata*“.

Не трактует в разделе о вещных правах наш Г. К. и о владении, как факте, и его правовой защите в отличие от многочисленных европейских и внеевропейских гражданско-правовых систем.

## § 2. Право собственности

1. То время, когда под правом собственности понималось право *полной в принципе власти* над вещью, право распоряжаться, владеть и пользоваться ею *по своему произволу* („*ius utendi et abutendi*“), словом, право неограниченное, — это время и для длинного ряда буржуазных государств безвозвратно миновало. Из буржуазных кодексов новейшего времени обращает на себя в данном отношении внимание, в особенности, Швейцарское гражданское уложение. Здесь, в отделе о праве собственности, во главу угла поставлено „общественное благо“, и соответственно закон выдвигает многообразные и серьезные пределы свободного обладания вещью, руководясь притом соображениями о нуждах населения не только физических и материальных, но и духовных, не исключая даже нужд эстетического характера. Еще много дальше затем идет Германская конституция 1919 года, провозглашающая: „Содержание и предел собственности вытекают из законов... Собственность обязывает. Пользование ею должно быть в то же время служением общему благу“ (ст. 153). Отсюда, напр., современные исследователи собственности на почве германского права уже протестуют против самого понятия и термина „ограничения собственности“, резонно рассуждая, что в этом понятии и термине отражается не иное что, как распространенное воспоминание о благополучно изжитых ныне индивидуалистических воззрениях на тему о свободе

собственности. И еще: „собственность обязывает“ — продолжают те же германские юристы (Вольф и др.) и, стало быть, нельзя не признать обязанность, и даже двойную обязанность, управомоченного лица, субъекта собственности: во-первых, обязанность *осуществлять* свое право собственности всякий раз, когда того требует общее благо, т.-е. когда оно требует того, чтобы право собственности непременно осуществлялось, а не оставалось втуне, и, во-вторых, обязанность осуществлять право собственности *таким именно образом*, как то всего лучше отвечает общему благу.

2. Распространяться о том, что при нашем социалистическом строе все это и сугубо так, нет надобности. Достаточно вспомнить о ст. 1 Г. К. (см. Общую часть). Более того: должно иметь в виду и то обстоятельство (опять же см. Общую часть), как велика у нас и важна категория „внеоборотного имущества“ — полнее и лучше, того имущества, которое из трех выдвигаемых в Г. К. субъектов права собственности — государства, кооперативных организаций, частных лиц (ст. 52) — может иметь своим субъектом права собственности исключительно или главным образом не иного кого, как только государство.

3. В остальном мы в настоящем § Г. К. о праве собственности встречаем *общеизвестные* — вполне правильные и целесообразные — положения гражданского права. Так, по части составных элементов права собственности наш Г. К. различает — „в пределах, установленных законом“ — „право владения, пользования и распоряжения имуществом“ (ст. 58), при чем — это нелишне пояснить во избежание всякого недоразумения — под „правом владения“ здесь, естественно, понимается право *владеть* (на основе права собственности), а не право, из владения, как такового, как *фактического* состояния (безотносительно к праву собственности или вообще к правовому титулу), вытекающее: владения, как факт, наш Г. К. — повторно это подчеркиваем (см. выше § 1) — в общем не знает, правовую защиту (так наз. владельческая защита!) не наделяет, „приобретательной давности“ в связи с владением не допускает и т. д., и не об этом владении, очевидно, говорит ст. 58. Что касается „права пользования“, то под ним должно разуметь также право извлекать плоды и доходы. „Право распоряжения“ это — право отчуждать (т.-е. продавать, дарить, закладывать), потреблять и т. п.

4. Так, далее, по вопросу о способах приобретения права собственности Г. К., поставляя целесообразным образом на первое место наиболее важный, *производный* способ (т.-е. обусловленный правом собственности предшественника, в противоположность *первоначальному* способу) приобретения собственности, определяет, что таковым производным способом является договор об отчуждении. При этом наш Г. К., усвоив систему Наполеонова кодекса и вообще романских законодательств, нормирует дело в том смысле, что право собственности считается перешедшим уже с момента совершения договора, а не с

позднейшего лишь момента передачи („традиции“) объекта отчуждения. Так оно, впрочем, только для вещей индивидуально-определенных. Что же касается вещей заменимых (т.-е. определяемых „числом, весом, мерою“), то для них приобретение права собственности наступает лишь с момента передачи (ст. 66).

„Передача“, однако, должна быть понимаема достаточно широко. Не требуется непременно акт физического овладения вещью (путем соприкосновения), а совершенно достаточно предоставления возможности *господства* над вещью. Поэтому „передача“ товара окажется налицо уже там, где передаются еще только ключи от склада, в котором товар хранится. Более того: в полном согласии с теориею гражданского права, наш Г. К. (ст. 67) признает передачу и там, напр., где приобретателю вещей вручается так наз. „распорядительный“ документ на данные вещи (дубликат накладной при железнодорожной перевозке, коносамент при перевозке морской, складочное свидетельство и т. п.).

5. Из *первоначальных* способов приобретения права собственности, известных буржуазному праву, Г. К. отмечает лишь один: овладение (оккупацию) по адресу „бесхозяйного“ имущества. Такое имущество становится у нас (ст. 68) собственностью государства (о применяемом на этот счет порядке см., главным образом, декрет 1920 г., С. У., ст. 442), а не любого оккупанта, как то, наоборот, определяется римским или еще (для движимых вещей), скажем, современным германским правом.

Что Г. К. не допускает приобретения права собственности по давности, уже сказано (наш п. 3).

С другой стороны, следует заметить, что отдельно изданные у нас правила о так наз. *пригульном скоте* (см. теперь прим. к ст. 68 Г. К.) точно так же содержат случай приобретения права собственности первоначальным способом. А именно: в случае обнаружения владельца пригульного скота в течение установленного срока, скот становится собственностью местного крестьянского комитета общественной самопомощи, а прежний собственник перестает им быть навсегда.

6. Из случаев *прекращения* права собственности наш гражданский закон упоминает непосредственно о реквизиции, а равно о конфискации имущества (ст. ст. 69 и 70), при чем первая, реквизиция, допускается не иначе, как с вознаграждением, а вторая, конфискация, не иначе, как в виде наказания; и та и другая — лишь в случаях и в порядке, установленных соответствующими специальными законами.

7. Что касается *защиты* права собственности, то наш закон, прежде всего, предоставляет известный *виндикационный* иск: невладельцу собственнику против владеющего несобственника — об отобрании первым своей собственности у второго. Этот иск идет еще от времени древнего Рима, при чем мера ответственности по этому иску, согласно нашему гражданскому праву — не иначе, чем по праву римскому — разобразится в зависимости от того обстоятельства, добросовестный ли

перед нами или же недобросовестный владелец и ответчик: последний в деле возмещения плодов и доходов отвечает в большем объеме, чем первый. В свою очередь, и собственник, естественно, возмещает владельцу определенные, „необходимые“ (с точки зрения рационального ведения хозяйства), произведенные владельцем на имущество затраты (ст. 59).

Под добросовестным владельцем разумеется владелец, который не знал и по обстоятельствам дела *не должен был знать* о незаконности своего фактического обладания имуществом; под недобросовестным — владелец, который, напротив того, знал или хотя и не знал, но *должен был знать* об этой незаконности. Таким образом, понятие добросовестности и недобросовестности здесь, как и дальше (см. наш п. 8), является понятием не субъективно-психологическим, а объективно-этическим, или, иначе, *социально-хозяйственным*.

Отметим еще только вкратце, что, кроме виндикационного иска, собственнику принадлежит также (на основании той же ст. 59) еще другое средство защиты: поскольку владение собственником еще не утрачено, однако, его право все же претерпевает нарушение, собственник может требовать устранения этого нарушения (так наз. „actio negatoria“).

8. В деле виндикации наш Г. К., несмотря на всю близость свою к римскому праву, тем не менее решительно от него отступает в одном весьма существенном отношении. *В интересах оборота*, с целью упрочения приобретения, Г. К. (ст. 60) не допускает виндикации, по общему правилу, тогда, когда приобретение совершилось хотя и не от собственника (или уполномоченного им лица), однако, лицом, действовавшим добросовестно. Отдадим себе отчет: на почве *римско-правового* с формально-логической точки зрения безупречного принципа, гласящего: „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“ (никто не может передать другому больше прав, чем сколько сам имеет), отчуждающий вещь несобственник, очевидно, не в состоянии сообщить право собственности приобретателю, пусть (даже стократ!) добросовестному, т.-е. не знавшему и не долженствовавшему знать (см. выше наш п. 7), что у отчуждателя вещи, у праводателя самого нет права собственности. Отсюда последовательно и неизбежно проистекает необходимость допущения виндикационного иска со стороны собственника и к такому добросовестному приобретателю. Но иначе смотрело на вопрос *древнегерманское право*, которое в подобных случаях брало *приобретателя* под свою защиту. И этого германского (а не изложенного римского) принципа держится в общем современное гражданское право: держатся, напр., германское и швейцарское уложения, держится, как мы сейчас видели, и наш Г. К. Добросовестный приобретатель не обязан выдать вещь собственнику, точнее, *бывшему* собственнику, ибо последний уже перестал быть собственником, каковым собственником отныне является не иной кто, как добросовестный приобретатель. В итоге, следовательно (отметим и этот вывод), перед нами

то приобретение права собственности, с одной стороны, и та же потеря его, с другой, какие наблюдаются в обычном нормальном случае отчуждения вещи его правомерным собственником (или по его полномочию).

Однако, установленное сейчас по вопросу о добросовестном приобретении от не собственника не находит себе применения во всех тех случаях, когда вещь вышла из фактического обладания собственника *против его воли или помимо его воли*, — напр., когда она у него украдена и вообще похищена либо когда она им утеряна. В этих случаях право виндикации остается за собственником — в противоположность тем другим случаям, когда собственник свою вещь сам, по доброй воле, выпустил из рук, отдав ее, положим, на хранение или ссуду и т. п., в каковых последних случаях и прилагается указанное выше германско-правовое начало.

Равным образом в полной силе сохранено римское виндикационное начало нашим Г. К. для государственных учреждений и предприятий, имущество которых „незаконно отчуждено каким бы то ни было способом“.

Но из этих двух исключений в пользу виндикации позднейшее законодательство (новелла 1925 года), в свою очередь, устанавливало одно серьезнейшее исключение — установило в целях ограждения нормального обращения денег и ценных бумаг на предъявителя и опять-таки в наилучшем согласии с современною нормировкой дела на Западе. Мы разумеем прим. 2 к той же ст. 60 Г. К., определяющее, что „государственные и иные допущенные к обращению в пределах Союза С. С. Р. ценные бумаги на предъявителя, содержащие обязательство платежа определенной денежной суммы, а равно банковые билеты“ „не могут быть истребованы от добросовестного приобретателя“ — ни в каком случае: ни тогда, когда они были утеряны или похищены, ни тогда, когда пострадавшим собственником является государственное учреждение или предприятие.

9. В ряде последующих статей (61 — 65) Г. К. нормирует институт „общей собственности“ („сособственности“), в котором, сообразно обычному пониманию, он видит собственность, принадлежащую двум или нескольким лицам по долям, — точнее, по так наз. „идеальным“ долям (напр., в размере  $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{2}{3}$ ,  $\frac{3}{5}$  и т. д.), в то время как самая вещь реально остается в полной мере неразделенною. Однако, этого раздела в натуре или, лучше, выдела своей доли в натуре может (по общему, допускающему исключения, правилу) требовать каждый собственник, как равным образом, он же в праве и отчудить свою долю, при чем зато прочие участники в общей собственности имеют „право преимущественной покупки“.

Из других положений, сюда относящихся, заслуживает внимания, что в случае разногласия между участниками все вопросы — как владения и пользования, так даже и распоряжения — решаются по большинству голосов.

## § 3. Право застройки

1. И в древнем Риме, и в Средние Века, и ныне в Европе (в особенности, в Англии — в частности, в Лондоне, но и в Германии и других странах) существовал и существует институт, предоставляющий весьма широкое вещное право на чужой участок земли с целью возведения на нем строения. Выгоды отсюда обоюдные. Собственник земли сохраняет свое на нее право собственности и по истечении некоторого — в остальном, естественно, более или менее продолжительного — срока, получает ее обратно, при чем ценность земли к тому времени, очевидно, оказывается уже много выше (в немалой доле повышение это имеет своим основанием самое возведение на участке здания, сооружения и т. п.). С другой стороны, и так наз. застройщик получает возможность добыть жилище на началах своего рода собственника и притом без необходимости приобрести землю и тем понести крупную, в большинстве случаев непосильную материальную жертву.

В новейшее время жилищная нужда побуждает законодателя обратить особенное и, конечно, доброжелательное внимание на данный институт, широко известный под именем *права застройки* (или еще „суперфициарного права“) и даже издать (как, напр., в Германии) специальный, посвященный ему закон.

2. Согласно нашему Г. К. (ст. ст. 71 — 84), право застройки — это отчуждаемое и переходящее по наследству вещное право, заключающееся в праве иметь — возвести (а в известных случаях лишь достроить или даже восстановить) и эксплуатировать — строение на городском участке земли.

Срок такого использования городского участка — до 40 лет, а для каменных построек — до 60 лет.

Договор, заключаемый застройщиком — лицом физическим или юридическим — с коммунальным отделом (такой договор — единственное у нас основание возникновения права застройки), должен обязательно совершаться в нотариальном порядке и содержать нормировку ряда пунктов, точно в законе указанных. Застройщик вносит „арендную плату“ „solagium“, „чинш“).

С целью обеспечить застройщику кредит, Г. К. допускает и обременение права застройки залогом. Что касается здесь формы, то этот залог, как и договор о добровольном отчуждении права застройки (ср. самый договор о праве застройки, об его установлении), требует обязательного, под страхом недействительности, совершения в нотариальном порядке с последующей регистрацией в коммунальном отделе (так наз. „начало публичности“, господствующее на Западе в применении к недвижимости).

При обращении взыскания на право застройки путем продажи его с публичных торгов коммунальному отделу по правоотношениям,



вытекающим из договора о праве застройки (полнее об этом см. ст. 80), принадлежит преимущественное пред прочими кредиторами право удовлетворения, при чем в случае, если означенная продажа с публичных торгов не состоялась, то право застройки переходит к коммунальному отделу (сохраняясь, следовательно, и у этого отдела в качестве того же особого вещного права, однако, уже на свою собственную, коммунального отдела, землю, а не на вещь чужую). И в этом последнем случае, как равно в случае прекращения права застройки вследствие истечения срока договора, с одной стороны, застройщик сдает коммунальному отделу все строения в исправном виде, а, с другой стороны, коммунальный отдел уплачивает застройщику стоимость строений к моменту их сдачи (ст. 83. В Гражд. Код. Укр. ССР, в отличие от Г. К. РСФСР, имеется примечание к ст. 83, смысл коего тот, что данной статье на Украине сообщается характер нормы диспозитивной, а не принудительной).

3. В 1925 г. нормы Г. К. о праве застройки, как институте чрезвычайной полезности (см. наш п. 1), распространены и на *внегородские* земельные участки с соответствующей заменю коммунальных отделов земельными и другими местными органами по принадлежности (прим. 2 к ст. 71).

#### § 4. Залоговое право

1. Необходимым условием гражданского оборота является кредит. Но кредит более или менее широкому кругу лиц и на более или менее продолжительное время предоставляется только под обеспечение. Одним из наилучших видов или способов обеспечения кредита служит залог и залоговое право.

2. Залоговым правом мы называем такое право на имущество, которое служит делу обеспечения долгового требования и соответственно дает кредитору (он же залогоприниматель или залогодержатель) возможность обратиться взыскание на заложенное имущество с целью получить удовлетворение по своему требованию.

Именно такое понимание и определение залогового права (покоящееся и здесь на римском праве, в противоположность праву германскому) усвоено нашим Г. К. (ст. ст. 85—105).

Анализируя это залоговое право, мы приходим к следующим выводам:

а) Залоговое право *придаточное*, или акцессорное, дополнительное право. Это значит, что, с одной стороны, оно может возникнуть не иначе, как на основе обеспечиваемого им обязательственного требования — притом требования, разумеется, непременно действительного, и что, с другой стороны, вместе с прекращением лежащего в основе требования не может не прекратиться и самое залоговое право. Но эта же акцессорность означает затем еще и другое: она означает

недопустимость отрыва залогового права от основного требования и помимо прекращения последнего. А отсюда, в свою очередь, два вывода: во-первых, недопустимо обращение одного только залога без обеспечиваемого им требования (залог нельзя оторвать от требования) и, во-вторых, самое требование нельзя оторвать от обеспечивающего его залога, вследствие чего, напр., с передачею требования, обремененного залогом, к новому кредитору переходит и право залога (ст. 103). Однако, и это еще не все. Тот же акцессорный, *дополнительный* характер чреват еще одним последствием, столь же важным, сколько в остальном естественным: кредитор и после обеспечения себя дополнительно путем залога сохраняет все свои права по основному требованию, как если бы залога и вовсе не было. Ибо, очевидно, залог способен только усилить, увеличить права кредитора, но никак не способен эти права ослабить, умалить. А если так, то понятно, более того: обязательно, и положение нашей ст. 100: если вырученная от продажи заложенной вещи сумма недостаточна для покрытия требования, то залогодержатель, по общему правилу, может обратиться взыскание в размере недостающей суммы на прочее имущество должника.

б) Залоговое право — *вещное* право: оно подчиняет чужое имущество непосредственно власти кредитора. Отсюда следует, что заложенное имущество, несмотря ни на какую перемену в лице собственника, все же продолжает оставаться связанным и служащим делу обеспечения кредитора. Это, во-первых. И во-вторых: уже возникшее залоговое право имеет преимущество пред позднейшими залоговыми правами, т.-е., „если залогодержателей несколько (а это легко возможно, см. ст. 94), то каждый последующий залогодержатель получает удовлетворение из заложенного имущества лишь по полном удовлетворении предыдущего“ (ст. 99, так наз. начало „старшинства“).

3. Обращаясь к необходимым условиям залогового права и, прежде всего, к основаниям его возникновения, надлежит сказать, что у нас залог возникает либо в силу договора, либо — что, однако, гораздо реже — в силу указания закона. Не знает Г. К., в отличие от других гражданско-правовых систем, залогового права ни по завещанию, ни по судебному решению.

Случаи возникновения залога по закону (так наз. „*легальная ипотека*“) пока не весьма многочисленны в советском гражданском праве. Как на примеры, укажем на случаи, предусмотренные в ст. 101 Г. К. и ст. 14 Положения о государственных подрядах и поставках (для всего СССР: С. У. 1923, № 88, ст. 851).

Что касается договорного или *добровольного залогового права*, то оно требует для своего установления письменной формы. Для залога строения, а также права застройки этого, однако, мало: здесь необходима, под страхом недействительности договора, нотариальная форма с подлежащей регистрацией в коммунальном отделе (см. выше § 3, п. 2).

Кто может установить залоговое право? Кто может его приобрести?

Только собственник в праве заложить свое имущество, зато одинаково в обеспечение как своего с обственного долга, так и долга третьего лица.

Только веритель данного обязательственного требования может в обеспечение последнего приобрести и залоговое право. В остальном безразлично, будет ли то первоначальный веритель или лицо, к которому требование перешло в порядке уступки (ст. 124).

Что может служить предметом залога?

Г. К. отвечает: всякое неизъятое из оборота имущество, не исключая ни вещного права застройки, ни долговых требований. Заложить можно и (идеальную) долю общей собственности, что уже вытекает из права ее отчуждения (см. выше § 2, п. 9).

Что обеспечивается залогом?

И на этот вопрос в Г. К. содержится прямой ответ: требование во всем его объеме „к моменту фактического удовлетворения“ кредитора (ст. 95) и, следовательно, со включением в требование, в частности, процентов, неустойки, убытков вследствие просрочки, расходов по взысканию и т. п.

4. Что касается видов залога, то уже в древнем Риме имелись следующие два вида: а) так наз. ручной залог („заклад“), при котором предмет залога передавался займовдацу-залогодержателю, и б) „ипотека“ — при ней не происходило вручения кредитору заложенного предмета. В современном гражданском праве буржуазных государств первая форма применяется к движимости, вторая, т. е. ипотека, к недвижимости. Ипотека же движимости либо вовсе не допускается либо в отдельных законодательствах (напр., в швейцарском) допускается более или менее по исключению. Наоборот, Г. К., идя в меру возможности навстречу нуждам должника, который закладывает свою движимость, но в то же время стремится ее удержать в своих руках с целью пользоваться ею и тогда, когда она заложена, допускает ипотеку одинаково также и в отношении движимого имущества. Отметим еще, что такое отношение к настоящему вопросу со стороны Г. К. диктовалось ему и тем его общим — отрицательным — отношением к различению имуществ движимых и недвижимых, о котором должна идти речь в Общей Части<sup>1)</sup>. Дальнейшее, что еще сюда относится, содержится ст. ст. 92 и 93.

<sup>1)</sup> Только попутно — по тесной связи — подчеркнем здесь следующее:

Одно из важнейших, кардинальных положений всего нашего правопорядка — это положение о том, что предметом частного оборота не может быть земля — а с нею и недра земли, воды и леса, — которая составляет достояние, собственность государства и владение которой со стороны отдельных субъектов права допущено не иначе, как на началах пользования (ст. 21 и 53 Г. К., ср. ст. ст. 1 и сл. Земельного Кодекса РСФСР).

5. По вопросу о *действии* залогового права обращают на себя внимание следующие главнейшие положения:

а) Собственник сохраняет право распоряжаться своим заложенным имуществом, а равным образом — по общему, по крайней мере, праву — извлекать из него плоды. Залогодержатель заложенным ему имуществом не в праве пользоваться.

б) Залогодержатель на предмет получения заложенного имущества, потерянного им или у него похищенного, а также в ряде случаев вышедшего из владения залогодателя, когда имущество продолжало оставаться в его, должника, владении и после залога, имеет право истребовать имущество. Это право построено по образцу аналогичного права собственника: ср. ст. 98 с уже рассмотренною ст. 60.

в) Ему же, залогодержателю, принадлежит право — непременно публично — *продажи залога „в случае невыполнения должником обеспечиваемого залогом требования“* (ст. 85). По современному, в том числе и нашему, гражданскому праву, право продажи залога является существенным элементом залогового права (см. выше п. 2). Им-то последнее отличается от простого „права удержания“ (кредитором имущества должника впредь до исполнения последним своего обязательства).

Позднейшее римское право запретило так наз. „*lex commissoria*“, т.-е. такого рода соглашение, по которому кредитор получает взамен удовлетворения право собственности на заложенное имущество. И понятно, почему запретило: получая в собственность заложенную вещь, кредитор — без мало-мальски разумного основания — *лукурирует* всю (нередко значительную) разность между стоимостью данной вещи и стоимостью обеспечиваемого ею требования. А этого правопорядок, очевидно, не может допустить. Не допускает он этого, без сомнения, и у нас, что явствует уже из того подчеркнутого выше обстоятельства, что право *продажи* (а не иное какое право: ни взамен права продажи, ни наряду с ним) должно почитаться *необходимым* элементом правоотношения: нет именно права продажи — нет и самого залогового права.

Пекин

20 июня 1926 года.

1922 г.). Такова, действительно, была и есть „ясно выраженная революционная воля рабочих и крестьян“ (ст. 1 Зем. Код.), и Г. К. стремится дать адекватное важности данного постановления выражение, когда говорит, что „с отменой частной собственности на землю деление имуществ на движимые и недвижимые упразднено“ (прим. к ст. 21). В остальном, однако, нельзя упускать из виду, что это утверждение в известной своей части и степени — лишь деклараторное и, конечно, не имеет целью упразднить те догматические последствия — которые обусловлены природою имущества — движимого, с одной, и недвижимого — с другой стороны. См., напр., ст. ст. 90, 92 и 94, а также ст. ст. 185 и 197 Г. К., ср. еще, напр., по части исполнения судебных решений специальные нормы для обращения взыскания на строения и право застройки в Гражданском Процессуальном Кодексе РСФСР 1923 г., ст. ст. 296—299.