

Розуміння застави в звичаєвому праві України.

A. Стародавні часи.

I. Джерела старо-українського права.

1) Руська Правда.

Заставне право переживало за стародавньої доби різні фази своєго розвитку. В стародавні часи у нас, як і в інших народів, не було точного поняття про заставне право. У нас, як і скрізь, застава мала спочатку характер особистої відповідальності довжника за маєткову вимогу. Коли взяти на увагу, що нерухоме майно в старовину належало всенькому родові й ним через те не міг орудувати один член сім'ї, а рухоме майно складалося тільки з найпотрібніших для повсякденного життя речей, то стане зрозумілим, що одинока цінність, якою людина могла вільно орудувати, була власна особа, котру й доводилося, у потребі, заставляти іншому, закабаляти себе, як тоді казали. Звідесі кабальні закупи, заставники (закладчики), закладні. Умови особистої застави були такі: той, кому потрібні були гроші, брав їх у кого-небудь і за це йшов до кредитора служити доти, доки поверне, або одбуде позичену суму, коли, за особливою згодою, службу вважали за процент. Так позичали гроші атенці до Солона. Оцей самий вид забезпечення позики практикували римляни під назвою особливої угоди—пехум. Сліди його вживання знаходимо й у старогерманському праві¹⁾.

Що-до старо-українського звичаєвого права, то з артикулу ширшої Руської Правди, що з'являється джерелом його: «Коли хазяїн оддає закупа в заставу за гроші (що позичив хазяїн у другого), щоб закуп разом з тим і одробив ці гроші, то з господаря стягають позичені гроші (на користь закупа за той час, що він працював на іншого) і з гривні уголовного продажу»²⁾,—входить, що й у нас застава на початкових ступенях розвитку державного життя позначена характером особистої застави. Суть її полягає в тому, що заставо-

¹⁾ Див. Загоровскій, Исторический очерк займа по русскому праву.

²⁾ Оже господаръ приобщитъ закупа, а оувѣдеть враждоу и увередить цѣноу... а ще ли примѣтъ на немъ кунъ, то опять ему воротити куны, что боудеть принялъ, а за обидоу, ему платити три гривны продажи. (Владимирскій - Будаповъ. Христом. по ист. рус. права, Вып. 1, стор. 73, прим. 102).

ємець набуває тільки право володіти й користуватися особою довжника, але жадного права порядкувати. Звичайно, такого довжника звали закупом. Треба зазначити, що хоча застава особиста забезпечувала виключно кредитора, але й права закупів охороняли правні норми, на випадок, як отої кредитор зламає договір: він тратить дану в позику суму, коли сам не додержав договору. За Руською Правдою закуп здобував собі волю, не сплативши господареві позиченої суми й не одробивши її, коли господар продавав їого іншому¹⁾.

Через те ми не можемо не погодитися з думкою, висловленою в деяких дослідників, що правний стан закупа зовсім одмінний від правного стану холопа²⁾. Хто оддався в закупи, не зазнавав того правного зbezличення, що одмітну становить рису холопства. Закуп зберегав за собою деякі права, мав він і повинності. Звідси треба зробити висновок, що особиста застава мала за свій наслідок для довжника перехід у кредиторове володіння й користування, але не порядкування. А втім, застава особиста, у міру того, як розвивалися та ускладнювалися життєві стосунки, спрокволяла виходила з ужитку. При наймені за довід для цього з'являються джерела давньо-руського права. А саме, вже з XIV в. з'являються обмеження, що стосуються приймання в заставу закупів або заставників і взагалі людей, належних до певної верстви в державі, бо це суперечило їхнім державним повинностям. Такі обмеження вміщували, звичайно, як умови, коли складали договори поміж собою та з новгородцями³⁾. В XVI й XVII вв. ми здібасмо пряму вже заборону як самовідчуження, так і взагалі оддавання осіб у заставу кимось іншим⁴⁾. Через показані обмеження застава особиста заховувала своє значіння тільки в такому вигляді: селян, як кріпаків, що були принадлежністю заселеного маєтку, могли заставляти їхні власники⁵⁾.

З скасуванням кріпацтва про особисту заставу не може бути, звісно, й мови. Через те, що особиста застава, як засіб забезпечити позику, була ненадійна і не завдовольняла потреб спільногожиття, які з бігом часу розвиваються, в XV-му вже столітті здібасмо в пам'ятках старого звичаєвого права інститут застави маєткової, себ-то як засіб суто маєткового забезпечення зобов'язаннів. Зміст оцих пам'яток показує, що з XV в. заставне право в звичаях

¹⁾ Арт. 75 Христ. по ист. рус. права Влад.-Буданова, вид. 1885 р., стор. 60.

²⁾ Проф. Загоровський, Историч. очеркъ займа по русскому праву до конца XII стол. Проф. Владимирскій - Будановъ, Обзоръ исторії русскаго права, стор. 265 і дал. Пор. арт. 70—73, 75 і 101 Руської Правди (Христом. по истории Рус. Пр. Владим.-Буданова, стор. 58—61 і 80). Протилежного погляду додержується Неволін (Исторія Россійск. Гражд. Зак.) Пор. Ясинський, Закупы Русской Правды и памятниковъ западно-руссаго права.

³⁾ Собр. Госуд. Грам. и догов. Румянцева, ч. 1, гр. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10, 15, 27, 29, 33, 35, 40, 45 і ии. Див. Мейеръ «Древнее русское право залога», стор. 8, 9 і падто примітку 33.

⁴⁾ Судебникъ Ioanna IV, 1550 р. арт. 82: «А кто займетъ сколько денегъ въ рость, и тѣмъ людемъ у нихъ не служити ни у кого, жити имъ о себѣ: а на деньги имъ рость не давати». Соборн. Приговор 1584 липня 20 (Собр. Гр. и догов., ч. 1, № 292, стор. 595).

⁵⁾ Ак. Юрид. № 241, 242, 244, 254. Допол. къ Ак. Истор. т. 2, № 56, гр. IV.

виявляється у двох основних формах. Поруч так званої стародавньої форми вживали другої форми застави — новітньої. До їхнього розгляду ми й переходимо.

2) Литовський Статут.

Основне джерело литовського права — Литовський Статут одрізняє заставу нерухомості й рухомості¹⁾. Звичайною формою застави нерухомості, за доби Литовського Статуту, є застава з передачею заставоемцеві володіння й користування²⁾. Але надаючи заставоемцеві право володіти заставщиною, Литовський Статут закріплює за ним це право через оборону його проти власника-заставника, зобов'язаного «очищати» його або винагороджувати, коли неможливо очистити. Вся суть «застави» — заставної угоди полягає у тому, що заставоемець здійснює права користування. Тим застава й відрізняється від закладу. Вона є не тільки засіб забезпечувати борг, але з неї засіб брати відсотки (ріст). Щоб установити заставу, потрібний запис. Адже, заставщину можна було викупити, а викупу для зацікавленої сторони можна було дійти тільки маючи в руках писану угоду. Термін застави (залога) встановлюється за згодою сторін. Коли з настанням строку заставник не викупив заставщини, то які наслідки, з погляду Литовського Статуту, такого невикупу? Чи обертається в такому випадкові застава на право власності для заставоемця? Треба визнати, що за Литовським Статутом закінчення застави з прострочкою довгу (невикупом) ніколи не настає; для заставоемця й його наступників заховується, мовляв, таке саме право володіння й користування, як і до прострочки, а для заставника-власника та його наступників вічисте право викупу. Цей висновок випливає з змісту одного артикула Литовського Статуту.

«Як-би один одному щось заставив на призначений в угоді термін і на цей термін не викупив, то заставоемець має право володіти тою заставою до другого такого терміну на підставі запису. А втім, на випадок смерті заставника й невикупу їм застави, таке право викупу надежить, не зважаючи на зазначені у записові термін, дітям, братам чи іншим найближчим його родичам»³⁾.

¹⁾ Ми маємо на увазі перевести дослід пад питанням про заставу, за Литовським Статутом трьох редакцій, себ-то 1529, 1566 та 1588 років.

Покликуюмося ми на Литовський Статут у виданні московського «Об-ва історії и древностей Россійскихъ». Пор. і «Литовський Статут (1588 г.) въ Московскомъ переводѣ-редакції» (Лѣтопись занятій Археографической Комиссіи за 1915). Вип. 28, изд. 1916 г., стр. 1—395.

²⁾ Литовський Статут 1-а ред. розд. X, арт. 11 — 2-а ред. розд. VII, арт. 19. В перекладі: «як-би хто кому застановив нерухоме майно або землю і, не заплативши грошей, одібрав його назад, той повинен заплатити «гвалту» 12 карбованців, усі штрафи... так само повернути всі прибутки, що належали заставоемцеві... Порівн. «Литовський Статутъ въ Московскомъ переводѣ-редакції, ст. 7, гл. 14, 19» («Лѣтопись занятій Археограф. Комиссіи за 1915 г.», изд. 1916).

³⁾ 1-а ред. розд. X, арт. 5 і 10 — 2-а ред. розд. VII, арт. 15 — 3-я ред. розд. VII, арт. 14. Див. Владимицкій-Будановъ «Заставное владѣніе», стор. 3, 8 (Арх. Юго-Западной Россіи, ч. 8, том. VI).

Отож, вказані наслідки невикупу в строк зміцнювали права заставоемця-заставного державця, але не викликали обернення його володіння на власність, не закінчували заставного володіння.

Не можна не згадати, що за доби чинності Литовського Статуту вживалася форма застави нерухомості, що при цій наставали оці наслідки. Це застава «підъ страченъемъ», «на упадъ», себ-то за умовою, що власник-заставник коли не викупить на термін заставщини, зобов'язується надати заставоемцеві повне право на заставщину. Проте і в цьому випадкові подібне право заставоемця обмежується інтересами дітей або родичів заставника, померлого до настання терміну викупу, зазначеного в записові. Вони здобувають право викупу й після скінчення строку¹⁾.

Що-до застави рухомості, то, згідно з Литовським Статутом, заставлена рухомість переходить на власність заставоемця, а не на користування. Кредитор, що взяв у заставу рухомість, обумовлює відсотки грошима, виплатою грошової суми; користування-ж рухомістю мало-б зменшення цінності заставленої речі. Нарешті, володіння рухомістю, без користування нею, не важко здійснити.

Але коли під час застави рухомості заставоемець одержує тільки право володіння річчю, то які-ж наслідки, коли заставник не викупив заставщини в призначений строк? У Литовському Статуті, принаймні 2-ї та 3-ї редакцій, відносно цього ми зустрічаемо дві форми наслідків прострочки. Так, коли запис, або взагалі умова, не передбачали наслідків прострочки, в тому напрямкові, що заставник втрачує річ на випадок невикупу ним у строк, то, за загальним правилом, заставоемець з дозволу суду повинен продати заставлену рухомість і надлишок з уторгованої суми віддати заставникові. Але в Литовському Статутові немає постанов про те, що заставоемець, на той випадок, коли уторгованою від продажу речі сумою не буде сплачено боргу, має право виправляти суму, якої бракує, з решти майна заставникового. Інакше кажучи, з погляду Литовського Статуту, застава має характер спеціальності; заставоемець повинен завдовольнятися тільки-но об'єктом застави, проте, з другого боку, надлишок, що залишився від уторгованої суми після того, як сплачено суми боргу та втрат, що сталися, він передає заставникові. При заставі безстрочній суд призначає строк у чотири тижні для викупу, і на випадок, коли заставник не викупить заставної речі в цей строк, настають ті-ж наслідки²⁾.

¹⁾ 1-а ред. розд. X арт. 9. — 2-а ред. розд. VII, арт. 18 — 3-а ред. розд. VII, арт. 21.

Згідно з точним розумінням розд. X артикулів IX Литовського Статуту 1529 р. і розд. VII, арт. 18 Статуту 1566 року, заставоемець у даному випадкові повинен сповістити родичів заставника й пропонувати викупити маєток, якщо протягом року ніхто з родичів не викупає, заставоемець вступає в право власності («вечно тое іменье одержитъ»).

Пор. Литовський Статут въ московскомъ переводе-редакції отъ 7 гл. 21 (Лѣтопись занятій Археографической Комиссии за 1915 годъ, Вып. 28, стр. 258).

²⁾ 2-а ред. розд. VII, арт. 20 — 3-я ред. розд. VII, арт. 28. Таким чином, Литовський Статут 1529 р. не передбачає застави речі рухомої «не на упадъ».

Коли-ж сторони передбачили наслідки прострочки, в напрямкові того, що заставник віднаде права на річ, при невикупу в строк, то, коли заставник не сплатить боргу в призначений строк, наслідком є повернення речі на власність застовоемця. «Так если-бы кто кому заставилъ рухомую речь на рокъ подъ страченемъ..... можетъ тые речи обернути, кгда хочеть, ку своеї потребѣ на вѣчность»¹⁾). Отже-ж, за Литовським Статутом, застава як нерухомості, так і рухомості супроводиться передачею володіння застовоемцеві, причому при заставі нерухомості йому належить і право користування; в разі прострочки, застава для застовоемця не встановляє права власності на заставлену нерухомість і не доводить до продажу нерухомого маєтку, а залишається заставою на віки, себ-то аж до викупу²⁾). Під цією вічною погрозою викупу всі речові права, однаке, перебувають у розпорядженні застовоемця. Такі наслідки настають при заставі «подъ страченемъ», «на упадъ», хоча й у цьому випадкові спадкоемці заставника мають право здійснити викуп протягом, здавалось-би, певного строку. Тільки відносно рухомості застава, на випадок прострочки, призводить до продажу речі й до повернення заставодавцеві надлишку від уторгованої суми; але при заставі рухомості «подъ страченемъ», «на упадъ», таких наслідків нема; заставлена річ у цьому випадкові, в разі прострочки, обертається на власність застовоемця. Однаке застава, за Литовським правом, не є інститут *sui generis*, властивий тільки цьому праву.

Істотна, типова, риса застави за Литовським правом полягає в тому, що слідом за прострочкою йде не обертання заставленого майна на власність застовоемця, ні продаж його, а тільки продовження користування на попередніх умовах аж до сплати боргу. Від цієї нормальної форми застави відрізняється друга форма застави «подъ страченемъ», «на упадъ», яка цілком нагадує стародавню форму застави за руським звичаєвим правом і західно-європейським правом.

3) «Сводъ правъ, по которымъ судится малороссійской народъ».

Як відомо, Литовський Статут містить у собі виклад національного права народу; ним протягом мало не двох століттів користувалася Україна, як своєю основною пам'яткою права. Він став за джерело, з якого позичені були матеріали для складення т. зв. «Свода правъ, по которымъ судится малороссійской народъ». Але oprіч постанов, запозичених з Литовського Статуту, у цій всеzбирці

¹⁾ 1-а ред. розд. X, арт. 8—2-а ред., розд. VII, арт. 17 — 3-я ред., розд. VII, арт. 27.

У статуті 1566 року є вимога оповістити уряд: «оповѣдавши вряду». Пор. «Литовський Статутъ (1588 г.) въ московскомъ переводѣ-редакції», ст. 7, гл. 27—28.

²⁾ Див. «Архивъ Юго-Западной Россіи» ч. VI, т. I, акт LXI (стор. 162), ч. VIII, т. 6, акт VIII (стор. 44), акт XLVII (стор. 130): «А есть ли бых на тотъ рокъ и часть пану (кредитору) тыхъ пинезей не отдалъ, тогда маst пак держати год отъ году, так же и далей рок за роком идучи».

міститься чимало норм, заснованих на стародавніх українських звичаях. Ідеї права Литовського Статуту у всезбірці значно розвинулися або одмінилися в дусі стародавніх звичаїв України. Інакше кажучи, вони були докладніше з'ясовані, відповідно до вживаних звичаїв, цієї всезбірки в своїх цитатах та покликуваннях на джерела дуже часто містять вислів «звичай» взагалі, як виправдання певного твердження, або навіть покликуються на спеціяльний звичай. Просто кажучи, звичаї не стільки стали за джерела, з яких позичувано твердження всезбірки, але вважалися за те, неписане право, що до нього повинні були вдаватися суді, коли писане право не дає на даний випадок відповіди. Якщо при цьому взяти на увагу, що ця всезбірка, не набувши сили, поширилася на Україні, то цілком до речі буде докладніше з'ясувати суть заставного права з погляду зазначеної всезбірки. Такий спосіб досліджування дає нам змогу докладніше та виразніше визначити звязок чинного (живого) звичаєвого права України з стародавнім звичаєвим правом у розглядуваній справі.

У всезбірці містяться постанови, що визначають суть застави маєтностей нерухомих (маєтків) та речей рухомих.

Сенс цих постанов приневолює зробити такий висновок, що застава нерухомих маєтностей за всезбіркою нагадує т. зван. ältere Satzung германського права, або французький engagement. Інакше кажучи, всезбірка встановлює заставу нерухомості в формі безпосереднього передавання цієї нерухомості заставоємцеві, який при цьому звичайно користується плодами з заставленого йому майна¹⁾.

Володіння заставоємцеве майном буває звичайно строкове. Які-ж наслідки прострочки? На це запитання відповість дає п. 3 артикулу 20 розділу XVI. Згідно з наведеним пунктом, на випадок прострочки заставника й невикупуним заставленого маєтку заставоємцеві надається право продовжити володіння цим маєтком протягом строку, призначеного в заставній (позичковому записові). Як він не схоче здійснювати це право й вимагатиме, щоб заставник виплатив йому довг і прийняв од його заставлений маєток, то суд признає певний строк на виплату заставникового довгу й викуп заставленого маєтку. Як заставник не виплатив довгу й на цей строк, заставлений маєток продають, причому надлишок, що залишається після виплати довгу, повертають заставників; якщо для виплати довгу уторгованої суми не стає, заставоємцеві надається право виправляти недостатню суму з заставника («того истець паки на немъ или на его персонѣ доходить силенъ будетъ»²⁾).

Такий висновок виходить з точного розуміння наведеного пункту, що в ньому є покликування на п. 2 артикулу 12 того-ж розділу, як основу для розвязання

¹⁾ Ст. 1 артик. 20, розд. XVI. Проф. Кистяковський «Права, по которымъ судится малороссийскій народъ».

²⁾ «.... если бы же сверхъ долга за тѣ проданные вещи было что взято, тое отдать должнику»... (п. 2, артик. 12, розділ XVI).

питання про наслідки прострочки й невикупу в строк, що його призначив суд¹⁾). Однаке, як узяти на увагу те, що за джерело цитованого вгорі пункту є § 2 Артик. 14 Литовського Статуту, який передбачає наслідки прострочки, вказані саме в пункті 2 артикулу 11 всезебірки, то покликування в усезебірці на пункт 2 артикулу 11 треба вважати за помилку. Виходячи-ж з такого тлумачення, треба зробити висновок, що коли заставник не виплатив довгу на строк, призначений од суду, заставленій маєток обертається на володіння заставоемцеве («если бы уже тотъ, кто въ семъ долженъ, выкупить своея вещи не могъ, то оную вѣритель вовся владѣть имѣеть»²⁾). Такі ось, здавалося-б, нормальні наслідки прострочки по заставній на нерухомість.

Та є в усезебірці й інша форма застави нерухомого майна, а саме «на строкъ на упадъ, то есть подъ потеряніемъ»³⁾.

Як наслідок прострочки застави «на строкъ подъ потеряніемъ — на упадъ» є заставника втрати права на викуп заставленого маєтку. Якщо заставник, коли закінчиться шестero тижнів, що їх призначив суд на викуп, заставленого маєтку не викупнає, він утрачає будь-яке право на такий викуп, а маєток обертається на власність заставоемця. Але прикмета розглядуваної форми застави, за всезебіркою, полягає в тому, що на цей випадок маєток передається заставоемцеві з певним обмеженням, а саме — в розмірі боргової суми; інакше кажучи, якщо вартість заставленого маєтку, згідно з судовою оцінкою, перевищує суму довгу, то надлишок, що утворюється через різницю між судовою оцінкою й сумою довгу, повертається заставникові⁴⁾). Таким чином, об'єкт застави переходить у власність заставоемця, при заставі «на упадъ — подъ потеряніемъ» у сумі довгу, а ніяк не без відношення до самої цінності його. Разом із тим і на цей випадок спадкоемцям заставника, якщо останній помере, належить право викупу заставщини навіть і після упливу строку, що його призначено в записові⁵⁾.

¹⁾ «Буди же и на тотъ срок оного имѣнія своего зъ закладу должникъ не выкупитъ, то въ томъ поступать съ нимъ, какъ выше сея главы въ артикулѣ 12, пунктѣ 2, показано».

²⁾ Пункт 2, артик. 11, розділ XVI. Із змісту цього пункту видно, що заставникові й його спадкоемцям належить право викупу. Такий висновок стверджується змістом п. 4 артик. 20, розд. XVI.

³⁾ Пункт 1, артик. 23, розділ XVI: «... если на томъ строкъ не выкупитъ, и за пропаштіемъ оного срока выкупить бы не могъ, таковому надлежить въ судѣ означить три сроки по двѣ недѣлѣ до викупу, буди же оный должникъ и до шести недель не выкупитъ, въ ту пору поступать, какъ о томъ въ слѣдующемъ артикулѣ, пунктѣ первомъ, сказано».

⁴⁾ Пункт 1, артик. 24, розд. XVI: «Когда бы чие имѣніе изъ суда было дано въ закладъ до именного срока подъ потеряніемъ, за долгъ напримѣръ въ двадцати рубляхъ, а тое имѣніе стояло бы большої суммы, напримѣръ шестидесяти рублей, оний же бы должникъ не токмо на положенній въ записѣ строкъ, но сверхъ того по шести недѣляхъ не выкупилъ, то послѣ уже того имѣнія и викупать не можетъ, однакожъ кредиторъ долженъ ему доплатить столько денегъ, сколько то имѣніе по оцѣнки судовой долговой сумму превосходить будетъ».

⁵⁾ Пункт 2, артик. 23, розділ XVI.

Властивість усезбірки полягає в тому, що при заставі нерухомості прибутки від заставленого маєтку зараховуються тільки до відсотків на позичену суму; кредитор набуває право володіння й одночасно право користування з маєтку, аж поки поверне довг заставник; що-до цього позика, за всеzбіркою, нагадує собою форму старогерманської застави «unabniessendes Pfand» або середньовічної французької «Mortgage». Однаке, є в усезбірці й інша форма застави, що її вживали й за старогерманської доби, а саме так зв. «Todtsatzung», коли економічна користь, прибуток, який, через користування маєтком, складався із плодів-прибутків і який одержував кредитор, зараховувало до вартості стовпа (капіталу)¹⁾.

Інакше кажучи, на цей випадок, за всеzбіркою користування, з розсуду сторін, не зараховувано до відсотків на позичену суму, а погашало її.

Що-ж до рухомості, то з погляду всеzбірки при заставі рухомого майна заставоемець набуває тільки право володіння заставою, але не користування²⁾. Відміна застави рухомості від застави нерухомості виявляється в правних наслідках прострочки по заставній. Так, на випадок застави рухомості на строк, заставник повинен викупити заставлену річ — з настанням строку й на кінечний випадок протягом шістьох тижнів по упливи строку; коли він не викупив заставщини в призначений строк, заставоемець має право продати заставщину, сплатити довг уторгованою від продажу сумою, а надлишок повернути заставникові, який через те саме вже позбавляється права заявляти будь-які претензії за своє майно. Коли-ж уторгована від продажу сума не покриває довгу, на заставникові лежить обов'язок поповнити недоплату³⁾.

Такі-ж наслідки прострочки настають і при заставі рухомості без строку, на випадок, коли не викупить його заставник протягом чотирьох тижнів, що їх призначив суд на заставоемцеве прохання⁴⁾.

4) Кодекс місцевих законів західніх губерень.

Кодекс місцевих законів західніх губерень відрізняє заставу нерухомості і заставу рухомості. Передача нерухомості у володіння й користування кредитора звуться «застава», а саме зобов'язання, що його вже закріплено — заставною угодою (§ 895). За силуо заставної угоди, нерухоме майно, що дается на забезпечення зобов'язання, переходить у користування того, хто його бере на забезпечення, з наданням йому права користатися заміст відсотків з суми, що він дав, з прибутків від цього майна аж до викупу його у визначений в угоді термін. Ця «заставна suma» повинна бути

¹⁾ Пункт 2, артик. 19, розділ XVI.

²⁾ Пункт 1, артик. 36, розділ XVI: «если бы кто кому хотѣлъ вещи движимые въ закладъ дать... тогда имѣетъ самъ присягнуть, что оними вещами не користувался и въ свою прибыль онихъ не употреблялъ»...

³⁾ Пункт 1, артик. 25, розділ XVI.

⁴⁾ Ibidem, пункт 1.

помірною до прибутків маєтку; у противному разі той, хто віддав маєток у заставу, може виговорити собі право на додаткову платню — аддитамент.

Таким чином, суть застави нерухомості за кодексом законів полягає в тім, що нерухоме майно, що його в заставу віддали, переходить у володіння та користування заставоемцеве. Проте користування з прибутків од заставленого маєтку заставоемець здійснює, замість відсотків од заставної суми їх одержуючи.

Проте чи не обмежується та в чому саме право заставодавця що-до порядкування заставленим маєтком? Згідно з точним розумінням § 985, заставодавець (власник) може передати право власності на заставлене майно іншій особі, але-ж така передача не повинна порушувати прав власника застави протягом зазначеного в заставній угоді терміну.

На власникові нерухомості лежить обов'язок виправдати заставне майно, коли сторонні особи заявлятимуть претенсії. Борги, що на маєткові числяться, повинні бути розподілені поміж заставоемцем та власником у самій угоді.

Що-до заставоемця, то, після того, як складено заставну угоду і передано заставну суму (заставу) заставодавцеві, він (заставоемець) ув'язується у володіння заставленого маєтку на визначений в угоді термін. Коли заставний державець, зрікаючись прийняти суму, що йому дается за заставу, і яку вносить винуватець у свій термін, залишає маєток за собою, він utracaє право одержувати прибутки за цей час. Проте до настання терміну він не зобов'язаний приймати позичену суму від заставоемця та йому повернати заставлене майно. Тільки у випадкові смерті заставодавця до скінчення терміну застави спадкоємцям його належить право сплатити позичену суму, і до настання терміну вимагати повернення маєтку.

Заставний державець у заставленому маєткові може переводити всякі по-лішення, будувати будинки, і за них він одержує після закінчення угоди платню від власника. Разом з тим на нього покладається обов'язок зберегати майно в добром стані і пильнувати точного справлення усіх податків та повинностів. Особливість кодексу в тім полягає, що він припускає цессію заставного права. Заставний державець має право переписати заставне володіння іншій особі, оскільки вона може володіти заставним маєтком. Про таке переписування, коли воно відбулося, треба скласти окремого акта. Що-ж до права заставодавця про перезаставлювання, то засада першочергства визнається у повній мірі і для застав: тільки та застава, що її записано в актові книжки раніше од інших, уважається за дійсну.

З настаним терміну заставної угоди власник повинен сплатити заставну суму заставному державцеві, а цей — повернути маєток його власниківі.

Але-ж які наслідки прострочки заставної угоди? Згідно з точним розумінням § 998 Кодексу, якщо спізнюються заставодавець, заставоемець дістає право вимагати належну йому суму через суд і одержати завдоволення правіжки на підставі правил про цивільні правіжки.

Кодекс Законів не містить правил про застави «на упад», тобто з умовою втрати маєтку на випадок його невикупу в термін. Проте той-же Кодекс сконстаторує факт існування в давні часи таких самісінських застав, що вийшли з ужитку через те, що вони були важкі для винуватців¹⁾.

Отже, все вищезгадане²⁾ приневолює зробити висновок, що за Кодексом місцевих законів західніх губерень застава нерухомості не має характеру відчужування; вона відтворює стародавню форму заставного права, що відома іншим законодавствам: заставоемець одержує на час діяння застави право володіти й користуватися заставленим майном, хоча-б навіть замість відсотків, але жадним способом не право власності на нього. Володіння за заставною угодою не перетворюється на право власності навіть за силою давності³⁾.

Як-же виглядає застава рухомості в Кодексі місцевих законів?

Передовсім Кодекс розрізняє заставу рухомості з умовою втрати її в разі невикупу в термін («на упад»), з одного боку, і без такої умови, з другого боку. Проте як за першою, так і за другою формою застава звязується з володінням заставоемця: він повинен зберегати заставлене рухоме майно в цілості, і в разі втрати його відповідає, як поклажоемець. Точне розуміння постанов Кодексу (§ 886) допроваджує до того висновку, що заставоемець, володіючи заставленим майном, не має права з нього користуватися. Вийняток зроблено тільки що-до робочої худоби: її можна брати до роботи; проте, коли робоча худоба загине навіть не з вини заставоемця, власник застави набуває права знизити суму боргу до половини, а, незалежно від цього, йому позикодавець повинен оддати шкуру худобини, що загинула.

Поруч з цим Кодекс установлює різноманітні наслідки прострочки боргу, залежно від тої чи іншої форми застави рухомості. Так, коли застава дается за умовою втрати («на упад»), невикуп у термін тягне для заставоемця право власності на заставлене майно на підставі відповідного дозволу од суду.

Навпаки, коли застава рухомості переводиться без умови втрати, заставоемець, в разі невикупу винуватцевого заставленої речі в термін, набуває права вимагати, за дозволом од суду, продажу цієї речі, щоб завдовољнити свою претенсію⁴⁾.

Отже і застава рухомості за кодексом утворює ті-ж самісінські наслідки, що й заставне право на нерухомість. Заставоемець має право володіти заставленим майном, а в інших випадках і користуватися з нього; право-ж власності для нього настає, як наслідок прострочки винуватця і то тільки коли є така умова в самій угоді.

¹⁾ § 978 прим. 2: «Въпрежнее время сверхъ того существовали такъ называемыя заставы на упадъ, т. е. съ условиемъ потери имѣнія въ случаѣ невыкупа его на срокъ. Заставы сіи какъ стѣнительныя для должниковъ вышли сами собою изъ употребленія».

²⁾ § 967 - 999.

³⁾ § 987.

⁴⁾ § 882; 886 - 888.

II. Джерела північно-східнього старо-руського права.

1. Стародавня форма.

На основі заставних, що од стародавніх зберегалися часів, ми можемо зробити висновок, що суть стародавньої форми застави полягає ось у чому: власник заставщини втрачає право володіти нею доти, аж доки виплатить суму довгу; право володіти предметом застави протягом цього часу належить заставоемцеві. Та чи може заставоемець користуватися застовою? Мейер у своїй розвідці доводить, що право користуватися заставщиною, яке належало заставоемцеві, походило з самої сути застави, за силою, буцім-то, права власності заставоемця на предмет застави¹⁾. Але з цією думкою навряд чи можна погодитися. Ми ладні гадати, що первісно заставоемець, як правило загальне,— володів заставщиною, але не міг нею користуватися; допіру згодом визнано за можливе вміщати в заставних умову про заміну відсотків (росту) користуванням. Стверджувати наш здогад може вираз, що звичайно сторони містять у заставних грамотах: «а на тѣ деньги (кредиторові) та пожия» (взагалі заставлене майно), «за ростъ косити» «за ростъ пахати»²⁾.

Отож, право користування (орати) було наслідком умови про ріст, а не становило невід'ємної принадлежності заставного права. Заставоемець при стародавній формі володів заставщиною і одержував певні відсотки за позичений капітал. Через те, що потім (у XVII в.) заборонено було брати відсотки за позики³⁾, то умови про заміну відсотків на користування мали були переважно вживати; тим-то й брали за ріст, бо не можна було обумовити відсотків⁴⁾. Але заставоемець, володіючи заставщиною, не має права нею порядкувати, не єсть її власник. Право власності для заставоемця, як видно з змісту заставних, повстає тільки з того моменту, коли заставник не виконає умови: «а не будуть деньги на срокъ, ся кабала на ту пожину и купчая грамота», з моменту-ж установлення застави й досі про право власності заставоемця на заставщину не може бути й мови⁵⁾. Та, певна річ, такий наслідок прострочки (невиконання) довжника, з розсуду сторін, можна було замінити на якусь іншу умову; власне, з змісту деяких заставних стародавнього часу виходить, що кредитор, коли довг не сплачено було на строк, не набуває

¹⁾ Древнее русское право залога, стор. 30—32.

²⁾ Ак. Юрид. № 236—237, 240—242; Ак. Истор. т. 1, № 157.

³⁾ Пор. і Уложеніе 1649 р., розд. X, арт. 255.

⁴⁾ Инакше гадас Гантовер у своїй праці «Залоговое право», ч. 1, стор. 28, 29, 31, 88, 279, 300.

⁵⁾ Ак. Юрид. № 232, 234, 236, 349, 254; Акты, до юридич. быта относящиеся, № 95. У заставний Івана Ухтомського (А. 10, № 242) замість повернути, при прострочці, предмет застави на власність заставоемцеву, обумовлено виплату йому подвійної суми; а в заставній, поданий у додатк. до Ак. Истор., т. II, № 56, гр. IV, на такий випадок призначено приплату, як штраф, 500 карб. над суму застави.

права власності, а задержує за собою саме володіння заставщикою «по старині», «по прежньому»¹⁾; а в деяких випадках заставник замість надавати, на випадок своєї несправности, право власності заставоемцеві, обов'язується платити певні відсотки²⁾). Стародавня форма заставного права не тільки забезпечує правину заставоемця, ба й надає йому право володіти, а згодом і право користуватися з предмету застави. Коли заставник виплачує довг у строк і винагороджує заставоемця за полішнення, що той поробив, то заставщина повертається назад до рук заставникові³⁾). Маючи на увазі оцю форму застави, ми не можемо погодитися з прийнятою загально в правничій літературі думкою, буцім-то до початку XVIII в. старо-руське право заставне позначено характером відчуження⁴⁾). Одмітна стародавньої форми руського заставного права риса — це володіння, що передається заставоемцеві, а не відчуження. Заставне право в стародавньому правничому побуті не мало характеру відчуження через те, що тимчасове володіння кредитора переходило на власність не раніше од прострочки довжника.

Проф. Мейер наводить три заставні на потвердження того, що заставоемцеві належало не тільки право володіння, ба й право порядкування (власності), заставщикою, як от право відчужувати предмет застави, по-перше міною⁵⁾.

У випадкові, що зберігся до нас, такої міни заставоемець — Кирилів монастир — складає з князем Шелешпальським договір міни, причому закінчення договору кладеться в залежність од наступну особливої умови — викупу заставниці у монастиря⁶⁾). Але річ у тім, що заставоемець міняє вотчину за згодою заставників (своїх родичів). Входить, у наведеному випадкові застави про самостійне право заставоемця, про його право відчужувати, не може бути й мови: характерна права власності риса і єсть саме безумовність, незалежність його од волі іншої, окрім самого хазяїна, особи.

Далі Мейер припускає, що кредитор міг відчужувати заставу через дальшу заставу. Випадок дальшої застави є в заставній р. 1559, яку дав князь Пронський Кириловому монастиреві. За суму триста карбованців заставляється вотчину, що заставив князь Ухтомський князеві Пронському. Заставний договір складають на рік, причому обумовлюють, щоб, коли призначений у заставній строк скінчиться, заставникові надано було право викупу. Але умову встановлюють сторони, може бути, через те, що подібну й умову заведено до дого-

¹⁾ Акад. Юрид. № 237, 240, 241, 244.

²⁾ Ак. Юрид. № 243, гр. I й II.

³⁾ Ак. Юрид. № 243, гр. I й II.

⁴⁾ Мейеръ «Древне-русское право залога» стор. 6 і далі, і взагалі проводить цю думку в своїй дисертації; див. так само його Кур'є Гражд. права, вид. 1894 р., падто стор. 429—432. Гантоверъ «Залоговое право», стор. 28 і взагалі ч. 1 його праці. Пор. Удинцевъ «Исторія займа», стор. 95, 102.

⁵⁾ Ак. Археограф. Эксп., т. I, № 74, гр. III.

⁶⁾ Мейеръ, н. пр., стор. 33.

вору, який склали Пронський з Ухтомським, або через те, що строк викупу для Ухтомського, за першим заставним договором, повинен здати пізніше, ніж за рік. На підтвердження тієї думки, наче-б у розглядованому акті мова про те, що кредитор заставляє вотчину, яку заставила йому друга особа (про дальшу заставу), Мейер наводить автентичні слова у заставній: «закладное село, что мне заложил». Але, як справедливо зауважує проф. Владимиристський-Буданов, вислів «закладное село» може означати не те, що село заставлено довірниківі, котрий, не вважаючи на це, робить дальшу заставу, а те, що село, яке третя особа заставила довірниківі, перейшло на довірникову власність, бо довжник не виконав свого зобов'язання. Одержанши-ж право власності на заставщину, заставоемець може відчужувати її яким-завгодно шляхом. Та й справді, такий випадок цілком можливий. Яким-же терміном схарактеризувати предмет застави? Ми прямо кажемо, що в розглядованій заставній вислів «закладное» єТЬ те, що й просточене по заставній. Отож, на основі зазначененої грамоти не можна зробити висновку, що заставоемець, при стародавній формі застави, може порядкувати заставщиною. Зауваження Мейерове, що згадка Пронського за грошову суму, в якій йому заставлено отчину (при тому розумінні, що ми припускаємо для вислову «закладное село»), була-б цілком зайва, коли-б давній заставний договір більш не існував¹⁾, не може мати значіння через те, що в стародавньому побуті правничому в угорах частенько вказується не тільки спосіб набування предмету угоди²⁾, але й ту саму суму, за яку майно набуто³⁾, так само, як часто згадується про те, од кого майно перейшло до володільця⁴⁾. Нарешті, Мейер, на основі одного акту, робить висновок, що заставоемцеві належало право всяким способом відчужувати предмет застави. Подивімось, чи справді цей акт може підтвердити такий висновок? Зазначений акт являє собою духовну грамоту Василя Шкуля 1571 р. Шкуль, бувши заставником, у своїй духівниці наказує спадкоемцеві-манастиреві — викупити заставлені рухомі й нерухомі статки, коли вони будуть на лиці в руках заставоемця: «а иѣтъ закладу у него въ лицахъ.... за закладъ деньги взять»⁵⁾.

Загальне означення — «если залоги будутъ въ лицахъ у заемодавца» — дозволяє нам, — каже Мейер, «припустити з його боку як- завгодно вивлащення» (відчуження: продаж, міну, заставу). Та навряд чи можна з цим погодитися. Справді, вислів «а иѣтъ у него (вѣрителя) того закладу въ лицахъ» можна тлумачити вдалекому від вивлащення розумінні. Отож, що-до рухомих речей і таких предметів, як, наприклад, тварини, ми маємо право припустити, що вони не могли бути в «лицахъ» одно тому, що вже не існують, а не через те, що їх вивластив заставоемець. Інакше кажучи, вислів «в лицах», на нашу думку,

¹⁾ Мейеръ, наз. пр., стор. 33, 34.

²⁾ Ак. юр. №№ 240, 242.

³⁾ А. юр. №№ 409, 413, 414—415; так само А. ю. № 71, гр. IX, XVI, XXVI, XXVIII.

⁴⁾ Ак. юр. № 71, гр. III, XVIII, XXX і ін.

⁵⁾ Акты юрид. № 422.

рівнозначний вислову «на лицо» для рухомих речей і «въ живыхъ» для живітних предметів. Такі є доводи, що їх навів Мейер, на підтвердження того, що застава за давніх часів у нас мала характер відчуження, вивлащення. Розглянувши їх, ми гадаємо, що навряд чи можна, на підставі заставних (листів), і взагалі стародавніх актів отчизного права, прийти до такого висновку.

Тільки р. 1558 дав Іван IV відрочення в платежі боргів незабезпечених, а другого року його поширене було на борги з позик, забезпечених заставою вотчин. Згадана постанова¹⁾ встановлює для кредитора володіння й користування майном протягом п'ятьох років²⁾, а на випадок, коли довжник не виконав зобов'язання протягом зазначеного часу, кредитор затримує володіння вотчиною «постаринѣ». За право ж власності кредитора, коли встановлюють заставне право, в цій постанові вказівок немає³⁾.

На підставі вищевикладеного, ми повторюємо, що суть давньої форми заставного права на нерухоме майно полягає ось у чому: заставоємець здобуває право володіти і (згодом) право користуватися (замість відсотків) заставникою на строк, а право власності тільки-но на випадок прострочки⁴⁾.

При цьому характерна риса даної форми заставного права є те, що відповідальність заставодавцева поширюється тільки на заставлене майно, не торкаючися іншого майна. За довід на це правлять ті заставні, що в них заставодавець точно визначає межі заставленого майна⁵⁾.

Нарешті, це виявляється з змісту арт. 85 Судебника (Царського) «о вотчинах»: у ньому мова мовиться за те, що сума довгу не має перевищувати вартості заставної отчини; інакше надлишок втрачає кредитор: «а что тот (кредитор) денегъ въ займы далъ лищеъ болши той цѣны, чего та вотчина стоитъ, и у того тѣ деньги пропали».

Погляд, що ми його були висловили, на суть давньої форми заставного права, знаходить повне підтвердження в пристосуванні до рухомостів.

Вже з Ісковської Судної Грамоти видно, що за предмет для застави могли бути: коні, зброя, вбрани, «или іное што незрячее и животное»⁶⁾, так само й прибутки⁷⁾. Трохи пізніше, а саме в XVI віці, всяке рухоме майно було за предмет застави⁸⁾. Суть давньої форми заставного права на рухомості

¹⁾ Указъ 1558, Января 11 Ак. Истор. т. 1 № 154, гр. IX.

²⁾ Ibidem «а у него в ту же пять лѣтъ тое вотчину за ростъ пахати».

³⁾ Див. Уложеніе 1649 р., гл. XVII, арт. 33, 38—40.

⁴⁾ Такої думки додержується у своїх дослідах Кассо «Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ», Удинцовъ «Подписька въ вѣрѣ» (къ ученію о древне-русскомъ залогѣ), Сборникъ статей по истории русского права, посвященный Владимірскому-Буданову, стр. 275—298. Звоницкий «о залогѣ по русскому праву». Гантоверъ «Залоговое право» інакше гадає. Пор. Удинцовъ «Исторія займа», стор. 96.

⁵⁾ Ак. Юрид. № 232, 233, 236—238, 241—242, 249; ⁶⁾ Ар. 31.

⁷⁾ Арт. 43 «а которой котечник заложить весну» себ-то прибуток з рослин.

⁸⁾ Дополи. къ Ак. И. т. I, № 51, гр. VIII, № 154, прим. 35; А. Ю. № 422 і 428; Собр. грамотъ и договоровъ Румянцева, ч. 1, № 131, ч. II № 53.

та сама, що й на нерухомості. Отож, заставоемець вступає безпосередньо при самому встановленні заставного права до володіння заставленою річчю¹⁾, але не здобуває ані права розпоряджатися, ані навіть права користуватися нею, він повинен повернути річ у тому вигляді, як і одержав²⁾. Ми не можемо погодитися з думкою Неволіна, ніби давніш заставоемець, приймаючи до своїх рук заставлене рухоме майно, користувавсь їм³⁾. Щоб довести свій погляд, Неволін покликується на грамоту р. 1555 (дополн. до Ак. Ист., т. I, № 76, гр. VIII). Та, на жаль, це покликання аж ніяк не стосується до розглядуваного питання. Швидше можна будо-б слоди однести іншу грамоту, а саме— вміщенну в т. I дополн. Ак. Истор., № 51, гр. VIII. Зміст її полягає ось у чому: боргівник приносить громадській владі скаргу, що вбрания, яке заставила його мати, зношують заставоприміця й його син, які до того одмовляються приймати позичену суму грошей. Дана для розвязання цього випадку царська грамота наказує властям відібрati у заставоеміці вбрания й повернути його довжникові, а борт виплатити, незалежно від питання, чи бажає цього кредитор, чи ні.

Ця заставна маює випадок, коли кредитор користується заставленою річчю, не зважаючи на те, що термін виконання зобов'язання настає і довжник приніс кредиторові для виплати позичену суму грошей, а окремої умови про користування заставленою річчю між сторонами не було встановлено. Невна річ, громадська влада визнала таке користування, як свавільне, за неправне. Згадана застава, на нашу думку, не дає приводу думати, що кредитор, без окремої умови з заставником, мав право користуватися заставленою річчю.

Надання заставоемцеві права користуватися заставленою річчю суперечить певному правилу, що кредитор повинен був повернути річ довжникові в тому вигляді, в якому й одержав її. Проте, коли припустити, що він міг носити заставлене вбрания, їздити заставленим повозом, то-що, то основну вимогу закона буде порушенено: річ од користування погіршає.

Наше припущення знаходить своє підтвердження і в праві інших народів. І за римським правом заставоемця, що дозволив собі, без згоди заставникової, користуватися річчю, перед ним визнавали за винного *ut furtum*: *Sive creditor pignore, говориться в § 6 Inst. de oblig. ex del. 4, 1. Sive is, apud quem res deposita est ea re utatur... furtum committit. Si pignore creditor utatur, furte tenetur⁴⁾*. Отже, коли заставоемець, за давньої форми застави рухомості, не здобував права нею користуватися, то тим більш він не мав права власно-

¹⁾ Ibidem.

²⁾ Допол. къ А. И. 1, № 51, гр. VIII. До такого висновку прийшли дослідники: Кассо «Понятіє о залогѣ въ современномъ правѣ», Удинцевъ «Подписька въ вѣрѣ» (къ ученію о древне-русскомъ залогѣ), див. Сборникъ статей по истории права, посвященный Владимірскому-Буданову, стор. 275—298. З воницкій «О залогѣ по русскому праву».

³⁾ Т. V сочиненій, прим. 678 і 690.

⁴⁾ L. 55 pr. D. de furtis ,472.

сти на заставлену річ. Таке право він здобував тільки тоді, коли заставник прострочив, себ-то не виконав зобов'язання¹⁾). Звичайно, окремою умовою між сторонами можна було застерегти користування заставленою річчю, як і передбачено інший наслідок прострочки²⁾); але воно не виникало з істоти заставного права.

За досить важливий довід на те, що давня форма застави рухомих маєтностей має характер володіння, а не відчуження, вивлащення, можуть бути дві заставні, що містять у собі заставу чужих рухомих речей³⁾). Немає сумніву, можливість заставити чужі рухомі речі, хоча-б з дозволу власника їх, не дозволяє нам ототожнювати відчуження з давнім правом застави і відчуження (вивлащення) завсіди припускає за суб'єктом безумовне право власності, чого немає в розглядуваних заставних. Не слід, проте, гадати, що в розгляданій формі застава як нерухомості, так і рухомості прикладається тільки до давньо-руського і українського побуту. Застава за давньо-руським та українським звичаєвим правом не є самобутня, своєвlasна. Якщо ми звернемося до права інших народів, то помітимо подібність у процесі розвитку заставного права.

Досить дійти сути інституту застави в історичному розвиткові за германським правом.

Застава за германським правом розвивалася в формі т. зв. *ältere Satzung*; суть її та самісінька, що її за давньо-руським звичаєвим правом. Отож, при *ältere Satzung* кредитор здобуває право володіти її користуватися заставницею, а за власника її вважають колишнього державця — довжника. Інакше кажучи, і за давньо-германським правом застава звязана з передачею заставоприемцеві маєтку заставника, але не тягне за собою для його втрати права на власність.

2. Нова Форма.

Стародавнє руське звичаєве право знає й іншу форму застави. Вже за доби Псковської грамоти з'являються сліди такої форми. З артикулу: «А кото-рым исцы вымоутъ на оумершаго закладъ, грамоты двои или трои, или пятеры на одну землю, или на воду, или на одинъ двор или на одну клѣть, а оу тѣхъ исцовъ, оу кого закладныя грамоты, сверхъ того и записи, і на того оумершаго и на его закладъ, и оу иныхъ истъцовъ не будетъ записи, только закладъ грамотъ, ино имъ правда давши, да делатъ подѣломъ, і по серебру, колко серебра, ино и доля ему по тому числу; ожъ ближнее племя восходитъ закладъ выкупить, а оу коего исца закладъ і записи на умершаго ино ему целовань нѣтъ на его дѣло»⁴⁾) виходить, що суть іншої (нової форми застав-

¹⁾ А. юр. № 248.

²⁾ Собр. грам. и догов. Румянцева, ч. II, № 53—обов'язок платити відсотки.

³⁾ Ibidem, ч. I, № 131 і 132.

⁴⁾ Арт. 104 Псков. Судної Грамоти (Владим.-Буданов, вип. 1, стор. 169). Проф. Енгельман ставить після слів «потому числу» перед «ожъ» середник, а опісля «викупить»

ного права ось така: кредитор не одержує ні права володіти, ані права користуватися заставщиною, права ті належать довжників; заставоемець одержує тільки-но акти (грамоти) на майно. Зміст заставних грамот за дальншого часу рішуче стверджує цей висновок¹⁾). У деяких заставних заставник указує кредиторові на майно, як на поруку (забезпечення) свого довгу: «а заложили есмѧ въ его кабалу въ тѣхъ деньгах... дверъ свой. А въ серебрѣ есмѧ а и ростѣ съ дворомъ одинъ человѣкъ: кои насъ заемщиковъ въ лицѣхъ на томъ деньги и ростъ не разытывая»²⁾), або «а въ серебрѣ есмѧ и въ росту подписали порукою дворъ свой»³⁾). А въ одному акті порукою звѣтъся застава, що залишається у володінні заставниковому⁴⁾). Отже, немає сумніву, що при новій формі заставного права заставник залишає заставщину въ своїхъ рукахъ. Але чи має він право відчужувати заставщину комусь іншому? Інакше кажучи, чи припускає стародавне звичаєве право, щоб існувало на одному й тому-ж майні декілька заставних прав за різні вимоги? Це питання Мейер розвязує негативно, гадаючи, що накопичення заставних прав на те саме майно не відповідає духові давнього руського права⁵⁾). Однак, навряд чи можна з ним погодитися. Коли ми звернемося до Псковської Судної Грамоти, то на основі тексту арт. 104 «А которые исцы вымоутъ на оумершаго закладъ, грамоты двои или трои или пятеры на одну землю» можемо зробити висновок, що застава того-ж самого майна декільком особам і конкурсове завдоволення їх за стародавніх часів припускалися. Справді, якщо кожен з позовників подавав окрему грамоту на те саме майно, то, зрозуміло, кожному з них майно було заставлене все цілком, въ противілежності пізнішій добі, коли кілька осіб спільно по одному акту набувають заставне право на те саме майно, так що заставне право кожного з них поширяється на ідеальну частину застави, яка відновідала розмірові самої вимоги⁶⁾). У цьому випадкові має місце збіг заставоемців з тою самою вимогою, тимчасом як у першому випадкові вимоги можуть бути різні. Отже, при другій (новій) формі заставного права—держания й користування заставленим майном належали заставникові. Такий нормальний наслідок зазначененої форми заставного права. Проте, можливі були й видозміні цієї форми. Зазначувані в заставних виразах «за ростъ косити», «за ростъ пахати»—показують, що користування заставленим майном могло бути надане заставоемцеві, але не замість

перед «а у коего истца» ставить середник, цитує ту частину статті ось так: кредитори чи позичальники повинні поділяти поміж собою маєток довжника, або, якщо родичі померлого викуплять маєток, ціну його поділяти на більші чи менші частини, зважаючи на те, скільки з окремих вимог (Систематич. излож. Псковской грамоты, стор. 47). У стрялов цитує це місце статті так: коли найближчі родичі померлого побажають викупити заставщину від процесової сторони, що мас окрім застави запис на померлого, то від його не вимагають присяги за справедливість його справи (Ізслѣд. Псков. Грам., стор. 138).

¹⁾ Ак. юр. № 243, гр. I, II, № 244.

²⁾ Ак. Юр. № 243, гр. I. ³⁾ Ак. Юр. № 243, гр. II.

⁴⁾ Допови. до А. И. т. II № 56, гр. IV. ⁵⁾ Назв. твір, стор. 35.

⁶⁾ А. Юр. № 234, 214, 254; доп. къ А. И. т. II, № 56 гр. IV.

відсотків. Таким чином, і при цій формі заставного права користування виникало з умов росту, а не з суті застави; інакше, не звідкіля було з'явитися самій формулі. Що-ж звідсіля виникає? Те, що суть зазначеної форми застави полягала ось у чому: заставщина залишається в держанні й користуванні заставника, а кредитор одержує відсотки або, замість їх, користування.

Нова форма застави з'явилася через те, що були руїнницькі для співучасників заставного договору наслідки давньої форми застави, що відрізнялися досконалістю з багатьох боків. Отож, з одного боку, заставоемці зловживали неписьменністю довжників, не рідко вміщали в заставних умовах, на підставі яких набували, на випадок прострочки, право власності не тільки на заставщину, ба й на інше майно довжникове. Опірч цього, заставодовірники, запевнившись довжників, що не будуть подавати протягом певного часу після строку на явку заставників, справді подавали їх на явку зараз-же скоро закінчувавсь строк, після чого одержували на власність майно, не вважаючи на цінність його й суму довгу.

З другого боку, заставники, зловживачи довір'ям кредиторів, частенько обманювали їх що-до справжньої вартості застави.

Нарешті, невигода давньої форми застави для кредиторів виникла з того, що «какъ къ выкупу время придется, тогда заемщикъ принужденъ ее (деревню) записать, хотя бы ему не надобно было». Все це несприятливо відбивалося на становищі осіб, що беруть участь у заставному договорі.

Що-ж до рухомого майна, то відносно його при новій формі діє новий порядок завдовolenня заставоемця: — з суми, вторгованої при продажу заставленого майна на прилюдних торгах. У протилежність старій формі, за якої заставщина несправного довжника повертається на власність кредиторові, не зважаючи на суму довгу й вартість застави, характерна риса нової форми це а) вимога повернути лишок (*hypereocha*), що залишився після заплати довгу продажною ціною застави,—на користь довжників; б) коли-ж суму довгу не можна було покрити продажною ціною, довжник повинен завдовольнити решту вимоги кредитора всім іншим своїм майном; с) кредитор, при неплатежі довгу, не може вимагати негайног продажу заставленої речі на прилюдних торгах: для викупу застави довжників призначають строк од одного до трьох місяців після прострочки й від одного до двох тижнів із дня нагадування довжників про неплатіж довгу в строк¹⁾.

III. Висновок.

Зважаючи на викладене, ми не можемо погодитися з Мейером, ніби право застави в давньому юридичному побуті є єдине, неподільне аж до XVIII в. На підставі наведених даних ми приходимо до висновку, що право застави розви-

¹⁾ А. Истор. т. 1 № 154, прим. 35.

валося в двох формах, але за переважний вид застави на Україні була застава в старій формі, себ-то з передачею держання заставщиною кредиторові.

У цьому нас переконують усі джерела давньоруського й українського права, не виключаючи й пам'яток західно-руського права, що відтіняли тільки відміни наслідків прострочки заставної. Порівнюючи форми, в яких розвивалося руське право застави взагалі й українське зокрема, ми помічаємо таке:

1. Стара форма невигідна для заставника через те, що при ній прибутки, які одержує кредитор, можуть бути занадто великі і, значить, перевищувати суму довгу.

Опіріч цього, заставник, не маючи змоги одержувати прибутків з одданого в заставу майна, втрачає джерело, з якого він міг-би взяти кошти, щоб завдовольнити кредитора.

Нарешті, невигода цієї форми для заставника полягає в тому, що заставщина, на випадок, коли він не виконає зобов'язання, переходить у повному складі на власність заставоемцеві, хоч-би воно своєю вартістю перевищувало цінність зобов'язання, що його забезпечує¹⁾.

2. Нова форма застави дає вигоди для заставника в тому розумінні, що у протилежності старовинній формі, він, удержанючи за собою заставщиною маючи можливість одержувати з нього пожитки, не позбавляється джерела, з котрого може черпати кошти для завдоволення кредитора. На випадок прострочки, заставщина не обертається на власність заставоемця, а продаеться на прилюдних торгах, причому лишок од виторгу (*hyperocha*) повертається заставникові. Та й відповідальність його поширюється тільки на предмет застави.

Проте й нова форма заставного права (на нерухомості) має невигоди для заставника. За найважливішу хибу цієї форми, вживаної й в чинному радянському законодавстві, треба визнати обмеження прав заставника на заставщиною. Недивно тому, що вона в багатьох законодавствах перебуває тепер у переходовому стані: вона готова поступитися місцем особливій (третій) формі застави нерухомого майна — іпотеці, при якій заставник, зберегаючи держання заставленого майна, не обмежується і в праві розпоряджатися ним — може обтяжувати його іншими довгами.

Б. Нова доба.

Сьогочасний правничий побут України знає одну форму застави. Джерела звичаєвого українського права досить виразно свідчать, що виконання зобов'язан-

¹⁾ Як гадас Неволін, царина прикладання ухвал 1557 р. поширюється тільки на рухомість і не торкається нерухомості (Собр. сочиненій, т. 5 стор. 166). Мейсер держиться протилежного погляду, а саме зазначена постанова «а заложить ручь кузинъ, или мониста, или ино что со сроком» прикладається і до нерухомих дібр, а при таких умовах ця незручність даної форми застави, що дуже обмежує заставника, втрачає силу (Див. «Древнерусское право залога», стор. 46).

заннів, особливо по договорах позики, забезпечується яким-небудь майном нерухомим чи рухомим. Цей засіб забезпечувати зобов'язання по позиках є головний, переважний.

Скрізь він зветься залигом, закладом, а іноді заставою; останній вислів указує, що на розвиток застави в звичаєвому українському праві впливало литовське право.

Як це видно з даних, що ми їх маємо, даних, заснованих на судових вироках, а також і з інших джерел і юридичних відомостей, що збереглися з стародавніх часів¹⁾, застава нерухомості в сьогочасному правничому побуті України вживается в старовинній формі, себ-то нагадує старовинну германську *ältere Satzung*; при цьому, як ми раніше були відзначали, заставщина переходить у держання й користування заставоемця, аж доки він одержить завдоволення по довгу; інакше кажучи, заставу нерухомості ми зустрічаемо переважно в розумінні зберегання держання за заставником до заплати боргу. Отож, згідно з даними судової практики, що збереглася, селяни звичайно видають боргові зобов'язання, за силою яких, щоб забезпечити позичену суму, дають кредиторові (найчастіше односельцеві) в держання й користування нерухоме майно, переважно землю, аж доки він одержить цілковите завдоволення. Здебільшого таке користування замінює відсотки на капітал²⁾. На такі угоди, складені в формі розписок, зважають і судові місця, що частенько зараховують користування заставленою землею до самого стовпа й одмовляють на цій підставі в вимогах кредиторів справити суму довгу. Трапляються випадки, коли таке користування заставленою землею надається заставоемцеві тільки на той випадок, якщо заставник не виплатить довгу в строк, себ-то як наслідок прострочки. Отже, не можна не бачити, що сьогочасне звичаєве українське право що-до застави нерухомості дуже яскраво відтворює форму застави, властиву литовському праву; вплив його гостро виявляється.

Іноді навіть при заставі рухомості, щоб забезпечити справність заплати довгу, заставоемцеві, незалежно від заставлюваної речі, надають право користуватися нерухомим майном з моменту, коли виявиться несправність заставника; у такому випадкові заставник одержує не саме-но право користуватися безпосередньо нерухомістю, але й передати його іншій особі. Подібне користування нерухомим майном є наче додаток до застави.

В якому вигляді, за сьогочасним (живим) звичаєвим українським правом, існує застава рухомости?

¹⁾ Ми маємо на увазі дослід Іванова над звичаєвим правом Харківщини, стор. 9, 25, 29, 40, 49, 61, 69, 85, 86, 88, 96, 98, 103, 117, 123, 128, 144, 169, 192, 222—223, 233, 241—242. Також «Труды Комиссии по преобразованию волостныхъ судовъ», стор. 309, 294, 342; також книги судових вироків давніх і сучасних. Також розвідка Нахмана: Гражданское обычное право въ Россіи, т. I, стор. 89, 92—93 й інші. Порівн. статтю проф. Владимира Сьского-Буданова «Заставное владѣніе» Арх. Юг.-Зап. Россіи т. VI ч. 8.

²⁾ Такі дані що-до Полтавщини та Кіївщини.

Як загальне правило, звичаєве право визнає, що рухома річ повинна належати самому заставникові-довжникові. Інакше кажучи, заставляють тільки те майно, що належить заставникові; заставляти чужу річ не можна. Звичайно застава рухомості робиться на словах. А втім, дуже часто заставу чинять у формі розписки, істотними принадлежностями якої є зазначення точно об'єкта застави, а також і терміну, протягом якого вона є чинна. Звичаєве сьогочасне право знає тільки заставу, що повстає з договору. Інших джерел застави правничий побут не знає. Права й обов'язки сторін випливають з самого розуміння застави, як договору. Тому що застава не є самостійний договір, а залежить від іншого договору, що його вона забезпечує, то заставоемець, розуміється, тільки на той випадок, коли-б не виконано головного договора (позики), має право одержати завдовolenня з заставленого майна.

На обов'язку заставника лежить, передовсім, передати заставлену річ заставоемцеві. Отже ї застава рухомості, за чинним (живим) звичаєвим правом встановлює для заставоемця володіння заставщиною. Коли заставник виконав свій обов'язок, заставлену річ заставоемець повинен повернути в тому вигляді, як він її одержав. Звідсіля виходить, що заставоемець не має права користуватися заставленою річчю; інакше-бо він повинен винагородити заставника за шкоду, відповідно до неї зменшується й сама сума довгу. Заставоемець повинен зберегати заставлену річ, аж доки заплатить борг; це зберегання заставленої речі він може доручити третій особі, що відповідає за шкоду перед заставоемцем, коли вона користуватиметься заставою. Такий обов'язок з боку заставоемця продовжується і на той випадок, коли-б заставник не заплатив боргу в строк.

Які-ж наслідки прострочки, себ-то коли заставник не викупить заставленої речі в призначений термін? Передовсім, при прострочці заставоемець повинен довести до відому належного суду про несправність заставника і тоді суд признає йому новий строк, причому заставник після цього платить заставоемцеві певний відсоток на позичений капітал. Коли заставник не виконав зобов'язання й в цей другий строк, заставоемець має право розпорядитися заставою, як схоче. У чому-ж полягає суть цього права? А в тому, що заставоемець залишає заставлену річ собі або продає, зважаючи на те, що для нього вигідніше. Проте, самий продаж одбувається звичайно за згодою з заставником. У всіх цих випадках за повернення лишку (*huregocha*) з уторганої суми на користь заставникові не може бути й мови¹⁾. Невне, у випадкові продажу на прилюдних торгах лишок з уторганої суми передають заставникові.

Така є суть застави за чинним звичаєвим українським правом. Викладене показує, що сьогочасне звичаєве українське право і що-до нерухомості і що-до рухомості відтворює так звану старовинну форму застави; воно додержується старовинних традицій: при заставі нерухомості—держання, володіння й користування, а при заставі рухомості держання (володіння) переходить до заста-

¹⁾ Київщина. По інших місцевостях лишок повертають заставникові.

воємця, але він не є власник заставленої речі. Тільки тоді, коли виплат просрочено, заставлена річ стає власністю заставоємця, і він має право розпорядитися нею, як сам того схоче. У цьому й полягає характерна риса українського звичаєвого права: міцність і стійкість його правних норм. Знов-же не можна не зазначити, що, як за звичаєвим українським правом, застава має космополітичний характер; вона містить у собі ознаки, властиві цьому інститутові в інших народів з погляду звичаєвого права, а також відтворювані в сьогочасному звичаєвому праві інших радянських республік. Причайні, звичаєве право РРСФР у цьому цілком нас переконує: і там застава нерухомості й рухомості встановлює держання на користь заставоємцеві й викликає ті самі юридичні наслідки¹⁾.

Проф. М. Товстоліс.

¹⁾ Пахманъ. Обычное гражданское право въ Россіи, т. I стор. 88 и дальші. Поріви. Ефименко. Юридические обычаи Арханг. губ., стор. 85, 100, 85 и мн. Костровъ.