Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ,
Профессоръ Императорскаго Юрьевскаго Университета.

Матеріальное Право Проекта Вотчиннаго Устава.

ТОМЪ I.

Введеніе. Основныя начала вотчинной системы. Право собственности и права въ чужой недвижимости. Договоры найма и продажи лѣса на срубъ.

МОСКОВСКІЙ ПУБЛИЧНЫЙ
XV-24261
И РУМЯНЦЕВСКІЙ МУЗЕИ

Юрьевъ.
Типографія К. Маттисена.
1914.

Оттискъ изъ „Ученыхъ Записокъ Императорскаго Юрьевскаго Университета“.

Того же автора.

Вступленіе наслѣдника въ обязательства и права требованія наслѣдодателя по остзейскому праву, Юрьевъ 1905.

Die Schuldenhaftung der Erben nach den livländischen Rechtsbüchern, Weimar 1905.

Erbenhaftung und Beispruchsrecht, Weimar 1906.

Der Sukzessionsmodus des deutschen Erbrechts, Berlin 1908.

Наслѣдованіе въ крестьянской недвижимости по германскому праву, т. I, Историческія основы, Юрьевъ 1910.

Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости, С.-Петербургъ 1910.

Національность въ гражданскомъ правѣ и проектъ Гражданскаго Уложенія, С.-Петербургъ 1911.

Въ настоящую книгу вошли, въ болѣе или менѣе переработанномъ видѣ, слѣдующія статьи, напечатанныя уже ранѣе:

Система залоговыхъ правъ по проекту ВУ. — Юридическія Записки 1911, I.

Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости — Журналъ Министерства Юстиціи 1911, V, VI.

Отвѣтственность должника по залогу по проекту ВУ. — Вопросы Права 1911, II.

Обязательственные договоры въ проектѣ ВУ. — Вопросы Права 1912, I.

Право собственности и права въ чужомъ имѣніи въ проектѣ ВУ. — Вопросы Права 1912, IV.

Отвѣтственность заложеннаго имѣнія по проекту ВУ. — Юридическія Записки 1913, I/II.

Подготовка проекта ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, II, III.

Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ. — Журналъ Министерства Юстиціи 1913, III, IV.

Понятіе залога въ проектѣ ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, VI.

Залоговой актъ въ проектѣ ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, VII.

Возникновеніе и прекращеніе залога по проекту ВУ. — Сборникъ, посвященный памяти Г. Ф. Шершеневича.

Оглавленіе.

Введеніе. Стр.

I. § 1. Цѣль и планъ работы 1

II. Исторія составленія проекта.

§ 2. Отъ пятидесятыхъ годовъ до 1881 г. 16
§ 3. Составленіе проекта ВУ. 25

III. Опытъ характеристики матеріаловъ къ проекту.

§ 4. Составъ матеріаловъ 31
§ 5. Объясненія 1893 и 1896 гг. 34
§ 6. Сводъ Замѣчаній 50
§ 7. Отзывы Вѣдомствъ 57
§ 8. Журналъ Особой Комиссіи 65
§ 9. Записка Министра Юстиціи 73

Основныя начала вотчинной системы.

I. § 10. Классификація основныхъ началъ 75

II. Принципъ внесенія.

1. Относительность принципа внесенія.

§ 11. Нормы проекта. 84
§ 12. Оцѣнка принятой проектомъ нормировки . . . 93

2. Матеріальное значеніе внесенія.

§ 13. Обзоръ западно-европейскихъ законодательствъ. 103
§ 14. Нормы проекта 108
§ 15. Единство обряда пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ 119

3. Погашеніе, измѣненіе и исправленіе внесеній.

§ 16. Погашеніе и измѣненіе внесеній 124
§ 17. Исправленіе внесеній 132

III. Принципъ публичной вѣры вотчинной книги.

1. Достовѣрность и безповоротность.

§ 18. Исходныя точки 140
§ 19. Достовѣрность и безповоротность въ проектѣ . . 145

Стр.

§ 20. Значеніе добросовѣстности пріобрѣтателя . . . 152
§ 21. Прочія условія безповоротности 159
§ 22. Положеніе распорядившагося 165

2. Обезпеченіе матеріальнаго права (Система отмѣтокъ).

§ 23. Понятіе отмѣтки 171
§ 24. Сущность отмѣтки по проекту 177
§ 25. Функціи отмѣтки по проекту 190

IV. Второстепенные принципы.

§ 26. Спеціальность 196
§ 27. Старшинство 198
§ 28. Изъятіе отъ дѣйствія давности 203

Право собственности и права въ чужомъ имѣніи.

I. О редакціи гл. I и II.

§ 29. Предварительныя замѣчанія 210
§ 30. Ст. 20, 21 и 27 213
§ 31. Ст. 28 и 30 218
§ 32. Ст. 22 и 31 224

II. § 33. Право собственности 226

III. Права въ чужомъ имѣніи.

§ 34. Предварительныя замѣчанія 229
§ 35. Права въ чужомъ имѣніи 230
§ 36. Въ частности, вотчинныя выдачи 238
§ 37. Ст. 25, 26, 27,3 и 29 254
§ 38. „Засореніе права собственности“ 261

Договоры найма и продажи лѣса на срубъ.

§ 39. „Kauf bricht nicht Miete“ 270
§ 40. Положеніе нанимателя по проекту 283
§ 41. Критика постановленій проекта 287
§ 42. Конструкція правъ по внесенному договору найма 297
§ 43. Критика принятой проектомъ конструкціи . . . 311
§ 44. Договоръ продажи лѣса на срубъ 319
§ 45. Дополнительныя постановленія проекта 329
§ 46. Въ частности, о досрочныхъ платежахъ 335
§ 47. Выводы 346

Введеніе.

I.

§ 1. Цѣль и планъ работы.

Настоящая работа преслѣдуетъ двоякую цѣль. Она желаетъ, съ одной стороны, установить и выяснить содержаніе матеріально-правовыхъ нормъ проекта ВУ., а съ другой — подвергнуть ихъ критическому разбору какъ съ конструктивной, такъ и съ цивильно-политической точки зрѣнія. А въ связи съ этимъ естественно выдвигаются предположенія о введеніи въ проектъ измѣненій и улучшеній.

Въ виду этого, задача автора сводится, прежде всего, къ догматической разработкѣ проекта. Однако, при этомъ нельзя не принять во вниманіе того обстоятельства, что настоящій трудъ является первымъ, который посвященъ систематическому изслѣдованію будущаго нашего вотчиннаго права. Существующая въ настоящее время литература, несмотря на высокія достоинства, присущія немалой части ея, коснулась лишь отдѣльныхъ частей проекта, не давая, притомъ, ничего законченнаго по большинству затронутыхъ ею вопросовъ. Къ тому же, она посвящена преимущественно лишь предварительнымъ проектамъ ВУ. Единственный же трудъ, разсматривающій нашъ проектъ какъ цѣлое, преслѣдуетъ совершенно иныя цѣли и ограничивается, поэтому, краткой передачей содержанія его, не входя ни въ конструк-

тивный, ни въ цивильно-политическій разборъ его нормъ [1]). Благодаря этому, настоящему труду приходится выполнять задачу, обладающую, въ значительной части, піонерскимъ характеромъ. Имъ долженъ быть заложенъ фундаментъ для изученія проекта ВУ. Вслѣдствіе этого, онъ не можетъ не сосредоточиваться, главнымъ образомъ, на вопросахъ основныхъ, оставляя въ сторонѣ вопросы болѣе детальные. А кромѣ того, нельзя не считаться и съ тѣмъ, что при первой разработкѣ законодательнаго памятника, не примѣнявшагося на практикѣ, неминуемо остается даже незамѣченнымъ рядъ вопросовъ, хотя бы имъ и было суждено пріобрѣсти впослѣдствіи большое значеніе, какъ на практикѣ, такъ и въ литературѣ.

Наряду съ этимъ нельзя не сознавать, что особыя условія подобной первой систематической обработки законопроекта требуютъ установленія строгихъ границъ, въ которыхъ изслѣдованіе должно быть поведено. Немало цѣннаго матеріала должно быть оставлено въ сторонѣ, какъ только привлеченіе его обѣщаетъ пролить новый свѣтъ на вопросы лишь второстепенной важности. Ибо въ настоящее время должны быть выяснены, прежде всего, основы будущаго вотчиннаго права и работа надъ деталями, какъ бы она ни была заманчива, какое бы она ни обѣщала субъективное удовлетвореніе автору, должна быть отложена до болѣе

1) Базановъ, Вотчинный режимъ въ Россіи. — Доказательно для сказаннаго въ текстѣ уже одно то чисто внѣшнее обстоятельство, что матеріальному праву ВУ. отведено не болѣе 20 страницъ (стр. 260—280), къ которымъ можно прибавить развѣ еще нѣкоторую часть „Заключенія“, обнимающаго всего на все 8 страницъ.

Съ трудомъ И. А. Базанова можно, впрочемъ, сопоставить Русское гражданское право А. М. Гуляева, дающее въ связи съ изложеніемъ дѣйствующаго права также краткое изложеніе права проекта гражданскаго уложенія, которое въ области вотчиннаго права совпадаетъ съ проектомъ ВУ. 1896 г. Но и А. М. Гуляевъ не ставитъ себѣ задачи изслѣдованія нормъ проекта. — См. также v. Seeler, Der Entwurf des russ. ZGB. Ср. мои рецензіи на эту книгу въ Ж. М. Ю. 1912, 4 и въ Krit. Vierteljahrsschr. 1912, 3.

поздняго времени. Иначе мало отрадное положеніе, въ которомъ находится нынѣ напа литература о проектѣ ВУ., да впрочемъ и литература о всемъ нашемъ будущемъ гражданскомъ правѣ, останется неизмѣненнымъ или, пожалуй. еще усугубится: въ нашемъ распоряженіи будетъ находиться рядъ изслѣдованій, посвященныхъ отдѣльнымъ, детальнымъ вопросамъ. Систематической и дающей единую и полную картину разработки новаго права, напротивъ, не будетъ. Излишне доказывать, что подобное положеніе вещей глубоко неудовлетворительно.

Если, такимъ образомъ, и со строго научной точки зрѣнія необходимо принимать мѣры противъ расширенія рамокъ сочиненія, насколько оно не вызывается самыми вѣскими соображеніями, то не слѣдуетъ терять изъ виду также и то обстоятельство, что работа надъ законопроектомъ естественно преслѣдуетъ не только отвлеченно научныя цѣли. Напротивъ, она покоится всегда въ немалой степени, кромѣ того, на желаніи оказать посильное содѣйствіе законодательной власти. Проектъ ВУ. внесенъ въ Государственную Думу, онъ переданъ въ комиссію судебныхъ реформъ, а изъ нея поступилъ въ подкомиссію. Докладчикъ выбранъ уже въ прошлую сессію и не сегодня, завтра можетъ начаться обсужденіе проекта. При такихъ условіяхъ кажется необходимымъ не медлить съ изданіемъ работы, преслѣдующей цѣль не только догматической, но и цивильно-политической разработки проекта, и это тѣмъ болѣе, что при составленіи проекта представителямъ юридической теоріи не была отведена подобающая имъ въ интересахъ самого проекта роль [1]).

Однако, само собой разумѣется, что необходимое ограниченіе изслѣдованія не должно касаться того матеріала, который является предметомъ изслѣдованія. Формальное право проекта ВУ., правда, остается въ сторонѣ въ соотвѣт-

1) См. объ этомъ ниже, §§ 5 и 8.

ствіи съ задачей, которую поставилъ себѣ авторъ. Но нормы проекта, имѣющія матеріально-правовое содержаніе, должны быть привлечены всѣ безъ исключенія. Сюда относятся, въ первую голову, введеніе въ проектъ ВУ. и весь раздѣлъ I, ex professo трактующіе матеріальное право [1]). Но кромѣ того, по всему проекту разсѣяны отдѣльныя нормы такого же содержанія, распредѣленныя по тѣмъ или инымъ причинамъ по другимъ раздѣламъ. Приходится привлекать также и нѣкоторыя нормы изъ проекта Положенія о порядкѣ взысканія, способствующія выясненію матеріальнаго правоположенія лицъ, причастныхъ къ вотчинному обороту. И нельзя не затронуть при случаѣ, хотя бы и мимоходомъ, также нѣкоторыя постановленія проекта Учрежденія вотчинныхъ установленій, не лишенныя интереса съ точки зрѣнія матеріальнаго права. Равно, не долженъ быть совершенно игнорированъ и проектъ Правилъ объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ договоровъ съ казною и съ кредитными установленіями, хотя онъ, въ общемъ, содержитъ лишь нормы, которыя, обладая сингулярнымъ характеромъ, касаются преимущественно дѣлопроизводственной стороны дѣла и не представляютъ, съ цивилистической точки зрѣнія, интереса.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ ясно, что нельзя ограничиться разсмотрѣніемъ одного текста проекта ВУ. 1907 г. Напротивъ, необходимо привлечь также и предварительные проекты, изданные въ 1893, 1896 и 1906 г. г., а равно законодательные къ нимъ матеріалы. Подобная необходимость вызывается самимъ процессомъ возникновенія новѣйшаго проекта, создававшагося постепенно, путемъ переработки предшествовавшихъ ему проектовъ. Благодаря этому, ознакомленіе съ постепеннымъ возникновеніемъ той или иной статьи, а иногда и цѣлаго института, является не только интереснымъ съ

1) Редакціонная комиссія утверждаетъ, что „раздѣломъ I исчерпываются постановленія проекта, относящіяся къ матеріальному праву" — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 51, 1896 г. I, стр. 64.

исторической точки зрѣнія, но нерѣдко и прямо необходимымъ для пониманія смысла постановленій проекта. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, подобное ознакомленіе не имѣетъ самодовлѣющаго значенія. Поэтому оно предпринимается лишь тогда, когда отъ него приходится ожидать пользы для толкованія проекта. Стремленія же къ возстановленію процесса образованія каждой отдѣльной нормы въ настоящей работѣ нѣтъ.

Чрезвычайно важнымъ и цѣннымъ пособіемъ къ толкованію проекта являются и законодательные матеріалы, использованные съ возможною полнотою. И само собой разумѣется, что привлечена вся русская литература къ проекту, насколько она появилась въ видѣ самостоятельныхъ изслѣдованій или же статей, печатавшихся въ юридическихъ журналахъ и насколько она касается работъ редакціонной комиссіи. По возможности приняты во вниманіе и тѣ болѣе или менѣе мимоходныя замѣчанія, которыя встрѣчаются въ трудахъ, посвященныхъ другимъ предметамъ и затрогивающихъ проектъ ВУ. лишь случайно. Напротивъ, не привлекаются статьи, появившіяся по поводу проекта въ общей, не-юридической печати. Не привлекаются также, хотя и по другимъ причинамъ, изслѣдованія, касающіяся проектовъ вотчинной или, точнѣе, ипотечной реформы, составленныхъ до передачи дѣла реформы въ редакціонную по составленію проекта гражданскаго уложенія комиссію.

Оставленіе въ сторонѣ этихъ литературныхъ произведеній является логическимъ послѣдствіемъ того, что настоящій трудъ вообще отказывается отъ установленія связи между проектомъ ВУ. и проектами, появившимися до 1882 г. Работа редакціонной комиссіи имѣла самостоятельный характеръ по отношенію къ работамъ предшествовавшихъ ей комиссій. И хотя она, безспорно, до нѣкоторой степени использовала ихъ, то всетаки о прямой внутренней зависимости говорить не приходится. Благодаря этому, затрата труда и времени и расширеніе рамокъ задачи, которыя были бы

вызваны привлеченіемъ болѣе раннихъ проектовъ, не искупались бы, пока рѣчь идетъ о выясненіи основъ проекта ВУ. Быть можетъ, что черезъ нѣкоторое время, когда изученіе проекта значительно подвинется и когда на очереди будутъ стоять уже вопросы болѣе детальные, придется измѣнить отношеніе къ указаннымъ предварительнымъ проектамъ, хотя это и сомнительно. Но это во всякомъ случаѣ — уже вопросъ будущаго.

Аналогичными соображеніями опредѣляется и отношеніе настоящаго труда къ тѣмъ законодательнымъ источникамъ, которые указываются редакціонною комиссіей при каждой статьѣ проектовъ 1893 и 1896 гг. При этомъ необходимо имѣть въ виду, прежде всего, то, что далеко не всѣ они дѣйствительно являются источниками статей нашихъ проектовъ. Напротивъ, весьма часто они не оказали никакого вліянія на послѣднія и приводятся, очевидно, лишь съ цѣлью сравненія. Но даже тогда, когда имѣется на лицо непосредственное вліяніе иностранныхъ нормъ или прямая рецепція ихъ, нельзя не отказаться пока отъ выясненія связи между ними и статьями проекта. Это — опять таки задача, которая должна быть предоставлена будущему. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, подобное самоограниченіе можно признать и принципіально допустимымъ: въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ привлекомыя редакціонною комиссіей нормы различныхъ законодательствъ лишены всякой оригинальности и сводятся лишь къ тому или иному частному выводу изъ общихъ принциповъ вотчинной системы. Вслѣдствіе этого и толкованіе основывающихся на нихъ статей нашего проекта вполнѣ возможно безъ привлеченія ихъ, на основаніи тѣхъ же общихъ принциповъ.

Если такова программа догматическаго изслѣдованія основъ проекта ВУ., то цивильно-политическая оцѣнка ихъ вызываетъ, прежде всего, необходимость привлеченія новѣйшихъ западныхъ законодательствъ. Притомъ, опредѣленіе

тѣхъ изъ нихъ, которыя могли бы служить опорой при критическомъ разборѣ проекта ВУ., не представляетъ серьезныхъ затрудненій. Ибо ясно, что слѣдуетъ использовать для этой цѣли уложенія германское и швейцарское. Первое, къ тому же, послужило образцомъ для многихъ постановленій нашего проекта. Второе, къ сожалѣнію, не было использовано. Но это обстоятельство, разумѣется, ничуть не лишаетъ его значенія, какъ мѣрила нашего проекта. Напротивъ, при общепризнанныхъ научныхъ и практическихъ достоинствахъ этого законодательнаго памятника, было бы непростительнымъ упущеніемъ, если бы онъ не былъ утилизированъ для оцѣнки проекта ВУ.

Само собой разумѣется, однако, что никоимъ образомъ не приходится требовать слѣпого подражанія ни одному изъ указанныхъ двухъ уложеній. Необходимо взвѣшивать по каждому отдѣльному вопросу, насколько принятыя ими нормы отвѣчаютъ особымъ условіямъ вотчиннаго оборота въ Россіи. Нельзя не считаться, въ частности, съ тѣмъ обстоятельствомъ, что населеніе какъ въ Германіи, такъ и въ Швейцаріи болѣе подготовлено къ усвоенію особенностей вотчинной системы, чѣмъ населеніе нашего отечества. Въ виду этого слѣдуетъ въ особенности принимать мѣры предосторожности противъ такъ наз. опасности вотчинной книги, мѣры, безъ которыхъ могутъ, пожалуй, обойтись иностранныя законодательства.

Однако, ясно, что и внѣ зависимости отъ этого момента, необходимо вникать въ нормы обоихъ указанныхъ кодексовъ и разбирать ихъ критически, каковая необходимость усугубляется въ случаѣ расхожденія между ними. Благодаря этому довольно часто оказывается невозможнымъ обходиться безъ ближайшаго разсмотрѣнія постановленій германскаго и швейцарскаго уложеній. Но такъ какъ они для настоящаго труда самостоятельнаго значенія не имѣютъ и такъ какъ задачей его отнюдь не являются и не могутъ

являться изложеніе и разборъ германскаго и швейцарскаго вотчиннаго права, то связанные съ ними спорные вопросы никогда не разсматриваются только сами по себѣ, а всегда лишь съ точки зрѣнія ихъ значенія для нашего проекта. Соблюдать подобное самоограниченіе было естественно не всегда легко. Но оно являлось совершенно необходимымъ, для сохраненія за настоящимъ трудомъ своего характера.

Съ этой же точки зрѣнія приходилось относиться, въ общемъ, и къ основнымъ проблемамъ вотчиннаго права. Было бы, безспорно, очень заманчиво углубляться въ нихъ. Но съ другой стороны, нельзя не признать вполнѣ откровенно, что въ этой области сдѣлано уже столько, что всякій новый трудъ по необходимости долженъ принять характеръ, главнымъ образомъ, компилятивный: какъ исторія возникновенія современной вотчинной системы, такъ и ея принципіальныя основы могутъ считаться выясненными во всѣхъ главныхъ чертахъ и новымъ изслѣдователямъ едва ли удастся прибавить къ этому нѣчто дѣйствительно новое и цѣнное. А одно то обстоятельство, что на русскомъ языкѣ имѣется пока лишь очень небогатая литература о вотчинной системѣ, не можетъ имѣть рѣшающаго значенія. Для цѣлей рядового юриста достаточно существующей литературы, а лица, болѣе заинтересованныя въ этихъ вопросахъ, имѣютъ полную возможность черпать всѣ необходимыя свѣдѣнія изъ литературы иностранной. И нельзя не замѣтить, по этому поводу, что именно въ виду бѣдности нашей цивилистической литературы повтореніе въ ней того, что имѣется уже въ юридической литературѣ другихъ народовъ, лишь въ видахъ удобства читателей, является непростительной роскошью — за исключеніемъ, разумѣется, тѣхъ случаевъ, когда имѣются въ виду цѣли учебныя.

При такихъ условіяхъ, авторъ считалъ правильнымъ ссылаться въ большинствѣ случаевъ лишь съ возможною краткостью на основные принципы и понятія вотчинной системы и сосредоточить свое вниманіе на вопросѣ о проведеніи ихъ въ нашемъ проектѣ, приступая къ самостоятельному разбору ихъ только тогда, когда на отношеніи къ нимъ не приходится говорить о твердо установившемся господствующемъ мнѣніи или когда оказывается невозможнымъ присоединиться къ таковому.

Эти же соображенія естественно привели къ установленію еще одного самоограниченія. Какъ извѣстно, литература по вотчинному праву, въ частности литература германская, чрезвычайно богата какъ по своему содержанію, такъ и по числу появившихся въ печати произведеній. Привлеченіе ихъ въ возможно полномъ объемѣ отвѣчало бы, до извѣстной степени, установившимся въ нашей научной литературѣ традиціямъ и притомъ, не потребовало бы большого труда. Но съ другой стороны, стремленіе къ полнотѣ въ такомъ отношеніи, было бы совершенно нецѣлесообразно. Настоящій трудъ нисколько не выигралъ бы отъ того, если бы къ каждой ссылкѣ на иностранное право были прибавлены указанія на всѣ сочиненія, касающіяся даннаго вопроса. Получился бы только совершенно излишній балластъ въ виду длинныхъ выносокъ, не приносящій къ тому же читателю никакой пользы, а лишь затрудняющій ему оріентироваться.

Въ виду этого авторъ счелъ не только допустимымъ, но даже единственно правильнымъ выбрать нѣкоторое ограниченное число наиболѣе выдающихся и наиболѣе авторитетныхъ трудовъ, трактующихъ германское и швейцарское вотчинное право и ограничиться, въ общемъ, ссылками лишь на нихъ [1]).

По германскому уложенію сюда относятся, прежде всего, курсы двухъ наиболѣе авторитетныхъ знатоковъ его,

1) Впрочемъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда смыслъ привлекомыхъ для сравненія статей BGB. и ZGB. вполнѣ ясенъ и не вызываетъ сколько нибудь серьезныхъ сомнѣній, авторъ ограничивается указаніемъ лишь на самыя эти статьи.

Гирке[1]) и Дернбурга[2]), причемъ можно, впрочемъ, особенно подчеркнуть то обстоятельство, что, какъ извѣстно, первый изъ нихъ является, по своей спеціальности, германистомъ, второй, напротивъ, романистомъ, благодаря чему получается освѣщеніе разсматриваемыхъ ими нормъ съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія. Наряду съ ними привлекается постоянно курсъ вещнаго права болѣе молодого автора, профессора Берлинскаго университета Вольфа[3]), замѣчательный яснымъ и практическимъ отношеніемъ къ возбуждаемымъ вопросамъ. Указанія же этихъ авторовъ-теоретиковъ восполняются ссылками на трудъ выдающагося практика, преслѣдующаго къ тому же, въ первую голову, практическія цѣли, совѣтника Мюнхенскаго верхняго земскаго суда Кобера. Этотъ трудъ является составною частью общеизвѣстнаго комментарія Штаудингера, занимающаго первое мѣсто среди комментаріевъ къ германскому уложенію[4]). Само собой разумѣется, впрочемъ, что весьма нерѣдко приходится привлекать и законодательные матеріалы къ уложенію, въ частности, мотивы къ первому и протоколлы ко второму проекту.

Нѣсколько больше затрудненій представляетъ выборка соотвѣтствующихъ трудовъ по швейцарскому праву, благодаря тому, что литература новаго уложенія еще сравнительно небогата. Однако ясно, что въ первую очередь должны быть привлекаемы Erläuterungen zum Vorentwurf, являющіяся прекраснымъ пособіемъ къ изученію новаго права. Но что касается литературы въ тѣсномъ смыслѣ слова, то тутъ изъ числа курсовъ въ качествѣ пособія можно пользоваться уже только трудомъ Туора[5]), между

1) Gierke, Deutsches Privatrecht II, Leipzig 1905.

2) Dernburg, Das bürgerliche Recht III, Sachenrecht, Halle 1908.

3) Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, Wolff, Sachenrecht, Marburg 1913.

4) v. Staudingers Kommentar zum BGB. und dem EG. III, Kober, Sachenrecht, München 1912.

5) Tuor, Das neue Recht, Zürich 1912.

тѣмъ какъ работа Курти[1]), будучи разсчитана на неюристовъ, не можетъ принести пользы. Но такъ какъ и работа Туора имѣетъ характеръ нѣсколько элементарный, то приходилось въ большей еще степени опираться на комментаріи Гмюра[2]) и Эггера[3]). Къ сожалѣнію, надо, однако, отмѣтить, что посвященная вещному праву часть перваго изъ нихъ ко времени приступленія къ печатанію настоящаго труда еще не закончена. Вышли лишь первый и третій отдѣлы, между тѣмъ какъ отъ второго, въ который должно войти ученіе о сервитутахъ, вотчинныхъ повинностяхъ и залоговомъ правѣ, появился лишь первый выпускъ. Объ этомъ приходится пожалѣть тѣмъ болѣе, что комментарій Гмюра обладаетъ, насколько можно судить въ настоящее время, немалою цѣнностью, въ особенности благодаря тому, что онъ стремится къ большей самостоятельности, чѣмъ комментарій Эггера, опирающійся въ области вещнаго права всецѣло на германскую литературу о BGB. и въ большинствѣ случаевъ лишь приноровливающій ея выводы къ ZGB.

Итакъ, въ общемъ и въ случаяхъ, не возбуждающихъ серьезныхъ сомнѣній, авторъ опирается на только что указанныя сочиненія. Но само собой разумѣется, что въ случаѣ необходимости имѣющаяся литература привлекается съ большею или меньшею полнотой. Это бываетъ какъ при молчаніи о томъ или иномъ вопросѣ положенныхъ въ основу сочиненій, такъ и при спорности разсматриваемыхъ вопросовъ. Но кромѣ того, это бываетъ и тогда, когда авторъ считаетъ себя вынужденнымъ приступить къ самостоятельному разбору какого либо изъ основныхъ институтовъ вотчиннаго права.

1) Curti, Das schweizerische Zivilrecht, gemeinverständlich dargestellt, Zürich 1910.

2) Gmür, Kommentar zum Schweizerischen ZGB., IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Art. 641—729 von Leemann, II. Abteilung, I. Lieferung, Art. 730—763 von Leemann, III. Abteilung, Art. 919—977 von Ostertag. Bern 1911/12.

3) Egger-Escher-Reichel-Waechter-Wieland, Kommentar zum Schweizerischen ZGB., IV, Wieland, Sachenrecht, Zürich 1908.

При такихъ условіяхъ, ни для одного рецензента настоящаго труда не будетъ затруднительно указать, хотя бы на основаніи любого каталога, цѣлый рядъ сочиненій по вотчинному праву или вовсе не упомянутыхъ или упомянутыхъ только въ связи съ отдѣльными вопросами. Но предпамѣренное умолчаніе о подобныхъ сочиненіяхъ необходимо, по убѣжденію автора, въ интересахъ настоящаго труда. А съ другой стороны, такое умолчаніе ничуть не должно быть признаваемо доказательствомъ незнакомства съ ними автора.

Остается указать еще на одинъ вопросъ.

Въ русской литературѣ, посвященной проекту ВУ., сравнительно много вниманія было удѣлено вопросу о томъ, можетъ ли ВУ. быть введенъ въ дѣйствіе до составленія поземельной регистраціи или такъ наз. кадастра. Авторъ считаетъ излишнимъ посвятить этой проблемѣ болѣе подробное изложеніе: все, что можетъ быть сказано по поводу ея, уже сказано и читатели, спеціально интересующіеся ею, могутъ найти всѣ необходимыя данныя въ изслѣдованіяхъ другихъ писателей [1]). Поэтому авторъ считаетъ возможнымъ избѣжать и по этому вопросу ненужнаго загроможденія своего труда особой главой, которой все равно былъ бы присущъ лишь характеръ компиляціи. Напротивъ, кажется вполнѣ достаточнымъ отмѣтить, что весь споръ по этому вопросу покоится, въ значительной степени, на недоразумѣніи или, точнѣе, на недостаточномъ выясненіи различія между задачами вотчинной книги, съ одной стороны, и кадастра, съ

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 34 сл., 1896 г. I, стр. 34 сл., Ж. О. К., стр. 14 сл., Записка министра юстиціи, стр. 10 сл., Лыкошинъ, Ипотечная реформа и межеваніе, Ж. М. Ю. 1897, 4, Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 40. За необходимость предварительнаго созданія кадастра заступается Минцловъ, О первоначальной запискѣ имѣній въ вотчинную книгу, Ж. М. Ю. 1896, 7 и Объ индивидуализаціи недвижимыхъ имѣній, Ж. М. Ю. 1897, 8 и 9. Ср. также Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 400 сл. — Нѣмецкая литература по этому вопросу указана у Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I, S. 252 flg.

другой. Первая касается, какъ было указано неоднократно, исключительно юридической стороны землевладѣнія, вторая — фактической. Въ частности, вотчинная книга не имѣетъ никакого отношенія къ вопросу о пространствѣ и границахъ земельныхъ единицъ и указанія фактическаго характера, помѣщаемыя въ первомъ отдѣлѣ вотчинной книгѣ, служатъ исключительно информаціоннымъ цѣлямъ.

Нельзя, разумѣется, отрицать, что вотчинный оборотъ значительно выигралъ бы, если бы вотчинная книга могла опираться на безупречный кадастръ и если бы между книгой и кадастромъ была установлена безусловная связь [1]). Отсутствіе такой связи, безспорно, приведетъ къ весьма чувствительнымъ неудобствамъ, тѣмъ болѣе, что особенности землевладѣнія въ Россіи, въ частности, затруднительность опредѣленія отдѣльныхъ земельныхъ единицъ, дадутъ себя знать уже при первомъ составленіи вотчинныхъ книгъ — несмотря на мѣры предосторожности, принятыя въ этомъ отношеніи проектомъ [2]). Однако, все это далеко не въ состояніи обезцѣнить вотчинную систему, какъ таковую. При другихъ порядкахъ она могла бы функціонировать болѣе удовлетворительно и приносила бы еще большую пользу — въ этомъ сомнѣваться нельзя. Но столь же несомнѣнно то, что введеніе вотчинной системы приведетъ къ упорядоченію вотчиннаго оборота даже при отсутствіи кадастра. Это доказано опытомъ Западной Европы. А если бы поставить вотчинную реформу въ зависимость отъ предварительнаго составленія кадастра, то это было бы равносильно отказу отъ подготовляемаго въ теченіе десятилѣтій и безспорно необходимаго преобразованія. Ибо на основаніи болѣе чѣмъ столѣтняго опыта можно смѣло утверждать, что нѣтъ ни ма-

1) Ср. напр. законъ 29 мая 1911 г. о согласованіи крѣпостныхъ и кадастровыхъ книгъ въ Лифляндской губерніи.

2) Ср. раздѣлъ IV проекта ВУ. о первоначальной запискѣ имѣній въ вотчинныя книги.

лѣйшей надежды на окончаніе государственнаго межеванія въ сколько нибудь близкомъ будущемъ [1]).

Наконецъ, нельзя не подчеркнуть особо еще одного обстоятельства.

При ознакомленіи съ проектомъ ВУ. неминуемо получается впечатлѣніе, что нормы его, не говоря о прочихъ недостаткахъ, въ значительной своей части разсчитаны на потребности лишь крупныхъ и среднихъ землевладѣльцевъ, а также собственниковъ городскихъ участковъ. Со спеціальными нуждами крестьянскаго землевладѣнія, напротивъ, проектъ очевидно не считается. На первый взглядъ можетъ показаться, что это обстоятельство сильно обезцѣниваетъ весь проектъ, если даже не дѣлаетъ его совершенно непригоднымъ. И само собой разумѣется, что при разборѣ проекта именно оно должно было бы быть выдвинуто на первый планъ.

Однако, для правильной оцѣнки проекта необходимо имѣть въ виду, что сами составители его ничуть не сомнѣвались въ необходимости измѣнить и, въ особенности, упростить нормы проекта въ примѣненіи къ крестьянскому землевладѣнію. Это высказывается уже въ п. VII Главныхъ Основаній 1881 г., это подчеркивается снова въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи [2]), говорящихъ прямо о предстоящемъ изданіи особыхъ правилъ для мелкой земельной собственности.

А въ виду этого, слѣдуетъ разсматривать проектъ ВУ. внѣ зависимости отъ потребностей мелкаго крестьянскаго землевладѣнія.

Установивъ, такимъ образомъ, цѣли и границы предлагаемаго изслѣдованія, можно сказать, что порядокъ изложенія его вытекаетъ непосредственно изъ предмета, которому

1) См. Минцловъ, О первоначальной записк'ѣ имѣній въ вотчинныя книги, Ж. М. Ю. 1896, 7, стр. 62 сл., Лыкошинъ, Ипотечная реформа и межеваніе, Ж. М. Ю. 1897, 4, стр. 108 сл.

2) Объясненія 1896 г. I, стр. 56. Ср. Сводъ Замѣчаній, N. N. 60, 1, 80, 81.

оно посвящено. Еще въ составѣ настоящаго введенія дается краткое изложеніе хода работъ по составленію проекта, извлеченное изъ мало доступныхъ, къ сожалѣнію, оффиціальныхъ матеріаловъ. Къ введенію же отнесенъ опытъ характеристики матеріаловъ къ проекту, служащихъ важнымъ пособіемъ къ изученію его. А затѣмъ, далѣе идетъ разсмотрѣніе постановленій проекта, которое ведется, по возможности, въ порядкѣ, принятомъ самимъ проектомъ. Наконецъ, въ заключеніе сдѣлана краткая общая оцѣнка проекта.

Предвосхищая результаты этой оцѣнки, позволительно сказать, что проектъ ВУ., правда, страдаетъ немалыми дефектами, дѣлающими желательною новую тщательную переработку его. Но если бы онъ получилъ силу закона даже въ настоящемъ своемъ видѣ, то и это являлось бы значительнымъ шагомъ впередъ по направленію къ упорядоченію нашего гражданскаго оборота и къ реформѣ нашего гражданскаго права, чего, разумѣется, нельзя было бы не привѣтствовать. Но автору настоящаго труда, тѣмъ не менѣе, хотѣлось бы надѣяться, что мы получимъ ВУ. хорошій не только по сравненію съ нынѣ дѣйствующимъ правомъ, а хорошій по сравненію и съ лучшими твореніями современнаго западно-европейскаго законодательнаго искусства. И наилучшей наградой за выполненную имъ работу было бы, если бы эта работа способствовала, хотя бы въ самой скромной мѣрѣ, достиженію такого результата. Но даже независимо отъ этого, онъ сочтетъ свою задачу исполненной, если настоящій трудъ дастъ починъ ближайшей разработкѣ нашего будущаго вотчиннаго права и облегчитъ трудъ дальнѣйшихъ изслѣдователей, освобождая ихъ отъ необходимости выяснять самыя основы его и давая имъ тѣмъ самимъ возможность посвящать свое вниманіе тѣмъ болѣе детальнымъ и тонкимъ вопросамъ, которые при предпринятой нынѣ первой разработкѣ законодательнаго памятника не могли не оставаться незатронутыми, а подчасъ и незамѣченными.

II. Исторія составленія проекта.

§ 2. Отъ пятидесятыхъ годовъ до 1881 г.

Проектъ ВУ. является непосредственнымъ плодомъ работы, начавшейся лишь въ восьмидесятыхъ годахъ прошлаго столѣтія, т. е. послѣ передачи дѣла вотчинной реформы въ вѣдѣніе редакціонной по составленію проекта гражданскаго уложенія комиссіи. Однако, стремленіе къ преобразованію нашего иммобиліарнаго права проявлялось уже гораздо раньше. И нельзя отрицать, что именно оно подготовило почву для внесеннаго нынѣ на разсмотрѣніе законодательныхъ учрежденій проекта и притомъ въ двоякомъ смыслѣ. Оно вызвало въ правительственныхъ кругахъ и въ общественномъ мнѣніи убѣжденіе въ необходимости реформы дѣйствующаго порядка пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ въ недвижимости, и оно привело, благодаря постепенной выработкѣ цѣлаго ряда отдѣльныхъ проектовъ, къ выясненію основныхъ мыслей и принциповъ, на которыхъ должно быть построено преобразованіе [1]).

Уже въ сороковыхъ годахъ въ литературѣ стали раздаваться голоса въ пользу введенія у насъ такъ наз. ипотечной системы и не болѣе, чѣмъ черезъ десятилѣтіе пра-

1) Историческія данныя текста заимствованы изъ Трудовъ Ипотечной комиссіи, т. I и II, СПбургъ 1873/74, Объясненій къ проекту ВУ. 1893 г. I, стр. 3 сл., Объясненій къ проекту 1896 г. I, стр. 3 сл., Журнала Высочайше учрежденной Особой при Государственномъ Совѣтѣ Комиссіи для предварительнаго обсужденія проектовъ учрежденія вотчинныхъ установленій и вотчиннаго устава, стр. 1 сл., и изъ Записки министра юстиціи по проектамъ введенія вотчиннаго преобразованія, стр. 30 сл. Ср. также И. А. Базановъ, Вотчинный режимъ. Въ этомъ трудѣ подробно изложена на стр. 143—245 исторія движенія въ пользу реформы иммобиліарнаго права, причемъ принимаются въ соображеніе какъ правительственные проекты, такъ и предположенія отдѣльныхъ частныхъ лицъ, а равно отношеніе къ тѣмъ и другимъ общей и юридической печати. Авторъ, кромѣ того, стремится установить связь между общими политическими и культурными теченіями русской жизни и ходомъ работъ въ области вотчинной реформы.

вительство вняло имъ и предприняло первые шаги къ осуществленію реформы. А именно, II отдѣленію собственной Его Величества канцеляріи, находившемуся въ то время подъ управленіемъ графа Д. Н. Блудова, было поручено составить проектъ по этому вопросу [1]). Вслѣдствіе этого, въ 1859 г. имъ былъ внесенъ въ Государственный Совѣтъ проектъ „Положенія объ обезпеченіи договоровъ и обязательствъ ипотечнымъ порядкомъ“.

Если обратить вниманіе, согласно цѣлямъ настоящаго труда, исключительно на право матеріальное, то нельзя не сказать, что этотъ проектъ производитъ впечатлѣніе нѣсколько примитивное. Онъ, прежде всего, дѣйствительно выдвигаетъ, въ полномъ соотвѣтствіи со своимъ заглавіемъ, на первый планъ залоговое право. Оно регулируется сравнительно подробно и притомъ въ духѣ передовыхъ къ тому времени западныхъ законодательствъ [2]). Ипотека возникаетъ исключительно вслѣдствіе внесенія, основаніемъ которому служатъ крѣпостные акты или судебныя рѣшенія или отношенія правительственныхъ мѣстъ [3]). Наряду съ принципомъ внесенія строго проводятся принципы спеціальности и старшинства [4]). Въ случаѣ погашенія ипотеки по общему правилу признается повышеніе младшихъ ипотекъ, однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ за собственникомъ сохраняется право распоряженія освободившимся мѣстомъ [5]). По отношенію къ ипотекамъ же высказывается принципъ абсолютной гласности ипотечной книги [6]).

1) О томъ, въ какомъ году было дано это порученіе и чѣмъ оно непосредственно было вызвано, нѣтъ, къ сожалѣнію, свѣдѣній въ опубликованныхъ матеріалахъ по исторіи проекта.

2) Проектъ графа Блудова напечатанъ въ Трудахъ Ипотечной Комиссіи I, стр. 35 сл.

3) Ст. 35 сл., ср. Прил. III, ст. 40 сл.

4) Ст. 6, 21, 32, 33.

5) Ст. 7 сл.

6) Ст. 14, 15.

Далѣе, нѣсколько статей посвящено вопросу объ удовлетвореніи ипотечнаго вѣрителя, причемъ выставляется принципъ неограниченной личной отвѣтственности должника [1]), хотя личному иску и приписывается, повидимому, значеніе лишь субсидіарное [2]).

Объ остальныхъ вотчинныхъ правахъ упоминается лишь мимоходомъ [3]). Право собственности пріобрѣтается независимо отъ внесенія въ вотчинную книгу. Съ внесеніемъ связано лишь право распоряженія недвижимостью [4]). При этомъ, въ пользу третьихъ добросовѣстныхъ лицъ, пріобрѣтающихъ права отъ внесеннаго въ книгу собственника, признается принципъ публичной вѣры вотчинной книги [5]). Кромѣ того, внесенныя въ книгу права изъемлются отъ дѣйствія давности [6]). Это относится, въ частности, и къ правамъ въ чужой недвижимости, на которыя проектъ, впрочемъ, обращаетъ очень мало вниманія и которыя именуются имъ „ограниченіями права собственности“ [7]), каковому примѣру послѣдовали, къ сожалѣнію, и составители позднѣйшихъ проектовъ, вплоть до новѣйшаго [8]).

Противъ этого проекта были выставлены возраженія министрами юстиціи и финансовъ, которыя, впрочемъ, матеріальнаго права не коснулись [9]). Среди нихъ особенно характернымъ было указаніе министра юстиціи на необходимость предварительной, до составленія вотчинныхъ книгъ, точной оцѣнки недвижимостей — характерно оно потому, что въ немъ впервые отразилось сыгравшее впослѣдствіи, какъ

1) Ст. 17 сл.
2) Ст. 23.
3) Ст. 2, 16, 25 сл., 28.
4) Ст. 25.
5) Ст. 26, 27.
6) Ст. 16.
7) Ст. 2.
8) Ср. проектъ ВУ. 1907 г., заглавіе гл. II раздѣла I: „О правахъ въ чужомъ имѣніи или объ ограниченіяхъ права собственности“.
9) Труды ипотечной комиссіи I, стр. 7 сл.

извѣстно, большую роль мнѣніе, будто бы ипотечная или вообще вотчинная система можетъ быть введена лишь при существованіи кадастра.

Государственный Совѣтъ, однако, разсматривая представленный ему проектъ, пришелъ къ убѣжденію [1]), что вопросъ о введеніи ипотечной системы находится въ непосредственной связи съ вопросомъ объ устройствѣ земскихъ банковъ, обсуждаемымъ къ тому времени въ особой комиссіи. Вслѣдствіе этого и было постановлено передать проектъ 1859 г. въ эту комиссію.

Указанная комиссія выдѣлила изъ своего состава особый отдѣлъ, которому и была поручена разработка вопроса объ ипотечной реформѣ [2]). Отдѣлъ намѣтилъ рядъ руководящихъ началъ [3]), по которымъ, однако, довольно трудно судить о томъ, какого характера проектъ получился бы на основаніи ихъ. Получается, во всякомъ случаѣ, впечатлѣніе, что онъ не ушелъ бы далеко отъ проекта 1859 г. Наряду съ этимъ интересенъ тотъ фактъ, что составленіе кадастра не было признано предварительнымъ условіемъ для составленія ипотечной книги.

Тѣмъ не менѣе, вскорѣ послѣ этого работа комиссіи пріостановилась. Поводомъ къ этому явилось возникшее уже въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ предположеніе о заведеніи поземельныхъ книгъ, т. е. того же кадастра. Лишь въ мартѣ 1867 г. въ комиссію были переданы выработанные въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ проекты Положенія о составленіи поземельныхъ книгъ и формъ этихъ книгъ. Но къ дальнѣйшимъ работамъ комиссія уже не приступила „за выбытіемъ изъ нея многихъ членовъ“ — какъ сообщается въ Трудахъ Ипотечной Комиссіи [4]).

1) тамъ-же, стр. 9.
2) тамъ-же, стр. 9 сл.
3) тамъ-же, стр. 11 сл.
4) тамъ-же, стр. 12 сл.

Въ томъ же 1867 г., въ декабрѣ мѣсяцѣ, состоялось Высочайшее повелѣніе о передачѣ дѣлъ объ ипотечной системѣ въ министерство юстиціи. И только послѣ этого наступаетъ періодъ болѣе плодотворныхъ работъ — правда, также не приведшихъ къ цѣли.

Основанія, на которыхъ должны были происходить работы, были очерчены въ всеподданнѣйшей запискѣ министра юстиціи графа Палена [1]), цѣнной, прежде всего, тѣмъ, что въ ней выясняется полная независимость вопроса о вотчинной реформѣ отъ вопросовъ экономическихъ, касающихся учрежденія земскихъ банковъ и поземельной регистраціи. Сказанное по поводу послѣдняго и въ настоящее время еще не утратило своего интереса, благодаря упомянутому уже выше обстоятельству, что и въ новѣйшей еще литературѣ раздаются голоса, требующіе предварительнаго, до введенія вотчинной системы, составленія кадастра. Между тѣмъ, въ сущности, уже въ запискѣ графа Палена, составленной почти полстолѣтія тому назадъ, высказаны всѣ аргументы, на основаніи которыхъ долженъ рѣшаться этотъ вопросъ: „Задача поземельной регистраціи есть приведеніе въ извѣстность составныхъ частей недвижимости, имѣющихъ цѣнность преимущественно для опредѣленія размѣра участія собственника въ отправленіи поземельныхъ повинностей. Задачу ипотечной системы составляетъ укрѣпленіе правъ собственности на недвижимое имѣніе и обезпеченіе лежащихъ на немъ долговъ“.

Если замѣнить слова „ипотечная система“ словами „вотчинная система“ и соотвѣтственно расширить опредѣленіе задачи послѣдней, то нельзя не признать, что въ этихъ двухъ фразахъ заключается выясненіе недоразумѣнія, и понынѣ волнующаго часть юристовъ.

До перваго засѣданія членамъ новой комиссіи была

1) тамъ-же, стр. 2 сл.

разослана записка [1]), содержавшая систематическое изложеніе соображеній по ряду основныхъ вопросовъ, отъ рѣшенія коихъ находились въ зависимости направленіе и порядокъ дальнѣйшихъ работъ комиссіи. Нельзя не отмѣтить, притомъ, что въ этой запискѣ проявляется то же ясное и сознательное отношеніе къ задачамъ комиссіи, которымъ отличается уже всеподданнѣйшій докладъ графа Палена. Правда, и здѣсь шла рѣчь не столько объ упорядоченіи поземельнаго оборота вообще, сколько о введеніи ипотечной системы въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но съ другой стороны нельзя не признать, что составители записки избрали вполнѣ современную исходную точку зрѣнія, выставляя на первый планъ основные принципы, которыхъ и понынѣ придерживаются наилучшіе законодательные памятники.

Ипотечная комиссія въ первомъ своемъ засѣданіи [2]) выдѣлила изъ своего состава отдѣлъ, который составилъ, на основаніи упомянутой записки, докладъ комиссіи и выработалъ „Основныя положенія ипотечной системы, коими опредѣляются права кредиторовъ и собственниковъ“ [3]). Можно, впрочемъ, отмѣтить особо, что и отдѣлъ комиссіи опредѣлилъ задачи, рѣшеніе которыхъ предстояло, въ смыслѣ ипотечной, а не вотчинной системы: „Главною цѣлью введенія ипотечной системы отдѣлъ призналъ установленіе прочныхъ основаній для развитія поземельнаго кредита“.

„Основныя положенія“ были разсмотрѣны и исправлены ипотечною комиссіей [4]), а затѣмъ два ея члена, баронъ А. Ф. Штакельбергъ и П. А. Марковъ [5]), выработали предварительный

1) тамъ-же, стр. 15 сл.
2) тамъ-же, стр. 72 сл.
3) тамъ-же, стр. 75 сл., 121 сл.
4) тамъ-же стр. 134 сл., 166 сл.
5) Кажется умѣстнымъ отмѣтить, что даже по однимъ оффиціальнымъ даннымъ получается впечатлѣніе, что плодотворность работъ ипотечной комиссіи должна быть поставлена въ заслугу, прежде всего, этимъ двумъ ея членамъ.

проектъ „Устава о порядкѣ укрѣпленія правъ на недвижимое имущество“ [1]), который былъ положенъ въ основаніе новаго проекта, выработаннаго уже самою комиссіей и одобреннаго окончательно въ засѣданіи отъ 24 мая 1869 г. [2]).

Этотъ проектъ былъ разосланъ на заключеніе вѣдомствамъ, изъ коихъ нѣкоторыя отнеслись къ нему въ высокой степени отрицательно. Вслѣдствіе этого было приступлено къ вторичному пересмотру его, въ результатѣ котораго получился, опять таки послѣ предварительныхъ работъ особаго отдѣла, выдѣленнаго изъ ипотечной комиссіи, новый проектъ, окончательно одобренный комиссіей въ засѣданіи 1 марта 1873 г. [3]).

Проектъ этотъ замѣтно отличается отъ проекта графа Блудова [4]). Непосредственнымъ образцомъ при составленіи его послужилъ, повидимому, прусскій законъ о пріобрѣтеніи права собственности 5 мая 1872 г., хотя прямыхъ указаній на это не имѣется [5]).

На первомъ планѣ и въ новомъ проектѣ стоитъ право залоговое. Праву собственности и правамъ въ чужой недвижимости удѣляется сравнительно мало вниманія — послѣднія, впрочемъ, и тутъ именуются ограниченіями права собственности [6]). Въ общемъ же слѣдуетъ сказать, что въ проектѣ признаются принципы современнаго вотчиннаго права, въ частности, принципы гласности [7]) и публичной вѣры ипотечной книги [8]), старшинства [9]), спеціальности [10]) и изъятія отъ

1) Онъ отпечатанъ въ Трудахъ Ипотечной Комиссіи, т. I, стр. 192 сл.
2) Ср. тамъ-же, стр. 334 сл., 434 сл.
3) Ср. тамъ-же, стр. 529 сл., 574 сл., т. II, стр. 759 сл., 914 сл.
4) Онъ напечатанъ тамъ-же, т. II, стр. 1029 сл.
5) Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten. Ср. также Grundbuch-Ordnung vom 5 Mai 1872. — Базановъ, Вотчинный режимъ стр. 225 признаетъ нашъ проектъ прямо копіей указаннаго прусскаго закона.
6) Ст. 27.
7) Ст. 49.
8) Ст. 128 сл.
9) Ст. 124 сл.
10) Ст. 138 сл.

дѣйствія давности [1]). Что же касается принципа внесенія, то онъ соблюдается лишь въ весьма условномъ смыслѣ. Именно, за внесеніемъ записи въ книгу признается значеніе лишь укрѣпленія, дающаго внесенному лицу право распоряженія [2]).

Довольно подробно регулируется право залога [3]), въ примѣненіи къ которому, впрочемъ, высказываются и нѣкоторыя нормы, имѣющія болѣе общее значеніе. При этомъ, проектъ не ограничивается однимъ развитіемъ по отношенію къ залогу основныхъ началъ вотчинной системы. Онъ, напротивъ, обстоятельно регулируетъ рядъ вопросовъ, которые въ проектѣ графа Блудова или вовсе не упоминались или затрогивались лишь мимоходомъ. Въ частности, слѣдуетъ указать на то, что довольно подробно разсматривается уступка правъ по залогу [4]). Признается и ипотека собственника, которая, къ тому же, можетъ быть установлена путемъ внесенія залога „безъ означенія имени кредитора“ [5]). Вводятся правила, ограждающія кредитора отъ ухудшенія заложенной недвижимости [6]). Допускается предъявленіе къ должнику исковъ не только залогового, но и личнаго, причемъ послѣдній не имѣетъ уже субсидіарнаго характера [7]).

Нельзя, однако, сказать, чтобы проектъ былъ свободенъ отъ недостатковъ. Прежде всего бросается въ глаза нѣкоторая безсистемность, благодаря которой отсутствуетъ ясная грань между нормами матеріально-правовыми и дѣлопроизводственными. Неудовлетворительна и терминологія проекта. Нѣкоторыя и притомъ весьма важныя стороны нормируемыхъ институтовъ вовсе не затрогиваются. Въ частности, нельзя

1) Ст. 130.
2) Ст. 120 сл.
3) Ст. 131 сл.
4) Ст. 150 сл.
5) Ст. 154 сл.
6) Ст. 136 сл.
7) Ст. 145 сл.

не обратить вниманія на то, что совершенно открытымъ остается вопросъ о соотношеніи между ипотекой и обязательственнымъ требованіемъ. Нѣтъ въ проектѣ нѣкоторыхъ институтовъ, желательность которыхъ съ точки зрѣнія интересовъ оборота слѣдуетъ считать доказанной. Сюда относится, въ частности, ипотека кредитная, по терминологіи новѣйшаго проекта ВУ. А съ другой стороны нельзя не указать на то, что въ проектъ введенъ безусловно опасный и недостаточно испытанный на практикѣ институтъ закрытія крѣпостной книги, благодаря которому создается возможность вотчиннаго оборота внѣ вотчинной книги и внѣ вотчиннаго установленія, въ силу одной передачи свидѣтельства о закрытіи книги [1]). Это является безспорно крайностью. И какъ извѣстно, новѣйшія западныя законодательства относятся къ этому институту совершенно отрицательно [2]).

Однако, несмотря на эти недостатки, можно сказать, что проектъ 1873 г. все же представляетъ огромный шагъ впередъ по сравненію съ проектомъ 1859 г.

Онъ былъ внесенъ министромъ юстиціи въ 1874 г. въ Государственный Совѣтъ — „въ нѣсколько измѣненномъ видѣ“, какъ сообщаютъ Объясненія къ проекту ВУ. [3]). Государственный Совѣтъ, однако, ограничился извлеченіемъ изъ него „Главныхъ Основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество“ [4]).

Можно сказать, что эти Главныя Основанія совпадаютъ, насколько дѣло идетъ о матеріальномъ правѣ, по всѣмъ существеннымъ вопросамъ съ постановленіями проекта 1873 г. Встрѣчаются нѣкоторыя отступленія, но они не имѣютъ большого значенія и не представляютъ особаго интереса, за

1) Ст. 78 сл.

2) Исключеніемъ являются лишь законодательства тѣхъ экзотическихъ территорій, которыя приняли такъ наз. систему Торренса.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 4, 1896 г. I, стр. 4.

4) Они напечатаны въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 7 сл., 1896 г. I, стр. 7 сл.

исключеніемъ, пожалуй, установленія, въ противоположность проекту, лишь реальной отвѣтственности по залогу [1]).

Въ связи съ этимъ, Государственный Совѣтъ мнѣніемъ положилъ представить проектъ Главныхъ Основаній на Высочайшее утвержденіе и ходатайствовать о соизволеніи на то, чтобы всѣ проектированныя министерствомъ юстиціи по настоящему вопросу предположенія были разсмотрѣны въ особой комиссіи изъ членовъ Государственнаго Совѣта и чтобы они затѣмъ были внесены въ соединенные департаменты законовъ, государственной экономіи и гражданскихъ и духовныхъ дѣлъ. При этомъ особой комиссіи должно было быть предоставлено право, „при окончательной разработкѣ проектовъ законоположеній объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество, допускать тѣ частныя отступленія отъ издаваемыхъ нынѣ главныхъ основаній, которыя при подробномъ развитіи сихъ послѣднихъ могли бы оказаться необходимыми, съ тѣмъ однако, чтобы о каждомъ такомъ отступленіи и о побудительныхъ къ нему причинахъ были приводимы въ журналахъ комиссіи надлежащія объясненія“.

Мнѣніе Государственнаго Совѣта удостоилось Высочайшаго утвержденія 19 мая 1881 г. [2]). Тѣмъ не менѣе, его предположенія о дальнѣйшемъ ходѣ работъ не осуществились: уже въ слѣдующемъ за тѣмъ году дѣло реформы было передано въ Высочайше учрежденную для составленія проекта гражданскаго уложенія комиссію. И съ этого момента начинается уже новая эра въ исторіи вотчинной реформы.

§ 3. Составленіе проекта ВУ.

3 ноября 1882 г. состоялось Высочайшее повелѣніе [3]) о томъ, чтобы

1) Ср. ст. 145 сл. проекта 1873 г. съ ст. 20 Главныхъ Основаній.

2) III П. С. З., т. I, № 176.

3) тамъ-же, т. II, № 1160.

„1) первоначальное начертаніе проектовъ а) положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество и б) правилъ объ устройствѣ учрежденій, завѣдывающихъ крѣпостными книгами въ городахъ, гдѣ нѣтъ окружныхъ судовъ, возложить на редакціонную комиссію, образованную въ составѣ Высочайше учрежденнаго комитета для составленія проекта гражданскаго уложенія, и

2) выработанныя редакціонною комиссіей предположенія по симъ предметамъ подвергнуть разсмотрѣнію въ соединенномъ присутствіи состоящей при Государственномъ Совѣтѣ комиссіи для разработки проектовъ законоположеній объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имущество и упомянутаго комитета съ тѣмъ, чтобы заключеніе означеннаго присутствія внесено было на уваженіе соединенныхъ департаментовъ законовъ, экономіи и гражданскаго, не ожидая окончанія работъ по изготовленію проекта гражданскаго уложенія [1]).“

Несмотря на такое измѣненіе плана работъ по составленію проекта, редакціонная комиссія сочла себя формально связанною мнѣніемъ Государственнаго Совѣта 1881 г., насколько оно касалось соотношенія между Главными Основаніями и будущимъ проектомъ. Она высказываетъ это неоднократно и въ частности, утверждаетъ, по отношенію къ выработанному ею въ 1893 г. проекту, что онъ является „лишь развитіемъ Высочайше утвержденныхъ 19 мая 1881 г. главныхъ основаній предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество“ [2]). Съ другой стороны, однако, нельзя не отмѣтить, что уже въ Объясненіяхъ къ проекту

1) Историческія свѣдѣнія, сообщаемыя въ настоящемъ параграфѣ, почерпнуты изъ Объясненій къ проекту ВУ. 1893 г. I, стр. 3 сл., 39 сл., изъ Объясненій къ проекту ВУ. 1896 г. I, стр. 3 сл., 48 сл., изъ Журнала Особой Комиссіи, стр. 1 сл. и изъ статьи г. Гептнера, Прибавленіе къ проекту Гражданскаго Уложенія, Ж. М. Ю. 1906, 5, стр. 281 сл. Ср. также Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 242 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 43.

1896 г. эта фраза отпадаетъ [1]), очевидно, потому, что сама редакціонная комиссія сознала ея необоснованность. И въ самомъ дѣлѣ, вѣрность комиссіи предначертаніямъ Государственнаго Совѣта болѣе чѣмъ сомнительна.

Разумѣется, основныя начала ипотечной или вотчинной системы не могли не быть одними и тѣми же въ новомъ проектѣ и въ Главныхъ Основаніяхъ, хотя, напр., принципъ внесенія получилъ въ первомъ совершенно новое значеніе. Но тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ признать за работами редакціонной комиссіи вполнѣ самостоятельное значеніе. Проведеніе въ деталяхъ сравненія между ними и Главными Основаніями завело бы, очевидно, слишкомъ далеко. Но достаточно указать хотя бы на основное между ними различіе, заключающееся въ томъ, что Главныя Основанія стремились, по примѣру предшествовавшихъ проектовъ, къ созданію ипотечной системы, между тѣмъ какъ редакціонная комиссія создала систему вотчинную. При этомъ и матеріальное содержаніе нормъ, входящихъ какъ въ Главныя Основанія, такъ и въ проектъ ВУ., очень часто не совпадаетъ. Это обстоятельство особенно поражаетъ въ области залогового права, гдѣ, казалось бы, сравнительная полнота Главныхъ Основаній давала достаточный матеріалъ для заимствованій. Между тѣмъ, именно тутъ имѣется немало принципіально важныхъ и допущенныхъ вполнѣ сознательно отступленій. Въ частности можно упомянуть о томъ, что редакціонная комиссія рѣшительно отказывается отъ института ипотеки собственника [2]) и вводитъ снова личную, хотя и лишь дополнительную отвѣтственность должника по залогу [3]). А наряду съ этимъ она отклоняетъ институтъ за-

1) Ср. т. I, стр. 52.

2) Ср. Гл. Осн. 23, 25, 26 и Объясненія 1893 г. I, стр. 369 сл., 507 сл., 1896 г. I, стр. 380 сл., 511 сл.

3) Ср. Гл. Осн. 20 и ВУ. 101, а также Объясненія 1893 г. I, стр. 486 сл., 1896 г. I, стр. 489 сл.

крытія вотчинной книги [1]) и измѣняетъ условія наступленія безповоротности пріобрѣтенія правъ по вотчинной книгѣ [2]). Правда, встрѣчаются и случаи, въ которыхъ редакціонная комиссія оправдываетъ выработанныя ею постановленія, главнымъ образомъ, ссылкою на Главныя Основанія [3]). Но они носятъ довольно спорадическій характеръ и нельзя вполнѣ освободиться отъ впечатлѣнія, что подобныя ссылки вызваны, прежде всего, затрудненіемъ мотивировать удовлетворительно только что выставленную норму [4]).

При такихъ условіяхъ, нельзя не признать самостоятельнаго по отношенію къ Главнымъ Основаніямъ характера работъ редакціонной комиссіи и нельзя не считать передачу дѣлъ по вотчинной реформѣ въ вѣдѣніе ея началомъ новой эры [5]).

Въ составленіи проекта ВУ. принимали участіе въ качествѣ членовъ редакціонной комиссіи гг. Стояновскій, Книримъ, Лукьяновъ, Малышевъ, Голевинскій, Карницкій, Гантоверъ [6]). Къ сожалѣнію, нѣтъ свѣдѣній о томъ, какимъ

1) Ср. Гл. Осн. 35, 36 и Объясненія 1896 г. I, стр. 115 сл.

2) Ср. Гл. Осн. 15 и ВУ. 18, а также Объясненія 1893 г. I, стр. 76 сл., 1896 г. I, стр. 88 сл.

3) См. Объясненія 1893 г. I, стр. 162, 268, 284 и др. 1896 г. I, стр. 185, 286, 302 и др.

4) Самостоятельность проекта по отношенію къ Главнымъ Основаніямъ признаетъ и Базановъ, ук. соч., стр. 242, между тѣмъ какъ Вербловскій, Новѣйшій проектъ ВУ., Сборникъ правовѣдѣнія, 1895, 4, стр. 204, полагаетъ, что „всѣ эти проекты (1893 г.) построены главнымъ образомъ на Высочайше утвержденныхъ 19 мая 1881 г. главныхъ основаніяхъ предполагаемаго порядка укрѣпленія правъ на недвижимое имущество и являются, за немногими исключеніями, дальнѣйшимъ развитіемъ главныхъ основаній". Однако, г. Вербловскій, очевидно, введенъ въ заблужденіе, съ одной стороны, никѣмъ не отрицаемымъ сходствомъ основныхъ принциповъ ипотечной или вотчинной системы, на которыхъ построены и Главныя Основанія и проектъ ВУ., а съ другой — приведеннымъ выше въ текстѣ утвержденіемъ редакціонной комиссіи, что проектъ ВУ. является „лишь развитіемъ" Главныхъ Основаній.

5) О нѣкоторыхъ предварительныхъ работахъ, исполненныхъ комиссіей до приступленія къ составленію проекта ВУ., говорится въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 39 сл., 1896 г. I, стр. 48 сл.

6) Подписями названныхъ въ текстѣ лицъ снабженъ проектъ ВУ.

образомъ работа была распредѣлена между ними и вообще, какимъ путемъ она производилась. Но какъ бы то ни было, въ 1893 г. редакціонная комиссія обнародовала первый проектъ ВУ. при обширныхъ, въ двухъ томахъ, „Объясненіяхъ". Одновременно были обнародованы, также при „Объясненіяхъ", проекты дополнительныхъ къ ВУ. законоположеній, а именно проектъ Учрежденія вотчинныхъ установленій [1]), проектъ Положенія о порядкѣ взысканія съ недвижимыхъ имѣній, находящихся въ мѣстностяхъ, гдѣ введенъ въ дѣйствіе ВУ. [2]) и проектъ Правилъ объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ договоровъ съ казною и съ кредитными установленіями [3]). Проекты эти были разосланы на заключеніе ряда учрежденій и лицъ [4]), а послѣдовавшія замѣчанія были опубликованы въ 1895 г. въ „Сводѣ Замѣчаній". Затѣмъ, комиссія приступила къ новой обработкѣ проекта, въ результатѣ каковой появилась въ свѣтъ, въ 1896 г., вторая редакція предварительнаго проекта, опять таки при „Объ-

1896 г., а также проекты дополнительныхъ къ нему законопроектовъ этого же года. Автору, къ сожалѣнію, не удалось раздобыть снабженный подписями экземпляръ проекта 1893 г., а другихъ достаточно точныхъ указаній на личности составителей этого проекта въ его распоряженіи не имѣется. Но ср. ук. статью Гептнера, Ж. М. Ю. 1906, 5, стр. 331 сл.

1) Цитируется УВУ.

2) Цитируется ППВ.

3) Цитируется ПДК.

4) Точныхъ свѣдѣній о томъ, кому именно былъ разосланъ проектъ ВУ., въ печати не имѣется. Въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 52 лишь сказано, что всѣ 4 проекта „были, во исполненіе Высочайшаго повелѣнія отъ 2 іюля 1893 г., препровождены на заключеніе разнымъ лицамъ и учрежденіямъ". Указанное же Высочайшее повелѣніе не напечатано ни въ П. С. З., ни въ Собраніи узаконеній и расп. прав. А въ ук. статьѣ г. Гептнера сказано лишь, что была произведена разсылка „лицамъ и учрежденіямъ, мнѣніе коихъ желательно имѣть въ виду". Изъ помѣщеннаго въ Сводѣ Замѣчаній, на стр. 281 сл. „Алфавитнаго списка учрежденій и лицъ, замѣчанія коихъ вошли въ настоящій сводъ" явствуетъ, что были запрошены мнѣнія юридическихъ факультетовъ, судебныхъ установленій, нотаріусовъ, присяжныхъ повѣренныхъ, земельныхъ банковъ и отдѣльныхъ должностныхъ лицъ.

ясненіяхъ“ въ двухъ томахъ [1]). На этотъ разъ были затребованы отзывы вѣдомствъ, которые и были представлены за время отъ 1897 г. до 1902 г.

На этомъ и кончается роль редакціонной комиссіи. Ея мѣсто заняла Высочайше учрежденная уже въ 1896 г. особая при Государственномъ Совѣтѣ комиссія [2]), въ которую и были переданы проекты съ поступившими на нихъ отзывами. Комиссія пересмотрѣла ихъ за время отъ 29 января 1903 г. по 20 декабря 1904 г., въ результатѣ чего былъ опубликованъ въ 1906 г. третій предварительный проектъ ВУ. при „Журналѣ Особой Комиссіи“.

Затѣмъ, на основаніи проекта особой комиссіи, былъ составленъ окончательный проектъ, который и былъ внесенъ, за подписью министра юстиціи, въ Государственную Думу третьяго созыва, вмѣстѣ съ „Запискою министра юстиціи по проектамъ введенія вотчиннаго преобразованія“. Насколько извѣстно, проектъ, оставшись въ Государственной Думѣ безъ движенія, внесенъ снова, безъ измѣненій, въ Думу четвертаго созыва, гдѣ онъ переданъ въ подкомиссію комиссіи по судебнымъ реформамъ.

На этомъ пока кончается исторія составленія проекта ВУ. И нельзя не высказать пожеланія, чтобы уже въ ближайшемъ будущемъ къ ней прибавилась новая и послѣдняя глава, повѣствующая о прохожденіи проекта черезъ законодательныя палаты и о пріобрѣтеніи имъ силы закона. Тогда и не придется жалѣть о трудахъ, потраченныхъ на вотчинную реформу въ теченіе болѣе чѣмъ полстолѣтія.

1) Одновременно была обнародована и вторая редакція дополнительныхъ къ проекту ВУ. законопроектовъ, а также Объясненій къ нимъ.

2) Данныя о составѣ особой комиссіи сообщаются въ Ж. О. К., стр. 1 сл.

III. Опытъ характеристики матеріаловъ къ проекту ВУ.

§ 4. Составъ матеріаловъ.

Какъ видно изъ сказаннаго въ предыдущемъ параграфѣ, установленія, работавшія надъ проектомъ ВУ., придерживались общепринятаго въ настоящее время обычая вырабатывать и обнародовать вмѣстѣ съ текстомъ проекта и такъ наз. матеріалы. Въ результатѣ получились „Объясненія“ въ двухъ редакціяхъ, „Журналъ Особой Комиссіи“ и „Записка Министра Юстиціи“.

Оставляя въ сторонѣ извѣстный споръ о соотношеніи между матеріалами и закономъ, въ частности о значеніи матеріаловъ для толкованія закона [1]), слѣдуетъ сказать, что для ознакомленія съ законопроектомъ во всякомъ случаѣ желательно и даже необходимо ознакомленіе и съ матеріалами. При стремленіи выяснить содержаніе проекта, освѣтить его критически, обнаружить его достоинства и недостатки, матеріалы могутъ оказать незамѣнимыя услуги. Лишь при ихъ помощи можно установить, какими соображеніями руководились составители проекта, въ какомъ смыслѣ они понимали формулируемыя ими нормы и какіе этапы были пройдены отдѣльными институтами и постановленіями до достиженія ими окончательной формы и окончательнаго содержанія. Къ тому же — и это, быть можетъ, важнѣе всего, — проекты измѣненій и улучшеній едва ли возможны безъ одновременнаго освѣщенія мотивовъ, приведшихъ къ установленію данной нормы.

Нельзя не прибавить еще и указанія на то, что ознакомленіе съ матеріалами не только способствуетъ выясненію

1) Объ исторіи и литературѣ этого спора см. Saxl, Materialien und Gesetz, Berlin 1907.

отдѣльныхъ институтовъ и нормъ, входящихъ въ проектъ, но что оно, кромѣ того, является цѣннымъ подспорьемъ, помогающимъ вникнуть въ самый духъ проекта. И даже строго позитивистское воззрѣніе на задачи науки не сможетъ отрицать за этимъ моментомъ значенія.

Однако, наряду съ Объясненіями, Журналомъ Особой Комиссіи и Запиской Министра Юстиціи имѣются еще Сводъ Замѣчаній и Отзывы вѣдомствъ. Они матеріалами въ тѣсномъ смыслѣ слова не являются. Но они все-же представляютъ значительный интересъ, во-первыхъ, въ виду того, что оказали извѣстное вліяніе на второй и третій предварительные проекты. Они, во-вторыхъ, выясняютъ отношеніе къ проекту высказавшихся въ нихъ учрежденій и лицъ и, освѣщая проектъ съ различныхъ точекъ зрѣнія, способствуютъ его изученію. Во всякомъ случаѣ, даже при нежеланіи признавать эти произведенія матеріалами въ техническомъ смыслѣ слова, слѣдовало бы указать имъ среднее между матеріалами къ проекту и литературой о немъ мѣсто. И уже этимъ оправдывалось бы совмѣстное ихъ съ матеріалами въ тѣсномъ смыслѣ слова разсмотрѣніе.

Далѣе, при разсмотрѣніи матеріаловъ необходимо принять въ соображеніе еще одно литературное произведеніе. Это — „Залоговое право“ члена редакціонной комиссіи Л. В. Гантовера, носящее подзаголовокъ „Объясненія къ положеніямъ главы IV раздѣла I проекта ВУ.“; значеніе его заключается въ томъ, что оно легло въ основаніе части Объясненій 1893 г.

Въ виду сказаннаго, попытка дать характеристику матеріаловъ къ проекту представляется не необоснованной. Правда, въ ней кроятся серьезныя затрудненія и это тѣмъ болѣе, что она является первымъ опытомъ, сдѣланнымъ въ этомъ направленіи — образца для нея нѣтъ и въ иностранной цивилистической литературѣ, въ которой встрѣчаются лишь болѣе или менѣе мимоходныя и случайныя замѣчанія,

касающіяся характера матеріаловъ къ большимъ законодательнымъ актамъ послѣднихъ десятилѣтій [1]). Въ частности, нельзя не сознавать трудности избѣжать, съ одной стороны, недостаточно обоснованныхъ общихъ утвержденій, а съ другой — мелочнаго изложенія деталей. Равно не легко соблюсти постоянно грань между характеристикой матеріаловъ и критикой самаго проекта. Сверхъ того, весьма трудно достигнуть сколько-нибудь исчерпывающей полноты. Матеріалы содержатъ въ себѣ естественно, какъ всякое литературное произведеніе, внутреннія противорѣчія и это тѣмъ болѣе, что самыя важныя изъ относящихся къ нимъ произведеній отражаютъ на себѣ взгляды не одного физическаго лица, а многоголовыхъ комиссій. И если не замѣнять характеристики матеріаловъ пространнымъ пересказомъ ихъ содержанія, то приходится по неволѣ пренебречь тѣми или иными, менѣе существенными элементами.

Наконецъ, слѣдуетъ сказать, что значительный объемъ матеріаловъ не можетъ не затруднить рѣшенія поставленной задачи, даже если ограничиться разсмотрѣніемъ той части ихъ, которая имѣетъ непосредственное отношеніе къ темѣ настоящаго труда, т. е. матеріаловъ къ Введенію и къ раздѣлу I, содержащимъ матеріальное право проекта ВУ. [2]).

Но быть можетъ, предложенная попытка принесетъ нѣкоторую пользу и тогда, когда эти трудности не будутъ вполнѣ преодолены.

---

1) Такія замѣчанія, касающіяся мотивовъ къ германскому уложенію, имѣются, между прочимъ, въ довольно большомъ числѣ въ сочиненіи Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. Они встрѣчаются и у Петражицкаго, Die Lehre vom Einkommen. Ср. также сказанное авторомъ въ его рецензіи на v. Seeler, Der Entwurf des russischen ZGB. въ Krit. Vierteljahrsschrift 1912, 3, S. 377 flg. и въ его статьѣ Reform des russischen Zivilrechts въ Deutsche Juristen-Zeitung 1913, 1.

2) Сюда относятся цѣликомъ оба первыхъ тома Объясненій 1893 и 1896 гг. и приблизительно половина прочихъ матеріаловъ. Впрочемъ дозволительно утверждать, что остальная часть матеріаловъ ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ указанной.

§ 5. Объясненія 1893 и 1896 гг.

Придерживаясь хронологическаго порядка, слѣдовало бы, безъ сомнѣнія, разсмотрѣть сначала Объясненія 1893 г., затѣмъ Сводъ Замѣчаній и лишь послѣ этого Объясненія 1896 г. Однако, соблюденіе такого порядка являлось бы нецѣлесообразнымъ, такъ какъ обѣ редакціи Объясненій стоятъ настолько близко другъ къ другу, что совмѣстное ихъ разсмотрѣніе представляется единственно естественнымъ. Эта близость не подрывается и тѣмъ, что самые проекты обѣихъ редакцій, при несомнѣнномъ ихъ совпаденіи по основнымъ вопросамъ, расходятся въ немаломъ числѣ детальныхъ постановленій. Правда, благодаря этому нѣтъ полнаго внѣшняго тождества и между обѣими редакціями Объясненій. Но, тѣмъ не менѣе, общность замѣчаемыхъ въ нихъ основныхъ чертъ нисколько не нарушается, такъ какъ измѣненія, произведенныя въ Объясненіяхъ 1896 г., носятъ характеръ болѣе или менѣе механическій [1]).

1) Особенно характернымъ въ этомъ отношеніи является сказанное по поводу совокупнаго залога въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 311 сл. и въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 325 сл.: при составленіи проекта 1893 г. произошло разногласіе среди членовъ комиссіи по вопросу о желательности допущенія совокупнаго залога. Положительное мнѣніе взяло верхъ, а въ Объясненіяхъ были помѣщены мнѣнія и большинства и меньшинства. При вторичномъ разсмотрѣніи проекта, однако, комиссіи убѣдилась въ нежелательности спорнаго института. Въ Объясненіяхъ же это отразилось тѣмъ, что мнѣніе прежняго большинства было исключено, между тѣмъ какъ мнѣніе меньшинства было изложено уже безъ всякихъ оговорокъ, какъ мнѣніе всей комиссіи. И безъ сравненія съ Объясненіями 1893 г. даже нельзя усмотрѣть, что здѣсь произошло измѣненіе. Еще болѣе рѣзкій характеръ принимаетъ то же явленіе въ слѣдующемъ случаѣ: комиссія измѣнила свое воззрѣніе о необходимости отсрочки безповоротности въ случаѣ пріобрѣтенія вотчиннаго права путемъ принужденія или подлога; въ Объясненіяхъ же 1896 г. I, стр. 116 и 166 не дается мотивировки этого измѣненія, а просто говорится прямо противоположное тому, что говорилось въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 84 сл. Ср. также сказанное о распространеніи залога на плоды заложеннаго имѣнія въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 397 сл. и въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 409 сл. и разсужденія о допустимости завѣщательнаго залога въ обезпеченіе

Предварительно слѣдуетъ, впрочемъ, указать на то, что значительная часть Объясненій, а именно, весь отдѣлъ о залоговомъ правѣ, является въ значительной части плодомъ заимствованія изъ упомянутаго уже сочиненія Л. В. Гантовера. Нѣтъ, къ сожалѣнію, свѣдѣній о томъ, какъ возникла эта книга и какое существуетъ офиціально соотношеніе между нею и Объясненіями. Можно было бы предполагать, что она является частнымъ трудомъ члена комиссіи, легшимъ, затѣмъ, въ основаніе работъ комиссіи. Однако, такое предположеніе должно быть отвергнуто въ виду того, что въ книгѣ г. Гантовера имѣ-

существовавшихъ уже ранѣе требованій въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 301 сл. и въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 317 сл. Въ указаныхъ только что четырехъ случаяхъ въ Объясненіяхъ 1896 г. упоминается о возраженіяхъ противъ постановленій проекта 1893 г., помѣщенныхъ въ Сводѣ Замѣчаній. Кромѣ того, имѣется рядъ случаевъ, въ которыхъ воспроизведенныя въ Объясненіяхъ 1893 г. особыя мнѣнія меньшинства комиссіи въ Объясненіяхъ 1896 г. уже не помѣщаются — ср., напр., Объясненія 1893 г. I, стр. 450 сл. съ Объясненіями 1896 г. I, 453, 1893 г. I, стр. 511 сл. съ 1896 г. I, стр. 513. Затѣмъ, далѣе, встрѣчается случай измѣненія терминологіи, вызваннаго, очевидно, также указаніями критики. Но тутъ Объясненія не только не даютъ мотивировки предпринятаго измѣненія, но и не указываютъ на Сводъ Замѣчаній — ср. о терминѣ „вотчинныя новинности“ и „сервитуты“ Объясненія 1893 г. I, стр. 49 и 184, 1896 г. I, стр. 62 и 206, Св. Зам. №№ 73 (стр. 89), 76, 77. Бываетъ, впрочемъ, и то, что въ Объясненіяхъ 1896 г. повторяются аргументы, имѣющіеся въ Объясненіяхъ 1893 г., несмотря на то, что они стали неумѣстными вслѣдствіе измѣненія текста проекта — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 402 и Объясненія 1896 г. I, стр. 411. См. по этому поводу ниже, томъ II, § 86. Встрѣчается, однако, и случай, въ которомъ составители Объясненій 1896 г. исправляютъ недосмотры, вкравшіеся въ Объясненія 1893 г. — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 455 сл., съ Объясненіями 1896 г. I, стр. 460 сл., см. ниже, томъ II, § 77. Можно, наконецъ, указать еще и на такой случай, когда въ Объясненіяхъ 1896 г. ставится и разъясняется вопросъ, оставшійся незатронутымъ въ Объясненіяхъ 1893 г. — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 507 и 1896 г. I, стр. 509 сл.

Однако, всѣ эти, къ тому же единичные, случаи расхожденія между обѣими редакціями Объясненій нисколько не нарушаютъ ихъ внутренняго тождества. Тѣмъ болѣе, никакого значенія съ выдвигаемой здѣсь точки зрѣнія не имѣютъ добавленія, введенныя въ Объясненія 1896 г. въ виду необходимости излагать дальнѣйшую, послѣ изданія проекта 1893 г., исторію вотчинной реформы — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 43 съ Объясненіями 1896 г. I, стр. 52 сл.

ются неоднократныя ссылки на мнѣнія, высказанныя въ редакціонной комиссіи [1]). Благодаря этому слѣдуетъ считать наиболѣе вѣроятнымъ, что г. Гантоверу было поручено составить Объясненія къ проекту залогового нрава и что затѣмъ, въ виду обширности его труда, изъ него было сдѣлано извлеченіе, которое и вошло въ изданныя редакціонною комиссіей офиціальныя Объясненія. Къ этому именно сводится соотношеніе между Объясненіями и трудомъ г. Гантовера, насколько первыя посвящены залоговому праву [2]).

Что же касается матеріальнаго содержанія Объясненій, обѣ редакціи коихъ совпадаютъ, какъ было указано, по всѣмъ существеннымъ вопросамъ, то, прежде всего, слѣдуетъ обратить вниманіе на ихъ отношеніе къ дѣйствующему русскому праву. Достаточно извѣстно, что изложеніе послѣдняго, а также критика его слабыхъ сторонъ являются наиболѣе цѣнною частью Объясненій къ проекту ГУ. То же самое слѣдуетъ сказать и объ Объясненіяхъ къ проекту ВУ., хотя въ нихъ значительно рѣже приходится говорить о дѣйствующемъ правѣ. Причины тому очевидны: несмотря на многочисленные новые и до сихъ поръ чуждые нашему праву институты, вводимые въ проектъ ГУ., все же по цѣлому ряду вопросовъ можетъ быть установлена связь между дѣйствующимъ и будущимъ правомъ. Вотчинная система, напротивъ, является чѣмъ-то совершенно новымъ для нашей правовой жизни и потому установле-

1) См., напр., стр. 251 (о формѣ уступки залогового требованія — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 450 сл.), стр. 423 сл. (о завѣщательномъ залогѣ — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 301 сл.), стр. 443 сл. (о совокупномъ залогѣ — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 313 сл.), стр. 481 сл. (о распространеніи безповоротности на принудительный залогъ — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 340 сл.) и др.

2) Извлеченія были сдѣланы главнымъ образомъ изъ постатейныхъ объясненій, имѣющихся въ книгѣ г. Гантовера, при чемъ иногда привлекаются и соображенія, высказываемыя имъ въ отдѣлѣ „Общихъ объясненій“, ср., напр., Гантоверъ стр. 183 и 534 съ Объясненіями 1893 г. I, стр. 365 сл., 196 сл. и 676 сл. съ 446 сл., 278 сл. и 729 сл. съ 484 сл. См. также указанныя въ предыдущемъ примѣчаніи мѣста.

ніе связи между нею и дѣйствующимъ правомъ или совершенно невозможно, или возможно лишь съ большою натяжкой — каковая, впрочемъ, и примѣняется, при случаѣ, редакціонною комиссіей [1]).

Тѣмъ не менѣе, Объясненія пользуются всякимъ поводомъ, чтобы излагать и освѣщать вопросы дѣйствующаго права и нельзя не признать, что отдѣлы, посвященные ему, отличаются высокими достоинствами. На первомъ мѣстѣ среди нихъ стоитъ превосходная оцѣнка недостатковъ дѣйствующей нынѣ системы укрѣпленія правъ на недвижимости [2]), которую слѣдуетъ поставить выше другихъ имѣющихся въ литературѣ критическихъ экскурсовъ на эту тему. Весьма цѣнными являются и историческія, и догматическія свѣдѣнія о пріобрѣтеніи права собственности [3]) и о правѣ залога по русскому праву [4]), а равно извлеченныя изъ нотаріальныхъ архивовъ свѣдѣнія о встрѣчающихся на практикѣ правахъ въ чужой недвижимости [5]).

Нѣсколько менѣе удовлетворительно отношеніе Объясненій къ иностраннымъ законодательствамъ. Правда, и о нихъ сообщаются пространныя свѣдѣнія. Это и вполнѣ естественно въ виду того, что нашъ проектъ не могъ не производить обширныхъ заимствованій изъ нихъ — вотчинная система является, какъ извѣстно, продуктомъ западныхъ законодательствъ, въ частности законодательствъ германскихъ государствъ, и введеніе ея у насъ должно было сводиться въ значительной степени къ рецепціи германско-правовыхъ нормъ. И въ самомъ дѣлѣ, хотя весьма нерѣдко въ Объясненіяхъ привлекаются и право французское,

1) Ср. сказанное въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 68 сл., 1896 г. I, стр. 81 сл. о признаніи дѣйствующимъ правомъ принципа безповоротности. Ср. также Св. Зам. № 73, стр. 85.

2) 1893 г. I, стр. 18 сл., 1896 г. I, стр. 18 сл.

3) 1893 г. I, стр. 149 сл., 1896 г. I, стр. 172 сл.

4) 1893 г. I, стр. 250 сл., 411 сл., 1896 г. I, стр. 268 сл., 420 сл.

5) См. Объясненія 1893 г. I, стр. 180 сл., 188 сл., 190 сл., 197 сл., 1896 г. I, стр. 204 сл., 210 сл., 212 сл., 219 сл.

а также, впрочемъ, и мѣстные законы Прибалтійскихъ губерній и Царства Польскаго, все же больше всего вниманія посвящается праву германскому. Въ общемъ, за изложеніемъ его нормъ слѣдуетъ признать извѣстную цѣнность. Однако, нельзя не указать, по этому поводу, одновременно, и на нѣкоторые недостатки. Прежде всего, бросается въ глаза то обстоятельство, что при разработкѣ проекта 1893 г. была отведена слишкомъ незначительная роль, по сравненію съ партикулярными законодательствами, проекту германскаго уложенія, а по проекту 1896 г. — самому уложенію, къ тому времени, какъ извѣстно, уже готовому [1]). Не вполнѣ удачно, пожалуй, и то, что иногда въ поддержку предположеній редакціонной комиссіи указывается не на первоисточникъ какой-либо нормы, а на позднѣйшія законодательства, позаимствовавшія ее [2]). Встрѣчаются и неточности въ сообщаемыхъ о германскомъ правѣ свѣдѣніяхъ [3]), а иногда дается слишкомъ уже элементарное изложеніе постановленій германскаго [4]), а также, впрочемъ, и римскаго права [5]). Во всякомъ

1) Ср., напр., о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога Объясненія 1893 г. I, стр. 365 сл., 1896 г. I, стр. 376 сл., объ уступкѣ залогового требованія Объясненія 1893 г. I, стр. 449 сл., 1896 г. I стр. 454 сл. и др. Имѣется, впрочемъ, и одинъ случай, въ которомъ Объясненія 1896 г., повторяя сказанное въ Объясненіяхъ 1893 г. о проектѣ германскаго уложенія и относя его къ самому BGB., опускаютъ оговорку, имѣвшуюся въ Объясненіяхъ 1893 г. — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 368 сл. и Объясненія 1896 г. I, стр. 378 сл. А благодаря этому получаются совершенно неправильное утвержденіе, будто BGB. допускаетъ бланковую цессію залоговыхъ актовъ.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 76 сл., 1896 г. I, стр. 88 сл., мотивируя требованіе возмездности сдѣлки, выставляемое въ ст. 18, 1 ВУ., ссылаются на баварское положеніе объ ипотекахъ 1822 г. и на прусскій законъ 1872 г., вмѣсто того, чтобы указать на Allg. Preuss. Landrecht, Einleitung § 96, I, 20 § 423.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 248 сл., 1896 г. I, 266 сл. о Satzung, Объясненія 1893 г. I, стр. 53, 1896 г., I, стр. 67 о первыхъ попыткахъ ипотечной реформы въ Пруссіи и др.

4) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 248 сл., 1896 г. I, 266 о залоговомъ правѣ.

5) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 244 сл., 1896 г. I, стр. 262 сл., гдѣ сообщаются свѣдѣнія о залоговомъ правѣ, которыя могутъ быть почерпнуты изъ любого элементарнаго учебника институцій.

случаѣ, за этимъ отдѣломъ нельзя признать той же цѣнности, каковую безспорно имѣютъ отдѣлы Объясненій, посвященные дѣйствующему русскому праву.

Переходя, затѣмъ, къ вопросу о редакціи и способѣ изложенія Объясненій, можно сказать, что они отличаются замѣчательною ясностью и популярностью языка, благодаря чему усвоеніе высказываемыхъ въ нихъ мыслей не представляетъ никакихъ затрудненій и доступно, пожалуй, и неюристу [1]). Однако, нельзя умолчать и о томъ, что стремленіе редакціонной комиссіи къ популярности изложенія связано, какъ почти всегда въ подобныхъ случаяхъ, и съ нѣкоторыми нежелательными явленіями. Въ частности слѣдуетъ указать на то, что на этой почвѣ получается иногда нѣкоторая расплывчатость и ненаучность изложенія. Подчасъ излагаются весьма пространно соображенія о юридическихъ институтахъ и понятіяхъ, не вызывающихъ, въ сущности, никакого спора [2]). Въ другихъ случаяхъ недостаточно разграничиваются понятія [3]) или дается перечень отдѣльныхъ видовъ вмѣсто формулировки общаго понятія [4]). Не рѣдко встрѣчаются и мало удачныя, уже слишкомъ популярныя аргументаціи въ поддержку того или иного предположенія проекта [5]). Наряду

1) См., напр., Объясненія 1893 г. I, стр. 34 сл., 1896 г. I, 34 о соотношеніи между вотчинной книгой и кадастромъ, 1893 г. I, стр. 64 сл., 1896 г. I, 77 сл. о принципѣ публичности вотчинной книги, 1893 г. I, стр. 71 сл., 1896 г. I, стр. 84 сл. о безповоротности.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 72 сл., 1896 г. I, стр. 85 сл. о понятіи третьихъ лицъ, 1893 г. I, стр. 73 сл., 1896 г. I, стр. 86 сл. о понятіи добросовѣстности, 1893 г. I, стр. 80 сл., 1896 г. I, стр. 92 сл. о понятіи пріобрѣтенія правъ на основаніи договора, 1893 г. I, стр. 421 сл., 1896 г. I, стр. 429 сл. о дѣйствіяхъ должника, клонящихся ко вреду кредиторовъ, 1893 г. I, стр. 476 сл., 1896 г. I, стр. 482 о предварительномъ заявленіи кредиторомъ должнику требованія о платежѣ и др.

3) Ср., напр., о понятіяхъ публичности и безповоротности Объясненія 1893 г. I, стр. 64 сл. и 68 сл., 1896 г. I, стр. 77 сл. и 81 сл. См. ниже, §§ 10 и 19.

4) Ср. объ отмѣткахъ Объясненія 1893 г. I, стр. 111, 1896 г. I, стр. 121.

5) Объясненія 1893 г. I, стр. 76 сл., 1896 г. I, стр. 88 сл. о безмездныхъ сдѣлкахъ, — ср. ниже § 21, Объясненія 1893 г. I, стр. 93 сл., 1896 г.

съ этимъ, нельзя не отмѣтить и того, что комиссія иногда совершенно молчитъ о статьяхъ, имѣющихся въ проектѣ, хотя онѣ несомнѣнно требуютъ обоснованія или поясненія [1]). Наконецъ, въ одномъ случаѣ комиссія признаетъ вполнѣ откровенно, что опредѣленныя статьи проекта излишни, но тѣмъ не менѣе сохраняетъ и даже комментируетъ ихъ [2]).

Однако, наиболѣе интереснымъ и важнымъ является вопросъ о проявляемомъ въ Объясненіяхъ отношеніи комиссіи къ матеріальному содержанію выставляемыхъ ею нормъ. Другими словами, слѣдуетъ поставить вопросъ, какими соображеніями оправдывается содержаніе проекта, достаточно ли убѣдительны конструктивные и цивильно-политическіе аргументы, какое существуетъ соотношеніе между этими двумя категоріями? Это вопросъ тѣмъ болѣе интересный, что онъ рѣшается совершенно различно въ мотивахъ къ двумъ новѣйшимъ западно-европейскимъ кодексамъ: какъ замѣтно даже на первый взглядъ, въ мотивахъ къ первому проекту германскаго уложенія преобладаютъ соображенія конструктивныя, между тѣмъ какъ въ объясненіяхъ къ предварительному проекту уложенія швейцарскаго первую роль играетъ безспорно цивильная политика. И нельзя не сказать, что проявлявшійся въ этомъ образъ мыслей составителей обоихъ уложеній ярко отразился на самихъ кодексахъ.

Что касается Объясненій къ проекту ВУ., то приходится, къ сожалѣнію, констатировать, что цивильно-политическія соображенія въ нихъ выставляются лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Къ тому же, одинъ изъ элементовъ

I, стр. 106 сл. о давностномъ владѣніи, 1893 г. I, стр. 158 сл., 1896 г. I, стр. 181 сл. объ относительности принципа внесенія, 1896 г. I, стр. 89, 491 объ обязанности должника исполнить свое обязательство.

1) О ст. 18 ВУ. по редакціи 1896 г. вовсе не упоминается въ Объясненіяхъ. Равно нѣтъ въ Объясненіяхъ ни слова, которымъ мотивировалось бы требованіе нотаріальнаго совершенія цессіи залогового акта, выставленное въ ст. 88 сл. — ср. ниже, томъ II, § 75.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 170 сл., 1896 г. I, стр. 193 сл.

сознательнаго цивильно-политическаго отношенія къ законопроекту совершенно отсутствуетъ: въ Объясненіяхъ нѣтъ рѣчи о воспитательно-мотиваціонномъ дѣйствіи закона, огромное значеніе котораго выяснено въ настоящее время, благодаря, прежде всего, трудамъ Л. І. Петражицкаго. Оно, кажется, никакой роли при составленіи проекта не играло — ибо нельзя замѣтить слѣдовъ хотя бы безсознательнаго принятія во вниманіе этого момента.

Почти такое же впечатлѣніе получается и тогда, если разсматривать Объясненія съ точки зрѣнія интересовъ народнаго хозяйства. Дѣйствіе предполагаемыхъ нормъ на послѣднее принимается въ соображеніе лишь въ исключительныхъ случаяхъ. Да и тогда приходится констатировать, что комиссія не занимала въ этомъ отношеніи сколько нибудь опредѣленной позиціи.

Правда, въ введеніи къ Объясненіямъ указывается на предстоящее, вслѣдствіе проведенія вотчинной реформы, улучшеніе положенія землевладѣнія [1]). Но въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ вотчинной системы даже этотъ вопросъ почти не затрагивается. И лишь въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ выдвигается народно-хозяйственная точка зрѣнія. При этомъ, особый интересъ представляетъ сопоставленіе двухъ случаевъ, въ одномъ изъ которыхъ комиссія подчиняется воззрѣніямъ, проникнутымъ мэнчестерскимъ духомъ и не только отказывается отъ ограниченія автономной воли частныхъ лицъ, хотя и признаетъ нежелательнымъ ея проявленіе въ данномъ случаѣ, но даже указываетъ пути этому проявленію. Во второмъ случаѣ, напротивъ, комиссія приписываетъ себѣ право ограничивать право распоряженія частныхъ лицъ ради ихъ собственнаго блага — хотя необходимость подобнаго ограниченія кажется, по меньшей мѣрѣ, сомнительной.

1) 1893 г. I, стр. 32 сл., 1896 г. I, стр. 32 сл.

Первый изъ указанныхъ только что случаевъ касается досрочной уплаты по договорамъ найма или продажи лѣса на срубъ [1]). Тутъ комиссія сама высказываетъ мысль, что подобная досрочная уплата представляетъ собой явленіе нежелательное. Но она не считаетъ себя въ правѣ ставить ей какія бы то ни было преграды, такъ какъ это „явилось бы несправедливымъ вторженіемъ въ хозяйственныя распоряженія собственника“ [2]). И въ виду этого комиссія выставляетъ рядъ правилъ, вполнѣ обезпечивающихъ возможность принятія такихъ „хозяйственныхъ распоряженій“.

Второй случай касается вопроса о мобилизаціи недвижимости или, правильнѣе, о мобилизаціи цѣнности недвижимости [3]). Тутъ комиссія исходитъ изъ предположенія, что нельзя признать за землевладѣльцами права пользоваться упрощенными формами обремененія недвижимости, такъ какъ это повело бы къ мобилизаціи, нежелательной въ интересахъ народнаго хозяйства. Можно совершенно оставить въ сторонѣ, какъ то соображеніе, что установленіемъ чисто формальныхъ преградъ наврядъ-ли можно воспрепятствовать намѣчающемуся хозяйственному процессу, такъ и то, что въ

1) 1893 г. I, стр. 232 сл., 237 сл., 1896 г. I, стр. 252 сл., 257 сл.

2) Еще съ большею опредѣленностью и въ болѣе общей формѣ высказывается таже самая мысль по другому поводу. А именно, защищая въ Объясненіяхъ къ проекту 1893 г. институтъ совокупнаго залога, комиссія говоритъ (т. I, стр. 322): „Поступивъ такимъ образомъ, законодательство отдаетъ лишь должную дань началу полной договорной свободы, составляющему главную основу всякаго экономическаго благоустройства“. Правда, въ проектѣ 1896 г. нѣтъ совокупнаго залога, а благодаря этому въ Объясненіяхъ нѣтъ и этой фразы. Слѣдовательно, оказалось возможнымъ обойтись по этому вопросу, не отдавая дани „началу полной договорной свободы“. Но все же приводимое изрѣченіе сохраняетъ свое значеніе, съ одной стороны, для характеристики общихъ воззрѣній комиссіи, а съ другой — какъ доказательство отсутствія твердости въ народно-хозяйственныхъ ея воззрѣніяхъ, благодаря каковому былъ допущенъ отказъ отъ проведенія торжественно провозглашеннаго принципа.

3) 1893 г. I, стр. 272 сл., 369 сл., 1896 г. I, стр. 290 сл., 380.

эпоху признанія общей векселеспособности выдвигаемыя проектомъ ограниченія не являются достаточно обоснованными. Важнѣе то, что изъ сопоставленія приводимыхъ двухъ случаевъ выясняется именно то обстоятельство, что составители проекта не занимали по народнохозяйственнымъ вопросамъ опредѣленной позиціи и, пожалуй, вообще не сознавали народно-хозяйственнаго значенія гражданско-правовыхъ нормъ.

Характерно въ этомъ отношеніи и то обстоятельство, что по столь важному вопросу, каковымъ является вопросъ о народнохозяйственномъ значеніи опустошенія лѣсовъ благодаря продажѣ ихъ на срубъ, комиссія занята исключительно соображеніями объ интересахъ отдѣльныхъ, причастныхъ къ лѣсному промыслу лицъ. Вопросъ же о томъ, не слѣдуетъ ли принять мѣры противъ заключенія долгосрочныхъ договоровъ продажи лѣса на срубъ — насколько это является возможнымъ въ области гражданскаго права — вовсе не возбуждается комиссіей [1]).

Столь же индивидуалистическій взглядъ проявляется и въ цѣломъ рядѣ другихъ вопросовъ. Слѣдуетъ обратить вниманіе на сказанное въ Объясненіяхъ по вопросу о признаніи за договоромъ найма силы противъ третьяго пріобрѣтателя недвижимости [2]) — и здѣсь взвѣшиваются лишь интересы отдѣльныхъ собственниковъ съ одной стороны, отдѣльныхъ нанимателей — съ другой; или — на мотивировку, имѣющуюся, правда, только въ Объясненіяхъ 1893 г., отсрочки безповоротности въ случаѣ совершенія подлога или принужденія однимъ изъ предшественниковъ пріобрѣтателя [3]); или же — на разсужденія, имѣющіяся въ Объясненіяхъ по вопросу объ отвѣтственности собственника по личному иску

1) Ср. ниже, § 44.

2) 1893 г. I, стр. 212 сл., 1896 г. I, стр. 236 сл.

3) I, стр. 84 сл.

вѣрителя, требованіе котораго обезпечено ипотекой [1]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ выступаетъ такъ же, какъ въ рядѣ другихъ, стремленіе комиссіи найти наиболѣе справедливое рѣшеніе имѣющагося столкновенія интересовъ, — наличности этого стремленія нельзя отрицать и необходимо признать искренность его. Но все же остается тотъ фактъ, что комиссія не вникаетъ въ цивильно-политическое значеніе даннаго столкновенія интересовъ. Она не стремится къ народно-хозяйственному взвѣшиванію этихъ интересовъ, къ выясненію того, какое рѣшеніе требуется съ точки зрѣнія народнаго благосостоянія. Всѣ соображенія комиссіи остаются въ плоскости частнаго хозяйства, въ сферѣ индивидуальныхъ интересовъ. И даже по неволѣ получается впечатлѣніе, что члены комиссіи чувствовали себя не столько въ роли законодателей, или точнѣе, сотрудниковъ законодателя, сколько въ роли судей, имѣющихъ рѣшать конкретные случаи столкновенія интересовъ между отдѣльными частными лицами. И если бы признать такую точку зрѣнія правильной, то имѣлась бы полная возможность признавать, что комиссія справилась со своей задачей безукоризненно. Разумѣется, и при такомъ взглядѣ представлялась бы возможность оспаривать правильность того или другого рѣшенія. Но это отнюдь не могло бы умалить того чувства уваженія, съ которымъ приходилось бы относиться къ судьямъ, безупречно добросовѣстнымъ и серьезно смотрящимъ на свои задачи.

Однако, дѣло именно въ томъ, что члены комиссіи несли обязанности, существенно отличающіяся отъ обязанностей, возлагаемыхъ на судей. А поэтому и сохраненіе судейской психологіи не могло привести къ результатамъ, заслуживающимъ полнаго одобренія. Правда, винить по этому поводу приходится не столько членовъ комиссіи, ко-

1) 1893 г. I, стр. 484 сл., въ особенности 489 сл., 1896 г. I, стр. 487 сл., въ особ. 493 сл.

торые не могли освободиться отъ взглядовъ, вполнѣ естественныхъ для представителей юридической практики [1]), сколько лицъ, несущихъ отвѣтственность за составъ комиссіи, не позаботившихся о включеніи въ число членовъ комиссіи представителей науки. Ибо лишь взаимодѣйствіе людей практики и теоріи могло устранить вредную односторонность и привести къ достиженію желанной цѣли.

Тѣмъ же моментомъ объясняется, повидимому, и другой недостатокъ Объясненій, отразившійся также и на самомъ текстѣ проекта. Недостатокъ этотъ заключается въ томъ, что выдвигаемые проектомъ институты лишены солиднаго конструктивнаго обоснованія. Можно быть очень далекимъ отъ конструктивной юриспруденціи, отъ высмѣянной уже Іерингомъ [2]) юриспруденціи понятій и можно, тѣмъ не менѣе, сознавать всю цѣнность и необходимость юридическихъ конструкцій, единственно дающихъ твердую опору выставляемымъ закономъ нормамъ, гарантирующихъ послѣдовательность и стройность правовой системы и освобождающихъ законодателя отъ необходимости дѣлать самому всѣ детальные выводы изъ выставляемыхъ имъ принциповъ. Между тѣмъ, среди практиковъ встрѣчается, къ сожалѣнію, весьма

1) Составителями проекта являются (см. выше, § 3) гг. Стояновскій Кипримъ, Лукьяновъ, Малышевъ, Голевинскій, Карницкій, Гантоверъ. Изъ нихъ не менѣе пяти должны быть причислены безусловно къ практикамъ. Что же касается гг. Голевинскаго и Малышева, то, какъ извѣстно, первый изъ нихъ былъ одновременно профессоромъ Варшавскаго университета и предсѣдателемъ департамента судебной палаты, второй же нѣсколько лѣтъ состоялъ доцентомъ С.-Петербургскаго университета, а затѣмъ перешелъ на службу въ Кодификаціонное Отдѣленіе при Государственномъ Совѣтѣ. Объясняется ли, при такихъ условіяхъ, рѣшительное преобладаніе въ комиссіи практицистическаго направленія численнымъ перевѣсомъ практиковъ, или другими, болѣе индивидуальными моментами, это остается открытымъ вопросомъ. Но указанное преобладаніе имѣется безспорно на лицо.

2) Ср., впрочемъ, и отношеніе къ конструктивной юриспруденціи такъ наз. школы свободнаго права, а въ частности новѣйшій трудъ главнаго ея представителя Fuchs, Juristischer Kulturkampf.

часто пренебреженіе именно къ конструктивнымъ соображеніямъ, несмотря на то, что они имѣютъ огромное и непосредственное значеніе для примѣненія закона.

Подобное пренебреженіе замѣчается и въ Объясненіяхъ къ проекту В У. Оно, правда, нигдѣ не высказывается прямо. Но оно проявляется, безспорно, по поводу каждаго почти института, затрагиваемаго въ проектѣ. Притомъ нельзя не отмѣтить, что лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ Объясненія указываютъ вообще въ обоснованіе принимаемой въ проектѣ мѣры на соображенія конструктивнаго характера. Однако, и въ подобныхъ случаяхъ приходится сказать, что выставляемые комиссіей аргументы не обладаютъ, съ одной стороны, объективною убѣдительностью, а съ другой, что они не признаются достаточно сильными самою комиссіей, и подкрѣпляются поэтому доводами иного рода. Институты ипотеки собственника и вотчиннаго долга, напр., отклоняются комиссіей въ виду дополнительнаго характера, которымъ обладаетъ, по ея мнѣнію, право залога [1]). На это слѣдуетъ, однако, возразить, во-первыхъ, что вотчинный долгъ не есть видъ залогового права въ тѣсномъ смыслѣ слова и что поэтому дополнительность послѣдняго не имѣетъ для него значенія. Во-вторыхъ же, достаточно извѣстно, что акцессорность современнаго залогового права является вообще вопросомъ въ высокой степени спорнымъ [2]) и что поэтому нѣсколько неосторожно обосновывать тѣ или иныя мѣры ссылкою именно на нее. Но, съ другой стороны, и сами Объясненія, очевидно, не придаютъ особаго значенія именно этому аргументу, хотя они и ставятъ его на первый планъ. Больше вѣса они признаютъ, во всякомъ случаѣ, за указаніемъ на грозящую будто-бы отъ этихъ институтовъ опасность мобилизаціи недвижимости [3]).

1) 1893 г. I, стр. 369 сл., 508 сл.; 1896 г. I, стр. 380 сл., 511 сл.
2) Ср. ниже, т. II, §§ 49 и 53.
3) 1893 г. I, стр. 370, 1896 г. I, стр. 381.

Но въ общемъ, какъ уже было указано, Объясненіями оставляются совершенно въ сторонѣ соображенія конструктивнаго характера. Имѣется длинный рядъ характерныхъ въ этомъ отношеніи изреченій и аргументацій. Особый интересъ представляетъ, съ этой точки зрѣнія, тотъ фактъ, что комиссія даже не стремилась къ выясненію конструкціи столь основного для всей вотчинной системы института, каковымъ является вотчинный договоръ [1]). Весьма характернымъ является также и сказанное по поводу правъ нанимателя и покупщика лѣса на срубъ, внесенныхъ въ вотчинную книгу: Объясненія, въ сущности, просто отказываются отъ конструированія ихъ. Они лишь намекаютъ на то, что права эти остаются правами обязательственными, но связываются съ нѣкоторыми „вотчинными послѣдствіями“ [2]). Ясно, что это не есть конструкція въ научномъ смыслѣ.

Такое же описательное отношеніе наблюдается и въ другихъ случаяхъ. По поводу права залога Объясненія указываютъ то на его вещный характеръ, то на дополнительность его, то на воззрѣніе, что оно простирается на весь объектъ [3]). Напротивъ, то обстоятельство, что приписываемыя ими праву залога качества являются далеко не безспорными, насколько дѣло идетъ о современной ипотекѣ [4]), ни на минуту не привлекаетъ вниманія членовъ комиссіи. Съ другой же стороны, они сами нисколько не затрудняются отступать отъ выставляемыхъ ими же принциповъ, если соображенія цѣлесообразности дѣлаютъ подобное отступленіе желательнымъ. Это замѣчается, напр., по поводу признанія возможности сохранять старшинство для предстоящаго залога или остав-

1) Ср. ниже, § 14.
2) Ср. ниже, § 42.
3) Объясненія 1893 г. I, стр. 270, 271 сл., 367, 484 сл., 1896 г. I, стр. 288, 289 сл., 378, 487 сл.
4) Въ Объясненіяхъ нигдѣ не проявляется знакомство комиссіи съ господствующимъ нынѣ въ литературѣ воззрѣніемъ на право залога, какъ на право на цѣнность вещи.

лять въ распоряженіи собственника мѣсто погашеннаго вслѣдствіе прекращенія требованія залога [1]). Между тѣмъ, такое признаніе противорѣчитъ, очевидно, утвержденію, что залогъ простирается на весь объектъ. Въ оправданіе же, Объясненія указываютъ на связанный съ этимъ вопросомъ интересъ собственника недвижимости, т. е. опять-таки на моментъ, ничего общаго съ проблемой конструкціи права залога не имѣющій.

Уклоненіе отъ рѣшенія возникающихъ конструктивныхъ затрудненій приходится наблюдать также и по вопросу о характерѣ залогового акта. Объясненія указываютъ [2]), что онъ имѣетъ значеніе какъ доказательство правъ вѣрителя и какъ легитимація его, что онъ служитъ цѣли облегченія уступки залогового требованія, но какова его сущность — это остается невыясненнымъ. Невыясненнымъ остается и вопросъ, почему залоговое право, возникающее исключительно вслѣдствіе внесенія въ книгу, можетъ, по постановленіямъ проекта, прекращаться независимо отъ погашенія въ книгѣ — Объясненія констатируютъ одинъ лишь фактъ подобной возможности [3]). Можно прибавить, что нѣтъ въ Объясненіяхъ и попытки конструировать еще гораздо болѣе важные институты: даже безповоротность пріобрѣтенія правъ отъ лица, матеріально не управомоченнаго, но внесеннаго въ книгу, обосновывается исключительно соображеніями цѣлесообразности [4]). Вопросъ же о юридической конструкціи подобнаго пріобрѣтенія правъ даже не ставится. И при такомъ положеніи нисколько не удивительно, если аналогичное постановленіе проекта объ ограниченіи возраженій

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 365 сл., 505 сл., 1896 г. I, стр. 376 сл., 507 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 448 сл., 1896 г. I, стр. 359 сл., 462 сл.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 506 сл., 1896 г. I, стр. 508 сл.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 68 сл., 1896 г. I, стр. 81 сл.

противъ цессіонарія по залоговому требованію разсматривается какъ послѣдствіе положительной нормы [1]).

Не лишена интереса, наконецъ, и непослѣдовательность, съ которой Объясненія ставятъ при случаѣ на одну доску два института, настолько различные другъ отъ друга, какъ ипотека обезпечительная и ипотека оборотная — если тѣмъ облегчается аргументація въ пользу постановленія, являющагося, въ глазахъ комиссіи, желательнымъ [2]).

Резюмируя вкратцѣ сказанное до сихъ поръ, можно установить, что несомнѣннымъ достоинствомъ Объясненій является ихъ ясный, простой и популярный языкъ, хотя онъ и принимаетъ подчасъ нѣсколько расплывчатый и ненаучный характеръ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ нихъ проявляется безспорно глубокое знаніе дѣйствующаго русскаго права и хорошее знакомство съ западными законодательствами. И далѣе, нельзя не признать наличности искренняго и серьезнаго стремленія редакціонной комиссіи къ справедливому взвѣшиванію сталкивающихся интересовъ. Къ сожалѣнію, приходится, однако, одновременно сказать, что стремленіе это не покоится на сознательномъ отношеніи къ цивильно-политическимъ задачамъ законодателя. Комиссія, напротивъ, имѣетъ въ виду всегда лишь интересы частнаго хозяйства. Она видитъ передъ собой отдѣльныхъ индивидуумовъ и разсчитываетъ свои нормы на отдѣльные случаи столкновенія частныхъ интересовъ. А кромѣ того, она почти совершенно отказывается отъ конструктивнаго обоснованія правовыхъ институтовъ.

Во всемъ этомъ, очевидно, проявляется то практицистическое направленіе, которое господствовало въ средѣ редакціонной комиссіи. И само собой разумѣется, что оно не могло не отразиться и на самихъ проектахъ 1893 и 1896 гг., которые

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 502 сл., 1896 г. I, стр. 504 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 488 ср. 495, 1896 г. I, стр. 491, ср. 498.

отличаются тѣми же достоинствами и страдаютъ тѣми же недостатками, какъ и Объясненія. И именно благодаря этому проектъ и Объясненія представляютъ собой въ высшей степени интересныя произведенія законодательной техники, интересныя, въ частности, для будущихъ изслѣдователей исторіи кодификаціи нашихъ дней. Насколько извѣстно, проектъ ВУ. является единственнымъ [1]) среди крупныхъ современныхъ гражданско-правовыхъ законопроектовъ, который былъ составленъ подъ преобладающимъ въ столь сильной мѣрѣ вліяніемъ практическаго направленія. Быть можетъ, особенно поучительнымъ будетъ при этомъ сопоставленіе предварительныхъ проектовъ ВУ. съ первымъ проектомъ германскаго уложенія, который составлялся, какъ извѣстно, подъ сильнѣйшимъ вліяніемъ господствовавшей въ то время въ Германіи романистической науки и который подвергся, благодаря этому, справедливому обвиненію въ чрезмѣрной теоретичности.

§ 6. Сводъ Замѣчаній.

Если при разсмотрѣніи Объясненій приходилось указывать на полное преобладаніе практицистическаго направленія въ средѣ редакціонной комиссіи, то было бы естественно предположить, что въ Сводѣ Замѣчаній на первомъ мѣстѣ будутъ стоять представители науки. Кому бы, если не имъ, подвергнуть критической разработкѣ проектъ, затрагивающій вопросы выдающейся важности, и кому бы иначе вносить въ него струю научнаго духа, отсутствіе котораго является главнымъ его недостаткомъ. И даже если бы представители науки предполагали, по тѣмъ или инымъ причинамъ, что ихъ сотрудничество будетъ отвергнуто и что ихъ замѣчанія не окажутъ вліянія на проектъ, то все же ихъ обязанностью было бы высказать свои соображенія и снять съ себя отвѣтственность за возможное несовершенство будущаго ВУ. Въ противномъ случаѣ, при пассивномъ отношеніи къ проекту, они косвенно соглашались бы со взглядами на русскую цивилистику, господствовавшими, повидимому, въ правительственныхъ кругахъ и приведшими къ полному почти устраненію представителей ея отъ участія въ работахъ, цѣлью которыхъ являлось и понынѣ является созданіе новаго гражданскаго права.

1) Если не считать нашего же проекта ГУ.

Однако, если просмотрѣть списокъ лицъ и учрежденій, замѣчанія коихъ вошли въ Сводъ, то оказывается, что преобладало пассивное отношеніе къ проекту. Можетъ быть, что дѣйствительно существовали вѣскія причины тому. Но о нихъ нѣтъ свѣдѣній и въ виду этого остается лишь констатировать прискорбный и непонятный фактъ, что русская наука въ лицѣ подавляющаго большинства своихъ представителей добровольно отказалась отъ участія въ подготовленіи реформы первоклассной важности.

Имѣется лишь одно исключеніе. Московскій юридическій факультетъ откликнулся на приглашеніе авторовъ проекта и образовалъ комиссію, на которую было возложено составленіе отзыва. Въ ея составъ вошли проф. Ю. С. Гамбаровъ, приватъ-доцентъ А. Г. Гусаковъ и оставленный при университетѣ А. Э. Вормсъ. Кромѣ того, проф. И. Т. Тарасовъ принялъ на себя „анализъ проекта съ точки зрѣнія общественнаго (полицейскаго) права“. Слѣдуетъ, однако, сказать, что составленныя послѣднимъ замѣчанія затрагиваютъ весьма нерѣдко и чисто цивилистическіе вопросы и отличаются при этомъ мѣткостью и яснымъ пониманіемъ практическихъ задачъ проекта [1]). Но само собой разумѣется, что они не могли восполнить главнаго недостатка проекта — это естественно могло быть сдѣлано только цивилистами.

1) Ср., напр., сказанное по вопросу объ отвѣтственности должника по залогу — Св. Зам., № 222.

Что же касается результатовъ дѣятельности факультетской коммиссіи, то, для правильной ея оцѣнки, необходимо обратить вниманіе на то, что принятый факультетомъ отзывъ комиссіи былъ напечатанъ впослѣдствіи въ Журналѣ Министерства Юстиціи въ видѣ статьи гг. Гусакова и Вормса [1]), другими словами, онъ былъ составленъ исключительно ими, безъ содѣйствія третьяго члена комиссіи. А если это такъ, то нельзя не принять въ соображеніе, что авторами этого отзыва являлись лица, въ то время стоявшія только въ началѣ своей научной карьеры.

Именно этимъ обстоятельствомъ и объясняется то, что отзывъ, отличаясь несомнѣнными достоинствами, одновременно страдаетъ и нѣкоторыми недостатками. Онъ, безспорно, проявляетъ стремленіе къ научности, онъ обращаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, хотя и не всегда удачно, вниманіе на конструктивную сторону институтовъ [2]), онъ указываетъ на неполноту проекта [3]), онъ полемизируетъ противъ неудачной отчасти терминологіи, принятой редакціонною комиссіей [4]), онъ возстаетъ противъ описательнаго метода проекта [5]), избѣгающаго, при помощи его, установленія общихъ понятій. Отзывъ, наконецъ, выдвигаетъ рядъ не лишенныхъ интереса замѣчаній по отдѣльнымъ постановленіямъ. Однако, наряду съ этимъ замѣчается, съ одной стороны, недостаточно глубокое знакомство съ современнымъ вотчиннымъ правомъ, а съ другой — преувеличенная рѣзкость сужденій какъ по формѣ, такъ и по существу. Что касается послѣдняго, то

1) 1895, 6, подъ заглавіемъ „О новомъ проектѣ вотчиннаго устава". Такъ какъ статья эта вполнѣ совпадаетъ съ напечатаннымъ въ Св. Зам. отзывомъ, то она въ дальнѣйшемъ уже не будетъ цитироваться.

2) № 73 (стр. 89) о вотчинныхъ выдачахъ, № 126 о правахъ нанимателя и покупщика лѣса на срубъ, № 142 о правѣ залога, № 235 объ отвѣтственности должника по залогу.

3) № 73 (стр. 87), № 126 (стр. 164 сл.).

4) № 73 (стр. 88 сл.).

5) № 181.

нельзя не замѣтить, главнымъ образомъ, того, что римскому праву придается слишкомъ абсолютное значеніе, на каковое оно не можетъ претендовать именно въ области права имобиліярнаго [1]): то, что не согласуется съ выработанной римскимъ правомъ схемой, то признается a priori неправильнымъ. Нельзя не указать и на то, что нѣкоторыя постановленія проекта были поняты критиками не вполнѣ правильно [2]).

Излишне повторять, что эти недостатки вполнѣ понятны и извинительны при указанныхъ выше условіяхъ. Однако, вмѣстѣ съ тѣмъ не приходится отрицать, что они нѣсколько умаляютъ значеніе отзыва и что благодаря имъ этотъ отзывъ не могъ явиться эквивалентомъ за молчаніе всѣхъ прочихъ юридическихъ факультетовъ. Онъ оказалъ нѣкоторое вліяніе на проектъ, какъ отмѣчается и самою комиссіей [3]). Но вліяніе это коснулось лишь деталей. И во всякомъ случаѣ, имъ однимъ не могло, разумѣется, быть внесено въ проектъ недостававшей ему научности.

Но все же слѣдуетъ признать, что этотъ отзывъ является, при молчаніи прочихъ представителей науки, однимъ изъ лучшихъ. Выше его, во всякомъ случаѣ, могутъ быть поставлены лишь замѣчанія ревельскаго окружнаго суда, его предсѣдателя В. Я. Фукса и его членовъ И. М. Тютрюмова и М. Н. Шкляревскаго. Замѣчанія эти, къ тому же весьма обширныя, отличаются большою дозою серьезности и здраваго практическаго смысла, при чемъ они стоятъ высоко и съ теоретической точки зрѣнія. Авторы ихъ опираются при этомъ, главнымъ образомъ, на знакомство съ саксон-

1) Ср., въ особенности, замѣчанія, относящіяся къ праву залога.

2) № 126 о конструкціи правъ нанимателя, ср. ниже, §§ 42 и 43.

3) См. Объясненія 1896 г. I, стр. 166, гдѣ имѣется прямая ссылка на Св. Зам., № 101. Ср., кромѣ того, Объясненія 1893 г. I, стр. 49 и 184 съ одной стороны, 1896 г. I, стр. 62 и 206 съ другой съ Св. Зам., № 73 (стр. 89).

скимъ гражданскимъ уложеніемъ и съ мѣстнымъ гражданскимъ правомъ Прибалтійскихъ губерній и, очевидно, тщательно изучили дѣйствіе ипотечной системы въ Прибалтійскомъ краѣ. Правда, не со всѣми ихъ указаніями можно согласиться и въ частности слѣдуетъ сказать, что требованіе введенія абсолютнаго принципа внесенія, опирающееся на примѣръ саксонскаго права [1]), отзывается чрезмѣрною прямолинейностью. Но большинство замѣчаній все же является вполнѣ обоснованнымъ и съ особымъ удовлетвореніемъ можно отмѣтить, что тутъ представители практики выступаютъ съ требованіемъ повысить научный уровень проекта [2]).

Въ частности можно указать на то, что чрезвычайно удачны ихъ многочисленныя указанія на то, что цѣлый рядъ статей проекта совершенно излишенъ въ виду того, что ихъ содержаніе прямо вытекаетъ изъ общихъ принциповъ и нисколько не нуждается въ особомъ изложеніи [3]). Равнаго вниманія заслуживаютъ и указанія на недостатки редакціонной техники [4]) и прекрасно обоснованы нѣкоторыя практическія соображенія, напр., о неудобствахъ, вызываемыхъ совокупной ипотекой [5]), о необходимости допущенія принудительной передачи залогового требованія [6]) и т. д.

Къ сожалѣнію, однако, приходится сказать, что указанные два отзыва, исходящіе отъ юридическаго факультета московскаго университета и отъ ревельскаго окружнаго суда, являются единственными, которые стремятся поднять научный уровень проекта. Нѣкоторое стремленіе къ научности замѣчается, впрочемъ, еще и въ указаніяхъ Я. К. Городыскаго [7]). Но нельзя не отмѣтить, что тутъ проявляется столь рѣзко

1) №№ 113 и 117, ср. ниже, §§ 11 и 12.
2) Ср., напр., № 75.
3) №№ 119, 120, 137, 138, 149, 173, 175, 186, 217.
4) №№ 66, 76, 107, 110.
5) № 233.
6) №№ 195, 237.
7) №№ 67, 72, 77, 151.

выраженное индивидуалистическое воззрѣніе какъ на задачи гражданскаго права вообще, такъ, въ особенности, на цѣли, преслѣдуемыя вотчинной системой, что благодаря этому нѣкоторыя его замѣчанія утрачиваютъ въ значительной степени свою цѣнность [1]). То же самое приходится сказать, хотя и съ другой точки зрѣнія, и еще о нѣкоторыхъ отзывахъ, изъ коихъ наиболѣе характернымъ является отзывъ Е. А. Андрущенко [2]), начинающійся со словъ: „Намъ, ознакомленнымъ съ французскимъ кодексомъ и римскимъ правомъ, какъ источникомъ, трудно усвоить себѣ то понятіе о залогѣ, какое приведено въ проектѣ вотчиннаго устава". Другими словами, тутъ убѣжденіе въ абсолютности выработавшихся на почвѣ римскаго права юридическихъ понятій — о каковомъ убѣжденіи приходилось говорить уже выше въ связи съ отзывомъ юридическаго факультета московскаго университета — преобладаетъ настолько, что вызываетъ принципіально отрицательное отношеніе къ явленіямъ современнаго права, имѣющимъ свой корень не въ правѣ римскомъ. Характернымъ же такое отношеніе является потому, что оно представляетъ собой, къ сожалѣнію, не рѣдкость среди русскихъ юристовъ, цивилистическое образованіе которыхъ покоится преимущественно на римскомъ правѣ и имѣетъ сравнительно не много точекъ соприкосновенія съ правомъ современнымъ. И если такое явленіе само по себѣ прискорбно, то оно, въ частности, не можетъ не привести къ отрицательному отношенію какъ къ вотчинной реформѣ, такъ и ко всякой реформѣ, не воспроизводящей институтовъ и нормъ Юстиніанова законодательства или, точнѣе, пандектнаго права.

Гораздо больше интереса представляютъ нѣкоторыя замѣчанія, указывающія на необходимость принимать въ со-

1) № 103, ср. ниже, § 18.
2) № 141.

ображеніе при окончательной редакціи ВУ. нѣкоторые спеціальные интересы, т. е. интересы крестьянскаго населенія и интересы областей, находящихся въ особыхъ условіяхъ [1]).

Само собой разумѣется, впрочемъ, что не лишены значенія и довольно многочисленныя замѣчанія, указывающія на необходимость чисто редакціонныхъ улучшеній [2]), при чемъ, правда, однимъ изъ критиковъ предъявляется одновременно еще и требованіе объ увеличеніи формальностей при совершеніи вотчинныхъ сдѣлокъ [3]).

Наконецъ, можно упомянуть еще и о томъ, что въ Сводѣ Замѣчаній помѣщено и нѣсколько такихъ отзывовъ, въ которыхъ отрицается наличность какихъ бы то ни было недостатковъ въ проектѣ и рекомендуется немедленное введеніе его въ дѣйствіе, безъ всякихъ измѣненій [4]). Въ одномъ изъ подобныхъ отзывовъ даже указывается время, къ которому введеніе должно было бы состояться, а именно „не позднѣе 2-ой половины 1895 г.“ [5]).

Въ общемъ приходится, такимъ образомъ, сказать, что Сводъ Замѣчаній даетъ не особенно много. Цѣлый рядъ призванныхъ критиковъ не удосужился высказать о проектѣ своего мнѣнія и въ результатѣ получился не тотъ сборникъ указаній представителей россійской юриспруденціи, котораго слѣдовало ожидать, а напротивъ, болѣе или менѣе случайное сопоставленіе мнѣній отдѣльныхъ лицъ и учрежденій. Правда, и среди нихъ есть немало цѣннаго, и если бы редакціонная комиссія сообразовалась съ ними, то проектъ пріобрѣлъ бы, безспорно, гораздо болѣе совершенную форму

1) Ср., напр., № 80 о нуждахъ крестьянскаго землевладѣнія, № 83 Иркутскаго губернскаго суда, № 84 Уральскаго областного суда.

2) Ср. напр. замѣчанія К. И. Алексѣева за №№ 85, 92, 104, 124, 128, 132 и др.

3) Замѣчанія Д. М. Павлинова за №№ 89, 98, 105, 135, 147, 194, 204, 207, 214.

4) №№ 57—60.

5) № 78.

и болѣе удовлетворительное содержаніе. Однако, Сводъ Замѣчаній, какъ приходилось уже указывать, былъ использованъ сравнительно мало и изъ сколько нибудь важныхъ измѣненій, произведенныхъ на основаніи его, можно отмѣтить лишь исключеніе отсрочки безповоротности въ случаѣ подлога или принужденія, возстановленной, впрочемъ, впослѣдствіи особою комиссіей, исключеніе института совокупнаго залога, болѣе правильную постановку вопроса объ объемѣ залогового права и замѣну неудачнаго термина „вотчинныя повинности“ терминомъ „сервитуты“.

Этимъ, однако, и ограничивается вліяніе на проектъ критическихъ указаній, собранныхъ въ Сводѣ Замѣчаній.

§ 7. Отзывы вѣдомствъ.

Нельзя также сказать, чтобы отзывы вѣдомствъ на проектъ 1896 г. оказали большое вліяніе на его судьбы. Выставленныя въ нихъ замѣчанія были использованы особой комиссіей лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ, да и то главнымъ образомъ тогда, когда дѣло шло о спеціальныхъ интересахъ того или иного министерства. Можно даже утверждать, что изъ болѣе важныхъ измѣненій, введенныхъ въ проектъ, лишь одно покоится на указаніяхъ вѣдомствъ, а именно, внесенное особою комиссіей въ ст. 4 ВУ. расширеніе возможности заключенія вотчинныхъ сдѣлокъ: по двумъ первымъ предварительнымъ проектамъ таковое допускалось исключительно въ самихъ вотчинныхъ установленіяхъ, по проекту же особой комиссіи оно стало возможнымъ также и у нотаріусовъ. Практически же наиболѣе важное постановленіе особой комиссіи, принятое по настоянію министерства финансовъ, а именно, измѣненіе порядка публичной продажи въ огражденіе интересовъ земельныхъ банковъ, относится не къ самому ВУ., а къ проекту ППВ.

Однако, несмотря на это, нельзя не признать интереса и за отзывами вѣдомствъ, такъ какъ въ нихъ ярко отража-

ется отношеніе нашихъ высшихъ государственныхъ учрежденій къ вотчинной реформѣ.

Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить вполнѣ естественный фактъ, что рядъ вѣдомствъ или не высказался вовсе [1]), или же ограничился нѣкоторыми замѣчаніями, касающимися исключительно спеціальныхъ интересовъ даннаго вѣдомства, но не имѣющими значенія съ цивилистической точки зрѣнія [2]). Другія вѣдомства, напротивъ, удѣлили проекту большое вниманіе. Къ числу ихъ относятся министерства юстиціи, внутреннихъ дѣлъ, финансовъ и земледѣлія, непосредственно затронутыя предполагаемою реформой, а также и министерство военное, котораго, повидимому, вотчинная реформа или вовсе не касается, или касается очень мало. Но, тѣмъ не менѣе, оно представило отзывъ, въ которомъ лишь по одному вопросу затрагиваются спеціальные вѣдомственные интересы [3]). Всѣ же прочія замѣчанія продиктованы болѣе общими соображеніями. При этомъ встрѣчаются чисто практическія указанія на неудобство того или иного постановленія проекта [4]), но преобладаютъ всетаки аргументы конструктивнаго характера. Можно указать особо на сказанное о соотношеніи между внесеніемъ въ книгу и заключеніемъ между сторонами вотчинной сдѣлки [5]), о безповоротности принудительной ипотеки [6]), объ отвѣтственности должника по залогу [7]).

Если, такимъ образомъ, отзывъ министра военнаго даетъ

1) Сюда относятся министерства народнаго просвѣщенія, иностранныхъ дѣлъ, морское и путей сообщенія.

2) Сюда относятся министерство Высочайшаго двора и государственный контроль.

3) Стр. 4, о распоряженіи землями въ предѣлахъ крѣпостного района.

4) Стр. 3, о заключеніи вотчинныхъ сдѣлокъ у нотаріусовъ, стр. 5, объ обезпеченіи интересовъ залогодержателей.

5) Стр. 3 сл.

6) Стр. 5.

7) Стр. 5 сл.

больше, чѣмъ можно было ожидать, то нельзя не чувствовать нѣкотораго разочарованія по поводу отзыва министра юстиціи. Можно было бы предполагать, что именно въ немъ будутъ вскрыты недостатки проекта и въ немъ будетъ указано на возможныя и желательныя поправки. Вмѣсто того, отзывъ начинается съ заявленія, что проектъ „не можетъ вызывать значительныхъ возраженій по существу“. А поэтому министерству будто бы приходится ограничиться лишь нѣкоторыми частными замѣчаніями.

Правда, эти частныя замѣчанія правильны и хорошо обоснованы, но они касаются лишь второстепенныхъ вопросовъ. Исключеніемъ можно считать развѣ требованіе допущенія заключенія вотчинныхъ сдѣлокъ также у нотаріусовъ [1]). Нѣкоторое значеніе имѣетъ и указаніе на желательность введенія уступки старшинства по залогу безъ тѣхъ ограниченій, которыя предусматривались по проекту 1896 г. [2]). Далѣе, министерство юстиціи заступается за дробимость залогового акта и за допущеніе принудительной передачи залогового требованія [3]). И, наконецъ, оно дѣлаетъ нѣсколько замѣчаній редакціоннаго характера. Но этимъ оно и ограничивается. И тѣмъ болѣе неожиданнымъ, при столь скромныхъ требованіяхъ, является то, что само министерство впослѣдствіи, при другомъ, правда, уже министрѣ, отказалось отъ тѣхъ изъ выставленныхъ въ отзывѣ требованій, которыя не были удовлетворены особою комиссіей [4]).

Болѣе вниманія на принципіальные вопросы обращаетъ министерство внутреннихъ дѣлъ. Оно проявляетъ, однако, очень мало сочувствія къ предполагаемой реформѣ. Не осу-

1) Стр. 4 сл.

2) Стр. 7.

3) Стр. 7 сл.

4) Ср. пункты 10, 11 и 12 отзыва съ ст. 86, 2, съ молчаніемъ отдѣленія 8 гл. IV раздѣла I о принудительной передачѣ залогового требованія и съ ст. 100 внесеннаго министромъ юстиціи въ Государственную Думу проекта ВУ.

ждая ея прямо, оно высказывается весьма рѣшительно почти противъ всѣхъ основныхъ ея началъ и объявляетъ ее, кромѣ того, несвоевременной [1]). Впослѣдствіи оно, впрочемъ, отказалось отъ принципіальныхъ возраженій [2]).

На первую очередь министерство выставляетъ указаніе на то, что проектъ разсчитанъ на крупное и среднее землевладѣніе, между тѣмъ какъ для мелкаго и, въ частности, крестьянскаго землевладѣнія требуются болѣе простыя и болѣе дешевыя формы вотчиннаго дѣлопроизводства [3]). Затѣмъ, однако, оно обрушивается и противъ самой основы вотчинной системы, т. е. противъ принципа публичной вѣры вотчинной книги, который имъ называется, по не вполнѣ удачному примѣру редакціонной комиссіи, принципомъ безповоротности. По меньшей мѣрѣ министерство требуетъ установленія отсрочки безповоротности [4]). Далѣе, оно возражаетъ, опираясь на курсъ Побѣдоносцева, противъ изъятія отъ дѣйствія давности внесенныхъ въ книгу вотчинныхъ правъ [5]) и не соглашается съ тѣмъ, чтобы собственникъ, противъ котораго внесенъ въ книгу искъ о правѣ собственности, сохранялъ за собой право распоряженія недвижимостью [6]). Вреднымъ считаетъ министерство и институтъ кредитнаго залога [7]). Равно оно не соглашается съ нормировкой отвѣтственности должника по залогу [8]). По этому поводу, однако, нельзя не отмѣтить, что аргументы по послѣднему вопросу почерпнуты почти дословно изъ одного замѣчанія предсѣдателя ревельскаго окружнаго суда Фукса и члена того же суда Шкляревскаго, и, притомъ, безъ указанія источника [9]).

1) Стр. 25 сл.
2) Ж. О. К., стр. 35.
3) Стр. 2 сл.
4) Стр. 12 сл.
5) Стр. 9 сл.
6) Стр. 11 сл.
7) Стр. 16 сл.
8) Стр. 17 сл.
9) Ср. отзывъ, стр. 17—20 и Сводъ Замѣчаній, стр. 236—239. Не

Наряду съ этимъ имѣются еще нѣкоторыя замѣчанія второстепенной важности, носящія отчасти редакціонный характеръ.

Нѣсколько интересныхъ замѣчаній имѣется въ отзывѣ министерства земледѣлія и государственныхъ имуществъ. Прежде всего заслуживаетъ вниманія указаніе на неопредѣленное юридическое положеніе строеній, воздвигнутыхъ на чужой землѣ — законодательная нормировка этого предмета является, по мнѣнію отзыва, желательной въ виду возможности измѣненія, по этому вопросу, практики сената [1]). Къ сожалѣнію, отзывъ не прибавляетъ аргументовъ въ выясненіе экономической важности этого вопроса, благодаря чему особая комиссія и нашла возможнымъ отстранить отъ себя рѣшеніе его простымъ указаніемъ на ограниченность задачъ проекта ВУ. и на предстоящее изданіе новаго гражданскаго уложенія [2]). Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить въ связи съ этимъ, что съ тѣхъ поръ послѣдовало изданіе закона о правѣ застройки, благодаря чему станетъ необходимымъ согласованіе съ нимъ проекта ВУ.

Менѣе удачною и неубѣдительною приходится назвать полемику отзыва противъ выставленнаго въ проектѣ принципа numeri clausi вотчинныхъ правъ [3]). Нѣкоторыя сомнѣнія возбуждаетъ также высказанное въ немъ пожеланіе о внесеніи въ вотчинную книгу постановленій лѣсоохранитель-

заимствованнымъ изъ указаннаго „Замѣчанія“ является только короткій абзацъ на стр. 19, касающійся ст. 101 по редакціи 1896 г., ст. 102 по проекту 1907 г. При этомъ, составитель отзыва, подписаннаго министромъ внутреннихъ дѣлъ Плеве и скрѣпленнаго товарищемъ министра, управляющимъ земскимъ отдѣломъ Стишинскимъ, ограничился немногими чисто стилистическими измѣненіями, опустилъ нѣкоторыя менѣе существенныя фразы и сообразовался съ измѣненіемъ номераціи статей, послѣдовавшимъ при новой редакціи проекта: тамъ, гдѣ гг. Фуксъ и Шкляревскій говорятъ о ст. 98, тамъ отзывъ говоритъ о ст. 100.

1) Стр. 3.
2) Ж. О. К., стр. 46.
3) Стр. 4 сл.

ныхъ комитетовъ о возобновленіи лѣса [1]). Зато можно вполнѣ согласиться съ высказываемымъ и въ этомъ отзывѣ требованіемъ допущенія заключенія вотчинныхъ сдѣлокъ также у нотаріусовъ [2]).

Однако, наиболѣе объемистымъ и наиболѣе интереснымъ является отзывъ министра финансовъ, каковую должность занималъ въ то время графъ С. Ю. Витте. Правда, согласиться съ нимъ едва ли можно, но необходимо признать, что избранная имъ исходная точка проводится черезъ весь отзывъ очень послѣдовательно и очень остроумно. Она сводится къ тому, что выработавшаяся на Западѣ вотчинная система основывается всецѣло на преобладаніи частнаго поземельнаго кредита передъ банковымъ. Между тѣмъ, въ Россіи наблюдается прямо обратное явленіе, а частный кредитъ носитъ, насколько онъ вообще играетъ роль, въ большинствѣ случаевъ ростовщическій характеръ. Благодаря этому, ВУ. можетъ принести только вредъ, стѣсняя операціи земельныхъ банковъ и поощряя неблаговидныя сдѣлки частныхъ капиталистовъ [3]). А что касается постановленій проекта, не относящихся непосредственно къ ипотечному праву, то они или приведутъ къ тому же самому результату, какъ, напр., нормы о правахъ нанимателя недвижимости [4]), или же вызовутъ засореніе и закрѣпощеніе права собственности, путемъ обремененія земли рядомъ вотчинныхъ правъ [5]).

Эта точка зрѣнія проводится, какъ уже было указано, послѣдовательно и остроумно. Однако, вмѣстѣ съ тѣмъ, она не отличается оригинальностью. Дѣло въ томъ, что она заимствована цѣликомъ изъ мнѣній, высказанныхъ въ особомъ совѣщаніи, учрежденномъ при министерствѣ финан-

1) Стр. 6. Ср. ниже, § 37.
2) Стр. 3.
3) Стр. 5 сл., 7 сл., 13 сл., 28 сл., 39 сл., 99 сл.
4) Стр. 87 сл.
5) Стр. 79 сл.

совъ въ 1898 г. для разсмотрѣнія проекта ВУ. [1]). А въ этомъ совѣщаніи не только участвовали, но преобладали и задавали тонъ представители акціонерныхъ земельныхъ банковъ и городскихъ кредитныхъ обществъ [2]). Они же отнеслись, за исключеніемъ лишь одного [3]), безусловно враждебно къ предполагаемой реформѣ, и къ ихъ мнѣнію всецѣло присоединился предсѣдатель совѣщанія П. П. Цитовичъ. А сравнивая отзывъ министра финансовъ съ стенографическимъ отчетомъ засѣданій особаго совѣщанія, кажется позволительнымъ высказать предположеніе, что отзывъ былъ составленъ именно П. П. Цитовичемъ, дословно передавшимъ въ немъ часть своихъ рѣчей, произнесенныхъ въ засѣданіяхъ — онѣ представляютъ собою какъ бы скелетъ отзыва. Наряду съ ними, имѣются, впрочемъ, и заимствованія изъ рѣчей другихъ участниковъ совѣщанія и изъ приложеннаго къ стенографическому отчету „Свода замѣчаній акціонерныхъ земельныхъ банковъ“ [4]).

Но даже, если бы это предположеніе и было ошибочно, сущность дѣла оставалась бы тою же: отзывъ министра финансовъ составленъ, во всякомъ случаѣ, на основаніи указаннаго стенографическаго отчета и всецѣло поддерживаетъ

1) Ср. Стенографическій отчетъ засѣданій особаго совѣщанія по проектамъ ВУ. въ С.-Петербургѣ въ ноябрѣ и декабрѣ 1898 г.

2) См. списокъ участниковъ совѣщанія на стр. 1 сл. и указатель рѣчей на стр. V. Ср., впрочемъ, удачную характеристику высказанныхъ участниками совѣщанія воззрѣній у Цвингмана, Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 51 сл.

3) Представителя одесскаго городского кредитнаго общества, ср. его рѣчи на стр. 20 сл., 34 сл., 65 сл. и др.

4) Ср. отзывъ, стр. 20—26 съ стен. отчетомъ, стр. 218—223, отзывъ, стр. 33 съ стен. отчетомъ, стр. 170 сл., отзывъ, стр. 39—40 съ стен. отчетомъ, стр. 169—170, отзывъ, стр. 41 съ стен. отчетомъ, стр. 170, отзывъ, стр. 60 сл. съ стен. отчетомъ, стр. 102, отзывъ, стр. 61 съ стен. отчетомъ, стр. 105, отзывъ, стр. 77—80 съ стен. отчетомъ, стр. 99—100, отзывъ, стр. 80—82 съ стен. отчетомъ, стр. 107—109, отзывъ, стр. 87—90 съ стен. отчетомъ, стр. 329—332. — Здѣсь приведены лишь тѣ мѣста, въ которыхъ имѣется болѣе или менѣе дословное совпаденіе. Совпаденіе по смыслу имѣется еще въ рядѣ другихъ мѣстъ.

мнѣнія, высказанныя въ особомъ совѣщаніи, другими словами, мнѣнія представителей кредитныхъ учрежденій. Можно, при этомъ, совершенно оставить въ сторонѣ вопросъ о томъ, правильно ли поступило министерство, руководствуясь въ дѣлѣ большой государственной важности исключительно интересами подвѣдомственныхъ ему установленій [1]). Во всякомъ случаѣ, остается на лицо фактъ, что отзывъ въ виду этого не можетъ не быть одностороннимъ. Ибо вполнѣ ясно, что введеніе въ силу ВУ. является для поземельныхъ банковъ невыгоднымъ. Въ настоящее время они руководствуются преимущественно своими уставами и являются полными господами положенія, такъ какъ частный кредитъ дѣйствительно играетъ ничтожную роль. Послѣ вступленія въ силу ВУ., напротивъ, ихъ положеніе значительно измѣнится, какъ съ формально-правовой точки зрѣнія, такъ и съ матеріальной. Правда, по одному весьма важному вопросу ихъ домогательства, поддержанныя министромъ финансовъ, имѣли успѣхъ: особая комиссія измѣнила порядокъ публичной продажи имѣній по взысканіямъ кредитныхъ установленій, согласно высказаннымъ ими пожеланіямъ [2]). И насколько можно судить по стенографическому отчету, именно этотъ вопросъ больше всего тревожилъ ихъ [3]). Но все же остаются еще и другія постановленія проекта, неугодныя банкамъ, а главное — благодаря ВУ. создастся для нихъ конкурренція частнаго капитала. Само собой разумѣется, что это можно только привѣтствовать съ точки зрѣнія интересовъ землевладѣнія и всего народнаго хозяйства — хотя представители

1) Особенно характернымъ въ этомъ отношеніи является сказанное на стр. 31 отзыва: „Не касаясь слѣдующихъ засимъ статей, начиная со ст. 50, устанавливающей поручительный залогъ, вовсе не задѣвающій интересовъ учрежденій земельнаго кредита, слѣдуетъ обратиться къ ст. 74—83, ...“

2) Ж. О. К., стр. 487 сл.

3) Ср. сказанное предсѣдателемъ П. П. Цитовичемъ на стр. 7 и 14, а также стенограммы первыхъ трехъ засѣданій.

кредитныхъ учрежденій, а вслѣдъ за ними отзывъ министра финансовъ и стараются доказать, что ВУ. приведетъ, прежде всего, къ разоренію землевладѣнія [1]).

Однимъ словомъ, отзывъ министра финансовъ, несмотря на проявляющіяся въ немъ остроуміе и послѣдовательность, можетъ претендовать лишь на значеніе сочиненія, защищающаго интересы опредѣленной экономической группы. А въ виду этого, ожесточенныя его нападки на вотчинную систему или, точнѣе, на предположеніе ввести ее въ Россіи не имѣютъ убѣдительной силы. Нельзя не прибавить, впрочемъ, указанія на то, что министерство финансовъ, согласно заявленію, сдѣланному его представителемъ передъ особой комиссіей, впослѣдствіи отказалось отъ принципіальныхъ возраженій противъ проекта ВУ., оставляя за собой лишь право возражать по поводу отдѣльныхъ его постановленій [2]).

§ 8. Журналъ Особой Комиссіи.

Особая комиссія отказалась отъ составленія, на подобіе редакціонной комиссіи, систематическихъ объясненій къ разсматриваемымъ ею проектамъ. Она дала лишь общее вступленіе, въ которомъ послѣдовательно излагаются Высочайшіе приказы объ учрежденіи особой комиссіи, краткія историческія свѣдѣнія о составленіи проекта, главные недостатки дѣйствующаго права и принципы, которыми опредѣляется соот-

1) Сказанное въ текстѣ отнюдь не стремится къ отрицанію общепризнанной истины, что въ общемъ долгосрочный и подлежащій амортизаціи банковый кредитъ болѣе отвѣчаетъ интересамъ землевладѣнія, чѣмъ кредитъ частный. Но слѣдуетъ сказать, во-первыхъ, что кредитная монополія банковъ вредна, какъ всякая вообще негосударственная монополія, а во-вторыхъ, что банки, въ силу своихъ уставовъ, не въ состояніи удовлетворить кредитнымъ потребностямъ землевладѣнія. Въ-третьихъ же, нельзя не обратить вниманія также и на желательность предоставленія частнымъ лицамъ возможности помѣщать капиталы въ ипотекахъ, къ чему нерѣдко замѣчается стремленіе въ виду надежности такого помѣщенія при правильной вотчинной системѣ, несмотря на обычно сравнительно низкій процентъ.

2) Ср. Ж. О. К., стр. 35.

ношеніе между кадастромъ и вотчинной книгой [1]). Затѣмъ слѣдуетъ спеціальное вступленіе къ отдѣлу, посвященному одному лишь проекту ВУ. [2]). Въ немъ кратко излагаются основныя начала вотчинной системы. А послѣ этого идутъ уже соображенія, относящіяся непосредственно къ отдѣльнымъ статьямъ проекта, при чемъ вовсе не упоминается о статьяхъ, противъ которыхъ нѣтъ возраженій въ вѣдомственныхъ отзывахъ и которыя не вызывали сомнѣній въ средѣ самой комиссіи.

Благодаря этому, Ж. О. К. значительно отличается, прежде всего, съ внѣшней стороны отъ Объясненій къ проектамъ 1893 и 1896 гг. Не меньшее расхожденіе между ними замѣчается, однако, и по содержанію. Правда, вступленія, какъ общее, такъ и спеціальное, къ проекту ВУ., даваемыя въ Ж. О. К., представляютъ собой въ значительной степени извлеченіе изъ Объясненій. Но въ постатейныхъ поясненіяхъ Журналъ сохраняетъ извѣстную самостоятельность, хотя въ результатѣ особая комиссія и вноситъ сравнительно мало матеріальныхъ измѣненій въ проектъ [3]) и удѣляетъ свое вниманіе преимущественно вопросамъ редакціоннымъ [4]).

При ознакомленіи съ Ж. О. К. нельзя не замѣтить, что въ немъ сказалось нѣсколько иное отношеніе къ источникамъ проекта ВУ., чѣмъ то, которое проявляется въ Объясненіяхъ. Прежде всего, особая комиссія относится къ Главнымъ Основаніямъ 1881 г. нѣсколько менѣе свободно, чѣмъ редакціонная коммиссія. Правда, это можетъ быть объясняемо, въ значительной части, тѣмъ, что уже между проектами 1893 и 1896 гг. и Главными Основаніями не было много общаго, кромѣ основныхъ принциповъ вотчинной системы, и что, благодаря этому, не ощущалось потребности въ дальнѣйшихъ отступленіяхъ. Но можно, во всякомъ случаѣ, отмѣтить, что особая комиссія не вводитъ ни одного новаго отступленія отъ Главныхъ Основаній и неоднократно ссылается на нихъ, какъ на незыблемый авторитетъ [1]). Особенно характерно, въ этомъ отношеніи, высказываемое въ Журналѣ признаніе, что „вопросъ о коренныхъ началахъ вотчиннаго преобразованія уже предрѣшенъ Высочайшею волей“ [2]). Впрочемъ, подобное подчеркиваніе встрѣчается не особенно часто. Въ большинствѣ случаевъ комиссія ограничивается простымъ указаніемъ на то, что предполагаемая норма согласуется съ Главными Основаніями [3]).

Въ противоположность къ Объясненіямъ, Журналъ сравнительно мало вниманія обращаетъ на дѣйствующее право. О немъ упоминается лишь случайно и при этомъ повторяется, чаще всего, сказанное въ Объясненіяхъ, хотя и въ сокращенной формѣ [4]). Это относится, между прочимъ, и къ изложенію недостатковъ дѣйствующаго порядка укрѣпленія правъ въ недвижимости.

Приблизительно то же самое приходится сказать объ отношеніи Журнала и къ иностраннымъ законодательствамъ. Указанія на нихъ носятъ такой же случайный характеръ, какъ указанія на дѣйствующее право, и Журналъ очень далекъ отъ стремленія дать сколько нибудь пол-

1) Стр. 1—35.
2) Стр. 35—45.
3) Главными изъ этихъ измѣненій являются допущеніе совершенія вотчинныхъ сдѣлокъ у нотаріусовъ по ст. 4, возстановленіе п. 3 ст. 18, введеніе ст. 26 и 33, уступка старшинства залоговыхъ правъ по ст. 65.
4) Ср. стр. 45 сл. о заглавіи общей части проекта, стр. 58 сл. о ст. 6 и 7, стр. 109 сл. о ст. 37 сл., стр. 153 о ст. 72, стр. 154 о ст. 76, стр. 163 о переносѣ статей, касающихся страховой суммы, въ проектъ ИПВ. и др.

1) Ж. О. К., стр. 129, 173.
2) Стр. 38.
3) Стр. 166 и др.
4) Ср. стр. 81 о безповоротности, 129 сл. о запретительной системѣ, 140 сл. о кредитномъ залогѣ, 165 объ уступкѣ залогового требованія, 186 о передачѣ исполнительныхъ листовъ, стр. 186 сл. объ обязательствахъ до востребованія.

ную картину вотчиннаго права Западной Европы [1]). По этому поводу нельзя, однако, не высказать глубокаго сожалѣнія о томъ, что особая комиссія не сочла нужнымъ принять въ соображеніе проектъ швейцарскаго уложенія, который несомнѣнно далъ бы многое въ смыслѣ улучшенія нашего проекта ВУ. Во время засѣданій редакціонной комиссіи шли лишь предварительныя работы по составленію проекта ZGB. и она не имѣла возможности пользоваться ихъ плодами. Но ко времени созыва особой комиссіи имѣлся въ готовомъ видѣ уже предварительный проектъ швейцарскаго департамента юстиціи и полиціи [2]) и во время засѣданій появился въ печати проектъ союзнаго совѣта отъ 28 мая 1904 г.[3]). Слѣдовательно, была на лицо полная возможность использовать для нашего проекта этотъ наилучшій изъ современныхъ кодексовъ.

Напротивъ, большое сходство между Журналомъ и Объясненіями замѣчается по вопросу объ исходныхъ точкахъ для сужденія о матеріальномъ содержаніи проекта. Прежде всего, и тутъ бросается въ глаза пренебреженіе къ юридическимъ конструкціямъ — нельзя сказать, чтобы особая комиссія отводила имъ бо́льшую роль, чѣмъ комиссія редакціонная. Особенно интересны въ этомъ отношеніи соображенія, выставляемыя по вопросу о допущеніи заключенія вотчинныхъ сдѣлокъ у нотаріусовъ [4]). Комиссія, очевидно, придаетъ ему большое значеніе и тщательно разсматриваетъ его. Но разсмотрѣніе ограничивается исключительно практической стороной. Въ частности, обсуждается вопросъ о томъ, насколько предполагаемое измѣненіе проекта могло бы повести къ увеличенію опасности подлоговъ и другихъ злоупотребленій. Но вопросъ о томъ, измѣняется ли этимъ и въ какомъ смыслѣ измѣняется конструкція вотчинной сдѣлки, не ставится даже мимоходомъ. Лишь по поводу упомянутаго выше замѣчанія военнаго министра сказано нѣсколько словъ о соотношеніи между заключеніемъ сдѣлки и внесеніемъ статьи въ вотчинную книгу [1]), съ которыми, къ тому же, совершенно нельзя согласиться [2]).

1) Ср. стр. 119 о вотчинномъ долгѣ, 125 сл. и 133 о принудительной ипотекѣ, 167 о видахъ ипотеки, 199 и 203 объ отвѣтственности должника по залогу.

2) Schweizerisches Civilgesetzbuch, Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizei-Departements, Bern 1900.

3) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch, vom 28. Mai 1904.

4) Стр. 49 сл.

Съ другой стороны, слѣдуетъ замѣтить, что въ тѣхъ сравнительно немногочисленныхъ случаяхъ, въ которыхъ комиссія обращаетъ вниманіе на конструктивные вопросы, результаты получаются не вполнѣ удовлетворительные. Это бросается въ глаза, какъ по только что упомянутому поводу, такъ въ особенности, и при обсужденіи гл. III раздѣла I проекта ВУ. [3]). Тутъ особая комиссія опредѣляетъ внесенныя въ вотчинную книгу права нанимателя и покупщика лѣса на срубъ какъ права обязательственныя, снабженныя нѣкоторыми вотчинными послѣдствіями. И тутъ же она выставляетъ особую теорію о двоякомъ значеніи внесенія въ книгу, которая не можетъ быть оправдываема ни съ точки зрѣнія общей доктрины, ни на основаніи постановленій проекта [4]).

Иногда встрѣчаются, впрочемъ, и утвержденія, которыхъ нельзя не назвать прямо ошибочными. Это относится, прежде всего, къ опредѣленію сервитутовъ, предусматриваемыхъ въ ст. 26 ВУ., сервитутами законными, а также къ воззрѣнію на обязанность возобновить истребленный въ имѣніи лѣсъ, какъ на ограниченіе права собственности [5]).

1) Стр. 96 сл.

2) Ср. объ этомъ ниже, § 14.

3) Стр. 106 сл.

4) Стр. 107 сл. Ср. ниже, § 42.

5) Стр. 98 сл. Ср., кромѣ того, стр. 70 сл. къ ст. 10, стр. 101 сл. къ ст. 24, стр. 114 и 118 о залоговомъ правѣ, стр. 124 о критеріи для установленія видовъ залогового права, стр. 129 о запретительной системѣ, стр. 147 о безповоротности, какъ особомъ принципѣ, стр. 181 о закладѣ залогового акта, стр. 188 о ст. 100, стр. 200 о ст. 101.

Но въ общемъ преобладаетъ, какъ уже было отмѣчено, то же безразличное отношеніе къ конструктивнымъ вопросамъ, какое замѣчается и въ Объясненіяхъ. Замѣчается и то же самое недостаточно ясное разграниченіе понятій, которое отражается и въ самомъ проектѣ [1]).

Такое сходство между Объясненіями и Журналомъ существуетъ, къ сожалѣнію, и по вопросу о народно-хозяйственномъ значеніи вотчинной реформы какъ цѣлаго и отдѣльныхъ постановленій проекта. Правда, Журналъ даетъ въ этомъ отношеніи нѣсколько больше Объясненій. Въ частности, онъ приводитъ статистическія данныя въ опроверженіе мнѣнія, будто вотчинная реформа должна служить прежде всего интересамъ кредиторовъ, и въ доказательство того, что она принесетъ пользу, главнымъ образомъ, самому землевладѣнію [2]). Но въ общемъ приходится, тѣмъ не менѣе, констатировать, что и особая комиссія не только не преслѣдовала опредѣленныхъ народно-хозяйственныхъ цѣлей — отсутствіе каковыхъ не можетъ быть искупаемо нѣсколько неопредѣленнымъ желаніемъ оздоровить правовое положеніе землевладѣнія и поземельный кредитъ и основанною на опытѣ Западной Европы увѣренностью, что это удастся при помощи вотчинной системы — но даже не занимала опредѣленной позиціи по вопросамъ народнаго хозяйства. Того явнаго противорѣчія, какое замѣчалось въ Объясненіяхъ по вопросу объ ограниченіи воли частныхъ лицъ, въ Журналѣ, правда, нѣтъ. Но причиной тому является просто то обстоятельство, что особая комиссія вовсе не обратила вниманія на одинъ изъ тѣхъ двухъ вопросовъ, по которымъ съ особою наглядностью проявилось это противорѣчіе при работѣ редакціонной комиссіи. Разсматривая статьи проекта о досрочныхъ платежахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ,

1) Стр. 58 о гласности и достовѣрности, стр. 70 къ ст. 9, стр. 97 къ ст. 21, стр. 98 сл. къ ст. 26, стр. 159 объ ухудшеніи имѣнія и др.
2) Стр. 11 сл.

особая комиссія ограничивается лишь нѣкоторыми редакціонными замѣчаніями [1]). Стремленіе же воспрепятствовать мобилизаціи недвижимости играетъ въ Журналѣ ту же самую роль, какъ и въ Объясненіяхъ [2]).

Итакъ, нельзя сказать, чтобы особая комиссія восполняла въ своихъ разсужденіяхъ тѣ пробѣлы, которые были оставлены редакціонной комиссіей. Слѣдуетъ даже утверждать, что въ ея средѣ проявляется въ не меньшей мѣрѣ духъ конкретнаго индивидуализма [3]), который наложилъ свой отпечатокъ на Объясненія и на весь проектъ: имѣются въ виду не интересы народнаго хозяйства, а интересы обособленныхъ частныхъ хозяйствъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ приходится указать на одну черту, которая проявляется въ Журналѣ съ необычайною яркостью и которая является, пожалуй, болѣе всего характерной для него. Черта эта состоитъ въ чрезвычайной практичности всѣхъ высказываемыхъ комиссіей воззрѣній, въ замѣчательномъ здравомъ смыслѣ, который проявляется по каждому почти затрагиваемому вопросу. Чтобы убѣдиться въ этомъ, стоитъ лишь прочесть сказанное о значеніи для нотаріусовъ и для всего института нотаріата ст. 4 [4]), о роли, которую играетъ давность въ практической жизни [5]), о кредитномъ залогѣ [6]), о видахъ оборотной ипотеки [7]), объ уступкѣ залогового акта [8]) — всюду высказывается глубокое знаніе практической жизни и правильная оцѣнка экономическаго фактора. Правда, и Объясненія, какъ было указано выше, очень далеки отъ теоретичности. Но все же получается впечатлѣніе, что на работы редакціон-

1) Стр. 109 сл.
2) Ср. стр. 120 сл., 171 сл., 180, 208.
3) Ср. въ частности, еще стр. 87 сл., 127, 197.
4) Стр. 53 сл.
5) Стр. 65 сл.
6) Стр. 142 сл.
7) Стр. 173 сл.
8) Стр. 165.

а также изложеніе тѣхъ соображеній, которыми руководился министръ юстиціи, присоединяясь къ одному изъ высказанныхъ по данному вопросу мнѣній. Однако, и тутъ не слѣдуетъ искать ничего новаго или самостоятельнаго, что было бы въ состояніи проливать свѣтъ на постановленія проекта. Дѣло въ томъ, что матеріальнаго права проекта ВУ. касаются всего семь разногласій. При этомъ, министръ, за исключеніемъ лишь одного случая [1]), присоединяется къ мнѣнію большинства и обосновываетъ свое рѣшеніе аргументами, взятыми всецѣло изъ Журнала Особой Комиссіи. Аргументами, высказанными уже въ средѣ особой комиссіи, министръ пользуется также и въ томъ одномъ случаѣ, въ которомъ онъ присоединяется къ мнѣнію меньшинства. Можно прибавить, что аргументы въ пользу даннаго мнѣнія формулируются въ Запискѣ очень удачно и ясно. Но въ сущности и этотъ отдѣлъ Записки сводится лишь къ резюмированію изложеннаго уже въ Журналѣ.

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, подчеркнуть только еще одинъ разъ, что Записка составлена въ высокой степени умѣло, но что она ничего не дастъ съ научной точки зрѣнія. И въ этомъ смыслѣ она даже не представляетъ интереса для изучающихъ матеріалы къ проекту ВУ.

1) Стр. 31 сл.

Основныя начала вотчинной системы.

I.

§ 10. Классификація основныхъ началъ.

Редакціонная комиссія, вырабатывая проектъ ВУ., сочла нужнымъ разсмотрѣть въ особой главѣ Объясненій къ проекту [1]) коренныя начала, положенныя ею въ основу проекта и образующія, въ своей совокупности, „то, что принято у насъ называть вотчинною или ипотечною системою“. Таковыхъ коренныхъ началъ комиссія признаетъ не менѣе шести, а именно начала внесенія, гласности, безповоротности, спеціальности, старшинства и изъятія записанныхъ въ вотчинной книгѣ правъ отъ дѣйствія давности.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи [2]) редакціонная комиссія устанавливаетъ, что между этими началами существуетъ внутренняя связь и что нѣкоторыя изъ нихъ логически вытекаютъ изъ другихъ. Но она, тѣмъ не менѣе, признаетъ за каждымъ изъ нихъ извѣстную самостоятельность и, поэтому, координируетъ ихъ.

Между тѣмъ, необходимо сказать, что далеко не всѣ эти начала равноцѣнны. Среди нихъ приходится, напротивъ, различать, съ одной стороны, принципы, являющіеся, дѣйствительно, главными и основными, а съ другой — такіе, ко-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 51 сл., 1896 г. I, стр. 65 сл. Ср. Ж. О. К., стр. 36 сл., Записка, стр. 23 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 68, 85, 87, 95, 1896 г. I, стр. 81, 93, 95, 103.

ной комиссіи наложили свою печать люди, смотрящіе на жизнь съ точки зрѣнія практическихъ юристовъ, сводящихъ все значеніе правовыхъ нормъ къ вопросу о столкновеніяхъ между частными интересами, или выражаясь конкретно, къ той роли, которую данныя нормы могутъ сыграть въ случаѣ судебнаго или внѣсудебнаго спора между сторонами. Члены особой комиссіи, напротивъ, имѣли, очевидно, возможность наблюдать вліяніе гражданско-правовыхъ нормъ на экономическую жизнь въ широкомъ смыслѣ слова, хотя, именно, съ точки зрѣнія частныхъ интересовъ. Остается только пожалѣть о томъ, что отдѣльныя и субъективныя ихъ наблюденія не были сведены въ систему и что они не вызвали сознанія необходимости принятія въ соображеніе цивильно-политическаго момента. Благодаря этому, мы къ сожалѣнію имѣемъ дѣло лишь съ разрозненными, хотя и сравнительно многочисленными проявленіями жизненнаго опыта и здраваго смысла.

Само собой разумѣется, что винить въ этомъ членовъ особой комиссіи было бы столь же несправедливо, какъ возложить отвѣтственность за недостатки двухъ первыхъ предварительныхъ проектовъ на членовъ редакціонной комиссіи. И тѣ и другіе сдѣлали все, что могли, все, чего можно было отъ нихъ требовать. Упреки заслуживаютъ только лица или учрежденія, отвѣтственныя за составъ комиссіи: они забыли отвести подобающее мѣсто представителямъ науки. Благодаря этому получился однобокій составъ комиссіи, получился однобокій проектъ.

Само собой разумѣется, что нечего гадать о результатахъ, которые получились бы, если бы не было этого упущенія. Но все же позволительно высказать предположеніе, что въ такомъ случаѣ оказалось бы возможнымъ создать стоящій на высотѣ современнаго законодательства проектъ — разумѣется, при предположеніи, что представители науки работали бы въ своей области столь же безукоризненно, съ тѣмъ же знаніемъ дѣла, съ тою же добросовѣстностью и серьезностью, какъ представители другихъ отраслей.

§ 9. Записка Министра Юстиціи.

Менѣе всего научнаго значенія имѣетъ Записка Министра Юстиціи, при которой проектъ былъ внесенъ въ Государственную Думу. Это становится вполнѣ понятнымъ, если принять во вниманіе цѣль, которая преслѣдовалась посредствомъ ея. Записка должна была не излагать и разрабатывать научную основу проекта вотчинной реформы, а напротивъ, убѣдить членовъ законодательныхъ учрежденій въ желательности и цѣлесообразности предполагаемаго преобразованія. И при этомъ приходилось, понятнымъ образомъ, считаться съ тѣмъ обстоятельствомъ, что большое число лицъ, для которыхъ назначалась Записка, не обладаетъ юридическимъ образованіемъ, не говоря уже о спеціально цивилистическомъ.

Если имѣть въ виду это обстоятельство, то нельзя не признать, что составители Записки исполнили возложенную на нихъ задачу въ высокой степени удовлетворительно. Они использовали для своихъ цѣлей Журналъ Особой Комиссіи, который и подходилъ для этого вполнѣ, благодаря, именно, тому практическому характеру, которымъ онъ обладаетъ. Было сдѣлано краткое извлеченіе изъ имѣющихся въ Журналѣ общаго введенія и введенія къ части, спеціально посвященной проекту ВУ. При этомъ были собраны и сопоставлены очень умѣло всѣ наиболѣе убѣдительные аргументы, говорящіе въ пользу вотчинной реформы, и они были формулированы чрезвычайно наглядно и ясно. А въ результатѣ получилась работа, вполнѣ отвѣчающая своему назначенію. Но само собой разумѣется, что для научнаго изученія проекта въ Запискѣ нельзя найти ничего новаго.

Впрочемъ, къ Запискѣ приложенъ перечень вопросовъ, по коимъ произошли разногласія въ средѣ особой комиссіи,

торые лишь вытекаютъ изъ первыхъ и обладаютъ, главнымъ образомъ, вспомогательнымъ значеніемъ. Въ виду этого и нельзя признать правильною координацію, допущенную редакціонною комиссіей. А для выясненія сущности вотчинной системы, въ частности, системы, принятой проектомъ ВУ., слѣдуетъ, прежде всего, установить, какія идеи являются исходными, на какихъ мысляхъ покоится дѣйствительно вся система.

Нельзя не замѣтить, къ тому же, что и съ методологической точки зрѣнія едва ли удобно класть въ основаніе системы столь большое число принциповъ. Внутреннее единство ея не можетъ не страдать отъ этого. И съ этой точки зрѣнія является также желательнымъ установленіе истиннаго соотношенія между выставленными редакціонной комиссіей принципами, такъ какъ одно это дастъ возможность объединить ихъ немногими, болѣе общими понятіями. При этомъ нельзя не обратить вниманія и на то, что усвоеніе вотчинной системы значительно затрудняется благодаря методу, примѣненному редакціонною комиссіей. Считаться при изученіи и примѣненіи ВУ. постоянно съ совокупностью шести болѣе или менѣе самостоятельныхъ принциповъ будетъ, очевидно, дѣломъ далеко нелегкимъ для практиковъ. А въ виду новизны у насъ вотчинной системы необходимо считаться и съ этимъ обстоятельствомъ.

Современная вотчинная система возникла, какъ извѣстно, благодаря, прежде всего, прусскому законодательству [1]), которое вызвало къ новой жизни и развило принципы древнегерманскаго права. Исходной точкой является, при этомъ, ко-

1) Ср. Dernburg und Hinrichs, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 6 flg., Dernburg, Preuss. Privatrecht I, S. 451 flg., vgl. Dernburg, Sachenrecht S. 104 flg. Въ русской литературѣ см. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 109 сл., Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 70 сл., Ельяшевичъ, Очеркъ развитія формъ поземельнаго оборота на Западѣ, стр. 37 сл. См. также Таль, Публичная вѣра крѣпостного реестра въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, Ж. М. Ю. 1908, 3, стр. 67 сл.

ролевскій эдиктъ 1693 г., предписавшій заведеніе поземельной книги для недвижимостей, расположенныхъ въ столичныхъ городахъ. Въ книгѣ должны были отмѣчаться собственники и ипотечные вѣрители. При этомъ переходъ права собственности считался дѣйствительнымъ только въ случаѣ внесенія его въ книгу, и лишь такимъ же путемъ пріобрѣтали абсолютную силу ипотеки.

Какъ видно, уже здѣсь кроются зачатки современнаго вотчиннаго права: внесеніе въ книгу является условіемъ пріобрѣтенія вещнаго права. Однако, съ другой стороны, внесеніе не придаетъ силы недѣйствительному праву.

Слѣдующіе затѣмъ законодательные акты, а именно ипотечный и конкурсный уставъ 1722 г., конкурсный уставъ 1748 г., ипотечный уставъ 1750 г. и ипотечный уставъ 1783 г., остаются, въ общемъ, на той же почвѣ. Въ первыхъ двухъ изъ нихъ замѣчаются даже нѣкоторыя колебанія относительно значенія ипотекъ, не внесенныхъ въ книгу. Напротивъ, уставъ 1750 г. предоставляетъ лицамъ, внесеннымъ въ поземельныя книги, возможность придать своимъ правамъ неоспоримость путемъ вызывного производства. Само собой разумѣется, что это далеко еще не то, что называется въ проектѣ ВУ. принципомъ безповоротности. Но все же нельзя отрицать наличность извѣстной аналогіи. Отличительная черта устава 1783 г., наконецъ, заключается въ введеніи принципа легальности.

Новый шагъ большого значенія, завершившій, въ основныхъ чертахъ, развитіе вотчинной системы, былъ сдѣланъ Земскимъ правомъ 1794 г. [1]). Здѣсь впервые высказывается принципъ, что право, внесенное въ ипотечную книгу, при-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 53 сл., 148, 1896 г. I, стр. 67 сл., 171, излагаютъ ходъ развитія не вполнѣ точно. Они считаютъ первой попыткой созданія вотчиннаго права уставъ 1722 г. и преувеличиваютъ значеніе устава 1783 г., не отводя, вслѣдствіе этого, подобающей роли Земскому праву.

знается дѣйствительнымъ въ пользу третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя [1]). На ряду съ этимъ было окончательно признано, что ипотека можетъ быть пріобрѣтена исключительно путемъ внесенія въ книгу [2]).

Такимъ образомъ, къ концу 18 вѣка были признаны принципы внесенія и публичной вѣры вотчинной книги. Какъ тотъ, такъ и другой являлись логическою необходимостью, разъ законодательство желало упорядочить иммобиліарное право: безъ обязательнаго внесенія вотчинныхъ правъ такое упорядоченіе, очевидно, невозможно. Съ другой стороны, обязательность внесенія неминуемо влечетъ за собой признаніе правила, что права, не внесенныя въ книгу, лишены вещной силы. А разъ установлено это, то, наоборотъ, слѣдуетъ признать и то, что всѣ внесенныя права дѣйствительны. Ибо норма: „только внесенныя права дѣйствительны“ — логически нуждается въ дополненіи нормой: „всѣ внесенныя права дѣйствительны“. Иначе упорядоченіе земельныхъ правоотношеній было бы неполнымъ, и вотчинная книга не представляла бы той ясной, полной и исчерпывающей картины правового положенія недвижимости, которой она должна быть для того, чтобы служить твердой опорой вотчинному обороту.

Однако, подобное признаніе дѣйствительности всѣхъ внесенныхъ правъ необходимо только въ опредѣленныхъ границахъ, а именно, по отношенію къ третьимъ пріобрѣтателямъ правъ по книгѣ и притомъ только къ пріобрѣтателямъ добросовѣстнымъ, т. е. положившимся на показанія книги. Только этого требуетъ вотчинный оборотъ, и всякое расширеніе неминуемо повело бы къ злоупотребленіямъ [3]).

1) A. L. R. I, 10 § § 7 flg., II, 20 § § 410, 423.

2) A. L. R. I, 20, § 411.

3) A. L. R. I, 10, § § 24 flg. — Объ условіи возмездности пріобрѣтенія, выставленномъ въ Прусскомъ Земскомъ правѣ — Einl. § 96, I, 20, § 423 — и принятомъ также и нашимъ проектомъ ВУ., см. ниже § 21.

Въ этихъ двухъ принципахъ внесенія и публичной вѣры, исходящихъ изъ одного корня и взаимно дополняющихъ другъ друга, заключается уже вся современная вотчинная система. И тѣ принципы, которые выставляются на ряду съ ними нашей редакціонною комиссіей, являются отнюдь не самостоятельными принципами, координированными имъ, а, напротивъ, лишь вытекающими изъ нихъ вспомогательными правилами, которыя только въ ограниченномъ смыслѣ могутъ быть названы принципами, да и то принципами второстепенными.

Это выясняется сразу, если провѣрить ихъ значеніе.

Редакціонная комиссія особаго принципа публичной вѣры вотчинной книги не выставляетъ. Она упоминаетъ, на ряду съ принципомъ внесенія, лишь о гласности и безповоротности. Изъ Объясненій же явствуетъ [1]), что она разумѣетъ подъ гласностью, съ одной стороны, признаніе содержанія книги общеизвѣстнымъ, а съ другой — презумпцію правильности этого содержанія. А подъ безповоротностью комиссія разумѣетъ наиболѣе важное проявленіе той же презумпціи, а именно, признаніе дѣйствительности правъ, пріобрѣтенныхъ по книгѣ добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ.

Очевидно, что здѣсь не можетъ быть рѣчи о наличности двухъ самостоятельныхъ принциповъ. Напротивъ, проектомъ, въ сущности, признается выставляемый и всѣми западными вотчинными законодательствами принципъ публичной вѣры, который практически проявляется, во-первыхъ, въ процессуальной презумпціи правильности содержанія книги, а во-вторыхъ, въ признаніи дѣйствительности добросовѣстно пріобрѣтенныхъ по книгѣ правъ. Гласность же книги въ тѣсномъ смыслѣ слова, или, выражаясь иначе, ея доступ-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 64 сл., 1896 г. I, стр. 77 сл., Ж. О. К. стр. 41 сл., Записка, стр. 26 сл.

ность для всѣхъ лицъ, заинтересованныхъ въ ея содержаніи, является необходимымъ формальнымъ предположеніемъ публичной ея вѣры [1]).

Такимъ образомъ, и нашъ проектъ ВУ. исходитъ изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры. Напротивъ, остальные перечисленные въ матеріалахъ къ проекту принципы имѣютъ лишь вспомогательное значеніе.

Что касается, въ частности, начала спеціальности, то оно вытекаетъ, по необходимости, изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры и, при правильномъ на него воззрѣніи, имѣетъ характеръ не столько матеріально-правового начала, сколько технической нормы. Терминъ „начало спеціальности“ имѣетъ, при этомъ, двоякое значеніе. Имъ высказывается, съ одной стороны, правило, что каждое вещное право, вносимое въ вотчинную книгу, должно имѣть опредѣленный объектъ, а съ другой, — что оно должно имѣть опредѣленное содержаніе и опредѣленный объемъ. Другими словами, вещное право можетъ быть отнесено только къ опредѣленной недвижимости — генеральная ипотека или узуфруктъ цѣлымъ имуществомъ недопустимы. А кромѣ того, вещное, въ частности залоговое, право должно имѣть строго опредѣленный объемъ — увеличеніе обязательственнаго требованія, обезпеченнаго ипотекой, не въ состояніи измѣнить объема ипотеки [2]).

Однако, въ этихъ двухъ правилахъ не заключается самостоятельнаго принципа. Дѣло лишь въ томъ, что безъ

1) См. объ этомъ подробнѣе ниже, въ § 18. Комиссія послѣдовала, впрочемъ, примѣру германскихъ юристовъ, которые весьма часто пользуются promiscue терминами Öffentlichkeit, Publizität, öffentlicher Glaube. Выставляя же особый принципъ безповоротности, она послѣдовала примѣру мекленбургскаго права — ср. v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, S. 83, чего комиссія, повидимому, сама не сознавала, ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 68, 1896 г. I, стр. 81.

2) Принципъ спеціальности былъ выработанъ, какъ извѣстно, первоначально въ примѣненіи къ ипотекамъ и имѣетъ значеніе вплоть до настоящаго времени преимущественно для нихъ, хотя онъ и не лишенъ значенія также по отношенію къ другимъ вотчиннымъ правамъ.

нихъ принципъ внесенія не могъ бы быть осуществленъ. Въ самомъ дѣлѣ, даже трудно представить себѣ его проведеніе при отсутствіи требованія опредѣленности объекта. А далѣе, тотъ же принципъ внесенія требуетъ опредѣленности самаго вещнаго права. Ибо ясно, что онъ лишился бы всякаго смысла, если бы допускалось внесеніе обремененія недвижимости, содержаніе и объемъ котораго измѣняются внѣ зависимости отъ вотчинной книги. Вѣдь принципъ внесенія состоитъ, именно, въ томъ, что вотчинныя права пріобрѣтаются, измѣняются и прекращаются исключительно посредствомъ внесенія [1]). Слѣдовательно, спеціальность является и въ этомъ отношеніи необходимымъ послѣдствіемъ основного принципа.

Однако, и принципъ публичной вѣры не можетъ быть проведенъ безъ соблюденія спеціальности. Третій пріобрѣтатель можетъ полагаться на показанія книги только въ томъ случаѣ, когда всѣ внесенныя права обладаютъ строгою опредѣленностью. Иначе всѣ его разсчеты не будутъ имѣть твердаго основанія. И разъ признается принципъ публичной вѣры вотчинной книги, то спеціальность является чѣмъ то, разумѣющимся само собой, а никакъ не самостоятельнымъ особымъ принципомъ. Въ противномъ случаѣ пришлось бы утверждать, что вотчинная система, основанная на принципахъ внесенія и публичной вѣры, мыслима также и безъ спеціальности.

Къ тому же, спеціальность не вноситъ ничего новаго въ матеріальное вотчинное право. Она отрицаетъ лишь извѣстныя положительныя нормы римскаго права, но никоимъ образомъ не вліяетъ на конкретныя правоотношенія [2]).

Нѣчто весьма подобное приходится сказать о призна-

1) Объ исключеніяхъ изъ этого общаго принципа см. ниже, § 11, 12.

2) Нельзя не отмѣтить, что въ виду этого за принципомъ спеціальности необходимо признать, прежде всего, историческое и, въ извѣстномъ смыслѣ, полемическое значеніе. Онъ важенъ не столько самъ по себѣ, сколько въ видѣ реакціи противъ неудачныхъ въ этомъ отношеніи нормъ римскаго права.

ваемомъ редакціонною комиссіей принципѣ старшинства. Мы и здѣсь имѣемъ дѣло съ правиломъ, непосредственно вытекающимъ изъ двухъ основныхъ принциповъ: если вотчинное право возникаетъ посредствомъ внесенія и можетъ получить неоспоримость благодаря публичной вѣрѣ книги, то совершенно ясно, что оно должно, съ одной стороны, уступать всѣмъ правамъ, внесеннымъ раньше его, и должно, съ другой стороны, пользоваться преимуществомъ передъ всѣми правами, внесенными позже, что оно — другими словами — должно обладать опредѣленнымъ старшинствомъ. Можно даже защищать мнѣніе [1]), что старшинство есть лишь одно изъ проявленій спеціальности. Въ самомъ дѣлѣ, вотчинное право получаетъ полную опредѣленность лишь тогда, когда оно не только пріурочено къ опредѣленной недвижимости и обладаетъ опредѣленнымъ содержаніемъ, но, кромѣ того, обладаетъ опредѣленностью и въ своемъ соотношеніи къ другимъ правамъ, обременяющимъ ту же недвижимость.

Нельзя, наконецъ, признать самостоятельнаго значенія и за принципомъ изъятія записанныхъ въ вотчинную книгу правъ отъ дѣйствія давности. Сразу бросается въ глаза, что допущеніе погашенія такихъ правъ давностью въ значительной степени уничтожило бы значеніе двухъ основныхъ принциповъ. Оно привело бы, въ результатѣ, къ расхожденію между книгой и матеріальнымъ правоположеніемъ, т. е. къ нарушенію принципа внесенія. А въ случаѣ пріобрѣтенія добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ прекратившагося вслѣдствіе давности права, допущеніе ссылки на давность нарушило бы публичную вѣру книги. Правда, давность не лишена всякаго значенія въ современномъ иммобиліарномъ правѣ [2]). Но она играетъ роль лишь дополнительную по отношенію къ вотчинной книгѣ и никоимъ образомъ не

1) Ср. Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht, S. 58 flg.

2) См. ниже, § 28.

вступаетъ съ нею въ соперничество, какъ то имѣло бы мѣсто въ случаѣ сохраненія за давностью того же значенія по отношенію къ правамъ, внесеннымъ въ книгу, какое она имѣетъ по отношенію къ невнесеннымъ.

Въ результатѣ оказывается, такимъ образомъ, что изъ выдвинутыхъ редакціонною комиссіей основныхъ началъ лишь два дѣйствительно являются таковыми, а именно, начало внесенія и начало публичной вѣры вотчинной книги. Остальныя же отнюдь не могутъ претендовать на признаніе ихъ самостоятельными и основными принципами вотчинной системы. Они являются, напротивъ, лишь второстепенными и служебными принципами, вытекающими изъ основныхъ принциповъ. При этомъ одинъ изъ нихъ — принципъ безповоротности — долженъ быть совершенно выдѣленъ, такъ какъ онъ является только однимъ изъ проявленій принципа публичной вѣры [1]) [2]).

1) Въ литературѣ проекта ВУ. нѣтъ пока изслѣдованія, посвященнаго ученію объ основныхъ принципахъ вотчинной системы. Но все же нѣкоторые писатели затрагиваютъ эту тему. Они, при этомъ, принимаютъ схему, предложенную редакціонною комиссіей — см. Вербловскій, Новѣйшій проектъ Вотчиннаго Устава, Сборн. Правовѣд. 1895, 4, стр. 204, при чемъ, однако, авторъ не упоминаетъ особо о принципѣ изъятія отъ дѣйствія давности; Милевскій, Нѣсколько замѣчаній на проектъ Вотчиннаго Устава, Ж. М. Ю. 1896, 2, стр. 201 сл.; Сарандо, Проектъ Вотчиннаго Устава, Ж. М. Ю. 1900, 2, стр. 11 сл.; Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 41, стр. 2196. Г. Сарандо предлагаетъ, впрочемъ, признать еще особый принципъ недѣлимости. Съ этимъ нельзя согласиться. Дѣло въ томъ, что этотъ принципъ совпадаетъ съ принципомъ спеціальности и вытекаетъ такъ же, какъ и онъ, изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры. Ибо, если, съ одной стороны, каждое внесенное въ вотчинную книгу право должно относиться къ одной опредѣленной недвижимости, то, съ другой стороны, ясно, что оно относится ко всей недвижимости, а не къ части ея. Иной результатъ можетъ быть достигнутъ только путемъ выдѣленія данной части недвижимости и заведенія для нея особой вотчинной книги, другими словами, путемъ превращенія этой части въ самостоятельную недвижимость. Слѣдовательно, объ особомъ принципѣ говорить не приходится, хотя и можно признать, что г. Сарандо вполнѣ правъ съ точки зрѣнія авторовъ проекта. Если они признаютъ и спеціальность и старшинство особыми „основными началами“, то, собственно, нѣтъ причины

II. Принципъ внесенія.

1. Относительность принципа внесенія.

§ 11. Нормы проекта.

Принципъ внесенія провозглашается ст. 1 ВУ., хотя и въ самыхъ общихъ выраженіяхъ, при чемъ ближайшее опредѣленіе его силы и значенія дается въ послѣдую-

отказывать въ такомъ же значеніи „принципу недѣлимости“. Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что принципу недѣлимости удѣляется въ иномъ смыслѣ извѣстная роль въ области залогового права — ср. ниже, т. II, §§ 52, 80. — Что касается, затѣмъ, литературы иностранной, то въ ней, по большей части, не выдвигается опредѣленное, большее или меньшее число основныхъ принциповъ, на которыхъ основывалась бы вотчинная система. Большинство писателей просто излагаетъ положительное вотчинное право, попутно указывая на отдѣльные принципы, управляющіе имъ. При этомъ о наличности связи между ними, понятнымъ образомъ, упоминается. Но нельзя сказать, чтобы послѣдовательно устанавливалась между ними взаимная внутренняя зависимость. См. Dernburg, Preussisches Privatrecht II, §§ 190 flg., Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preussischen Privatrechts II, §§ 178, 184, Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 1, S. 86 flg., 317 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 305 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 100 flg. Нѣкоторые другіе, напротивъ, выставляютъ извѣстное число основныхъ принциповъ, при чемъ ближе всего къ защищаемому въ текстѣ взгляду подходитъ Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, S. 319 flg., выставляющій въ первую голову Eintragungs- und Konsensprinzip и materielles Publizitätsprinzip, а затѣмъ дополнительно Lokus- und Vormerkungsprinzip, изъ которыхъ послѣднее исполняетъ роль „Schutzmittel gegen die Gefahren des Eintragungs- und Publizitätsprinzips“. Ср. далѣе Männer, Sachenrecht, S. 39 flg., который исходитъ изъ принциповъ внесенія, матеріальнаго соглашенія и матеріальной публичности, но указываетъ затѣмъ на воздѣйствіе принциповъ старшинства (S. 62 flg.), отмѣтки (S. 73 flg.) и изъятія внесенныхъ правъ отъ дѣйствія давности (S. 84 flg.). Внутренней связи между этими вспомогательными принципами и основными онъ при этомъ не устанавливаетъ. Нѣсколько иначе поступаетъ Дернбургъ, который въ своемъ Sachenrecht, S. 143 flg., столь же мало выставляетъ опредѣленную схему, какъ въ Preuss. Privatrecht и Preuss. Hypothekenrecht, но все же сопоставляетъ принципы внесенія, публичности и старшинства. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, I, S. 7 flg. напротивъ, исходитъ изъ принциповъ публичности, внесенія и легальности. Подобное же отношеніе замѣчается у ряда юристовъ, трактовавшихъ о партикулярныхъ германскихъ законодательствахъ, при чемъ, однако, слѣдуетъ имѣть въ виду, что ихъ труды, появившіеся въ качествѣ составныхъ частей изданія „Deutsches Hypothekenrecht“, относятся

щихъ затѣмъ постановленіяхъ. На основаніи ихъ и можетъ быть выясненъ вопросъ, какъ проводится въ проектѣ ВУ. принципъ внесенія.

Принципъ внесенія въ абсолютной формѣ гласилъ бы, что вотчинныя права безъ всякаго исключенія могутъ возникать, измѣняться и прекращаться исключительно путемъ внесенія въ вотчинную книгу. Слѣдовательно, какъ собы-

лишь къ ипотечному праву, а не къ вотчинному въ цѣлости, хотя ими затрагивается и послѣднее. Изъ писателей этой категоріи Exner, Oesterreichisches Hypothekenrecht, S. 58 flg., выставляетъ принципы публичности и спеціальности, вводя, какъ было упомянуто уже выше, въ понятіе спеціальности также и понятіе старшинства, v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, S. 35 flg., исходитъ изъ вещнаго характера ипотечнаго права и принциповъ спеціальности и публичности, Siegmann, Sächsisches Hypothekenrecht, S. 15 flg. — изъ принциповъ внесенія, публичности, спеціальности и старшинства. Наконецъ, Regelsberger Bayerisches Hypothekenrecht, S. 127 flg., методологически наиболѣе приближается къ системѣ, принятой нашей редакціонной комиссіей, выставляя слѣдующій рядъ основныхъ принциповъ: принципъ примѣнимости ипотеки исключительно къ недвижимости, принципы внесенія, спеціальности, публичности, акцессорности, изъятія отъ дѣйствія давности, старшинства, недѣлимости, осуществленія ипотеки исключительно судебнымъ порядкомъ. — Слѣдуетъ прибавить, что Ельяшевичъ, Очеркъ развитія, стр. 48 сл., излагая систему BGB. и ZGB., признаетъ четыре основныхъ принципа: внесенія, старшинства, соглашенія и публичной достовѣрности.

2) Въ связи съ изложеніемъ основныхъ принциповъ, на которыхъ покоится вотчинная система, нерѣдко упоминается особо о принципѣ легальности или легалитета, заключающемся въ томъ, что внесенію въ вотчинную книгу подлежатъ лишь статьи, основанныя на дѣйствительномъ волеизъявленіи управомоченныхъ лицъ. При этомъ, по болѣе раннимъ законодательствамъ, вотчинныя установленія были обязаны провѣрять матеріальную дѣйствительность вотчинной сдѣлки, между тѣмъ какъ по современному праву на нихъ возлагается уже лишь провѣрка формальной ея правильности. Въ виду этого, приходится относить принципъ легальности къ ученію не о матеріальномъ, а о формальномъ вотчинномъ правѣ, вслѣдствіе чего изслѣдованіе его и не входитъ въ задачи настоящаго труда. Ср., впрочемъ, о принципѣ легальности Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 299 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 92 flg., Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 1, S. 391, 2, S. 178 flg., Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht II, S. 215 flg., Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, S. 192 flg., Wieland, Sachenrecht ad 965, Ostertag, Sachenrecht ad 965. Въ русской литературѣ ср. Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 358 сл., 386, Ельяшевичъ, Очеркъ развитія, стр. 46 сл.

тія, такъ и дѣйствія лицъ остаются, при абсолютности принципа внесенія, безъ всякаго вліянія на вотчинныя права, пока не внесена въ книгу соотвѣтствующая статья.

Абсолютность принципа внесенія проводитъ, такимъ образомъ, формализацію вотчиннаго права до логическихъ предѣловъ, и нельзя, конечно, отрицать, что, съ точки зрѣнія логики и послѣдовательности, такая абсолютность является необходимой. Съ другой стороны, слѣдуетъ, однако, поставить вопросъ, во-первыхъ, отвѣчала ли бы такая логическая и послѣдовательная система интересамъ реальной жизни и могла ли бы она, во-вторыхъ, быть согласована съ общими принципами гражданскаго права, составною частью котораго является право вотчинное.

Современныя законодательства пришли къ отрицательному отвѣту на оба вопроса и этимъ, именно, объясняется тотъ фактъ, что принципъ внесенія не проводится ни въ одномъ изъ нихъ въ полной строгости. Напротивъ, всѣ признаютъ болѣе или менѣе значительныя уклоненія отъ него, и придаютъ ему, такимъ образомъ, значеніе лишь относительное.

На тотъ же путь стала и наша редакціонная комиссія. Уже въ проектѣ 1893 г. она выставила принципъ, что внесеніе является необходимымъ условіемъ возникновенія вотчинныхъ правъ лишь настолько, насколько они основываются на договорѣ. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ, напротивъ, вотчинное право возникаетъ независимо отъ внесенія въ книгу, и послѣднее необходимо только для пріобрѣтенія права распоряженія даннымъ вотчиннымъ правомъ [1]).

1) См. Объясненія 1893 г. I, стр. 58 сл., 122, 146 сл., 155 сл. Нельзя не отмѣтить, впрочемъ, по этому поводу, что ст. 3 ВУ. какъ первой, такъ и послѣдующихъ редакцій формулирована не вполнѣ удачно. Даже въ связи со ст. 9 можетъ получиться впечатлѣніе, будто проектомъ признается не принципъ внесенія, а напротивъ, устанавливается лишь особый видъ укрѣпленія пріобрѣтенныхъ уже на основаніи внѣкнижныхъ актовъ правъ. Однако, прочія постановленія ВУ., въ частности ст. 20 и 27, а

Такое рѣшеніе комиссіи вызвало нѣсколько возраженій [1]). Было указано на то, что относительность принципа внесенія создаетъ двойственность въ способахъ пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ и что, благодаря этому, сохраняется одинъ изъ главнѣйшихъ недостатковъ дѣйствующаго права. Въ результатѣ же, по мнѣнію критиковъ, обезцѣнивается вотчинная книга, и „возникаетъ два особыхъ вида права собственности: внѣкнижная собственность и книжная, при чемъ на основаніи первой признается право въ одно и то же время возникшимъ относительно одного лица и невозникшимъ относительно прочихъ лицъ“.

Эти аргументы, однако, не подѣйствовали. Проектъ въ редакціи 1896 г. остался на той же почвѣ, при чемъ повторялась и прежняя мотивировка, сводящаяся къ слѣдующему [2]): необходимо принять правило, что внесеніе въ книгу пріобрѣтателя составляетъ необходимое условіе пріобрѣтенія вотчиннаго права, ибо только такимъ путемъ можетъ быть достигнута обезпеченность и твердость вотчиннаго оборота. Но это правило примѣнимо лишь къ случаю добровольнаго отчужденія и не можетъ быть распространено на случаи перехода собственности въ недвижимостяхъ по другимъ основаніямъ. Въ случаѣ добровольнаго отчужденія, отъ законодателя зависитъ предписать въ видахъ достиженія тѣхъ или иныхъ цѣлей ту или иную форму, въ которой должна быть выражена воля сторонъ, дабы вотчинное право могло почитаться возникшимъ. Слѣ-

равно соображенія, высказываемыя въ Объясненіяхъ, не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что проектъ построенъ, именно, на принципѣ внесенія. На этой почвѣ не возникнетъ, вѣроятно, даже практическихъ затрудненій. Тѣмъ не менѣе, было бы, пожалуй, умѣстно измѣнить формулировку указанныхъ статей, хотя бы по примѣру BGB. 873 или ZGB. 971. Ср. впрочемъ, объ этомъ ниже, § 14 въ началѣ.

1) Тютрюмовъ, Св. Зам. № 113, Вербловскій, Новѣйшій проектъ ВУ., Сборн. Правовѣд. 1895, 4, стр. 206 сл., Гуляевъ, Русское гражданское право, (изд. 3) стр. 159.

2) Объясненія 1896 г. I, стр. 71 сл., 134, 169 сл., 178 сл.

довательно, можетъ быть выставлено и требованіе внесенія въ вотчинную книгу. Но подобная регламентація совершенно немыслима, по мнѣнію редакціонной комиссіи, въ отношеніи пріобрѣтенія недвижимой собственности по другимъ, кромѣ добровольнаго отчужденія, основаніямъ. Здѣсь право собственности возникаетъ самостоятельно и непосредственно изъ того событія, которое составляетъ основаніе его.

Это воззрѣніе уже не встрѣтило возраженій ни въ отзывахъ вѣдомствъ на проектъ 1896 г., ни со стороны особой комиссіи [1]). Министръ юстиціи присоединился къ нему [2]), и внесенный въ Государственную Думу проектъ ВУ. покоится, такимъ образомъ, на тѣхъ же основахъ, какъ и предварительные проекты. Другими словами, проектъ ВУ. и въ окончательной редакціи 1907 г. придаетъ принципу внесенія лишь относительное значеніе, признавая внесеніе соотвѣтствующей записи въ книгу условіемъ пріобрѣтенія вотчиннаго права только тогда, когда основаніемъ пріобрѣтенія является договоръ [3]).

При такомъ положеніи дѣлъ, прежде всего, необходимо поставить вопросъ, какое создается правовое положеніе въ случаѣ пріобрѣтенія права собственности или иного вотчиннаго права на другомъ, кромѣ договора, основаніи [4]).

ВУ., до извѣстной степени, самъ отвѣчаетъ на этотъ вопросъ. Ст. 9 гласитъ, что „отчуждать имѣніе и обременять его залогомъ или инымъ вотчиннымъ правомъ можетъ лишь тотъ, кто значится собственникомъ по вотчинной книгѣ“. Это же правило повторяется въ ст. 21, 3, въ примѣненіи къ случаямъ пріобрѣтенія права собственности инымъ, кромѣ договора, путемъ. Такое же повтореніе

1) Ж. О. К., стр. 38 сл., 95 сл.

2) Записка, стр. 23 сл.

3) Ср. ВУ. 20, 27, 1. См. также ст. 47.

4) Ср. ВУ. 21, 27, 2. Но см. также ст. 47, согласно которой залоговое право, во всякомъ случаѣ, пріобрѣтается лишь внесеніемъ.

содержитъ и ст. 130, хотя тутъ выдвинута уже дѣлопроизводственная точка зрѣнія. А кромѣ того, въ ней упоминается также и о вотчинныхъ правахъ въ чужомъ имѣніи. Статья же 27,2, говоря о правахъ въ чужомъ имѣніи, пріобрѣтенныхъ не путемъ договора, постановляетъ, что они въ отношеніи третьихъ лицъ до внесенія имѣютъ силу только въ томъ случаѣ, если они были извѣстны этимъ лицамъ.

Нельзя не замѣтить, въ первую голову, что эти постановленія въ своей совокупности неудовлетворительны съ редакціонной точки зрѣнія [1]). Оставляя, однако, въ сторонѣ это обстоятельство, можно установить, что приведенныя постановленія проекта, прежде всего, лишаютъ лицо, пріобрѣвшее собственность или другое вотчинное

1) Больше всего бросается въ глаза ненужность ст. 21, 3, сводящейся, въ сущности, къ ссылкѣ на ст. 9. Столь же ненужна и ст. 130. Нѣтъ никакой причины повторять въ отдѣлѣ дѣлопроизводственныхъ правилъ норму матеріальнаго содержанія, хотя и въ формулировкѣ, соотвѣтствующей назначенію именно этого отдѣла, — благодаря, въ значительной степени, подобнымъ повтореніямъ ВУ., впрочемъ, и получилъ столь значительный объемъ, на который въ литературѣ неоднократно раздавались жалобы. Однако, еще важнѣе то, что указанныя нормы неудовлетворительны и по своему содержанію. Ст. 9 говоритъ исключительно о правѣ собственности и о правѣ распоряженія собственника, несмотря на то, что она помѣщается въ отдѣлѣ, посвященномъ не ученью о правѣ собственности, а „общимъ положеніямъ“. Между тѣмъ изъ ст. 27, 2 можно усмотрѣть, что ВУ. не дѣлаетъ въ этомъ отношеніи различія между правомъ собственности и другими вотчинными правами — кромѣ права залога, пріобрѣтаемаго, согласно ст. 47 ВУ., исключительно посредствомъ внесенія, но могущаго быть переданнымъ путемъ актовой цессіи, по ВУ. 88 сл., т. е. безъ внесенія въ книгу. Къ тому же, это высказывается прямо,въ ст. 130, 1, которая, слѣдовательно, въ этомъ отношеніи, не излишня. Но само собой разумѣется, что дѣлопроизводственныя правила не могутъ и не должны преслѣдовать цѣли дополнять въ этомъ смыслѣ матеріально-правовыя нормы. Наконецъ, нельзя не отмѣтить, что послѣдствія невнесенія формулируются крайне неудачно и, съ конструктивной точки зрѣнія, даже неправильно въ ст. 27, 2. Какъ будетъ изложено ниже въ текстѣ, дѣло вовсе не въ томъ, что пріобрѣтенное внѣ книги право въ чужой недвижимости „въ отношеніи третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ права по вотчинной книгѣ, до внесенія имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если во время установленія ихъ правъ было имъ извѣстно“. Напротивъ, эти права обладаютъ полною силой и лишь впослѣдствіи могутъ лишиться ея благодаря публичной вѣрѣ книги.

право внѣдоговорнымъ путемъ, права распоряженія имъ до внесенія въ книгу. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, изъ самой сущности вотчинной системы вытекаетъ и другое послѣдствіе невнесенія, съ практической точки зрѣнія, можетъ быть, еще болѣе важное. Оно заключается въ томъ, что формальное право распоряженія остается всецѣло за прежнимъ обладателемъ даннаго права, внесеннымъ въ книгу. А результатомъ этого является возможность пріобрѣтенія права третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ, при чемъ въ пользу послѣдняго будетъ дѣйствовать уже публичная вѣра вотчинной книги. Другими словами, въ его пользу вступитъ въ силу такъ называемая безповоротность. Отсюда вытекаетъ, что право лица, матеріально управомоченнаго, но не внесеннаго въ книгу, не имѣетъ значенія для третьихъ добросовѣстныхъ лицъ [1]).

Наконецъ, послѣдствіемъ невнесенія является и то, что пріобрѣтенное право подлежитъ дѣйствію давности [2]).

При такихъ условіяхъ, слѣдуетъ поставить вопросъ, соотвѣтствуетъ ли принятая проектомъ конструкція дѣйствительности, другими словами, осуществляетъ ли на дѣлѣ проектъ выставленную имъ конструкцію, и нѣтъ ли здѣсь въ постановленіяхъ ВУ. внутренняго противорѣчія?

Въ самомъ дѣлѣ, вотчинное право считается, по словамъ проекта, пріобрѣтеннымъ. Тѣмъ не менѣе, оно лишено силы по отношенію къ третьимъ лицамъ, не знающимъ о его существованіи. Невольно возникаетъ вопросъ, можно ли, при такихъ условіяхъ, говорить о наличности вотчиннаго права, можно ли признавать, напр., собственникомъ лицо, находящееся въ указанномъ положеніи, столь мало отвѣчающемъ нормальному положенію собственника?

Ссылка на принципы вотчинной системы, будто бы вызывающіе подобныя отступленія отъ принциповъ общегражданскаго права, была бы, очевидно, не доказательна. Ибо, если установленное только что положеніе пріобрѣтателей вотчинныхъ правъ по другому, кромѣ договора, основанію и вызывается сущностью вотчинной системы, то отсюда нельзя еще дѣлать выводъ, что этимъ измѣняются принципы матеріальнаго права и что вотчинныя права, получая иной характеръ, остаются, тѣмъ не менѣе, правами вотчинными или вещными. Если бы, дѣйствительно, оказалось, что наступаетъ измѣненіе характера спорныхъ правъ, то пришлось бы, напротивъ, установить, что послѣднія лишены вещнаго характера и являются правами иного рода. Притомъ излишне даже говорить, что противоположное мнѣніе редакціонной комиссіи было бы лишено всякаго значенія, несмотря на то, что оно нашло прямое выраженіе въ самомъ ВУ.

Въ литературѣ проекта ВУ. уже было обращено вниманіе на этотъ вопросъ. Имѣются указанія [1]) на то, что предположенія редакціонной комиссіи страдаютъ внутреннимъ противорѣчіемъ и что благодаря имъ создается двойная собственность, книжная и внѣкнижная. Притомъ вторая изъ нихъ будто бы лишена того содержанія, безъ котораго право собственности немыслимо. Однако, авторы этихъ критическихъ замѣчаній ограничиваются требованіемъ измѣненія неудовлетворительныхъ, по ихъ мнѣнію, постановленій, но не задаются вопросомъ, какая же собственно конструкція имѣется на дѣлѣ въ проектѣ.

Между тѣмъ, вопросъ о характерѣ правъ въ недвижимости, подлежащихъ внесенію въ книгу, но не внесенныхъ, разрѣшается безъ затрудненій, если только отказаться отъ мысли, что этотъ вопросъ возникаетъ лишь на почвѣ столкновенія между принципомъ внесенія и матеріальнымъ гражданскимъ правомъ. Дѣло въ томъ, что рѣшающую роль играетъ здѣсь вовсе не принципъ внесенія, а, напротивъ, принципъ пу-

1) ВУ. 16 сл.
2) ВУ. 8, 22, 23.

1) Тютрюмовъ, Св. Зам., № 113, Вербловскій, Новѣйшій проектъ ВУ., Сборн. Правовѣд. 1895, 4, стр. 206 сл.

бличной вѣры вотчинной книги. Благодаря именно послѣднему возможно распоряженіе правомъ со стороны внесеннаго въ книгу лица, несмотря на то, что данное право ему, съ матеріально-правовой точки зрѣнія, вовсе не принадлежитъ. Лицо это имѣетъ лишь возможность распоряжаться, матеріальнаго же права распоряженія у него нѣтъ [1]). А разъ установлено это, то можно утверждать и дальше, что никакой двойной собственности въ данномъ случаѣ не имѣется. Собственникомъ является исключительно то лицо, за которымъ признается матеріальное право собственности, хотя оно и не внесено въ книгу. Но, благодаря формализму вотчиннаго права, и вытекающей изъ него легитимаціи внесеннаго въ книгу лица, собственникъ фактически не обезпеченъ противъ послѣдствій распоряженій несобственника, въ пользу котораго имѣются извѣстныя формальныя данныя. Но послѣдній есть всетаки несобственникъ. И если онъ, тѣмъ не менѣе, распорядится даннымъ правомъ, то онъ и будетъ тѣмъ лицомъ, о которомъ сказано въ ст. 19 ВУ., т. е. лицомъ, распорядившимся правомъ, которое неправильно значилось за нимъ по вотчинной книгѣ, и обязаннымъ, вслѣдствіе этого, вознаградить за убытки потерпѣвшаго отъ этого распоряженія настоящаго собственника.

Возможность распоряженія со стороны другого лица пріобрѣтеннымъ правомъ, слѣдовательно, нисколько не затрогиваетъ характера этого права и вовсе не лишаетъ его дѣйствительности по отношенію къ третьимъ лицамъ. Напротивъ, само по себѣ, оно обладаетъ всѣми качествами вотчиннаго права. И лишь благодаря привхожденію принципа публичной вѣры оно можетъ быть обезсилено по отношенію къ третьимъ добросовѣстнымъ лицамъ.

Нѣчто подобное приходится сказать о лишеніи невнесеннаго собственника или обладателя другого вотчиннаго права права распоряженія. Это ограниченіе вытекаетъ од-

1) Ср. объ этомъ ниже, § 22.

новременно изъ принципа публичной вѣры и изъ принципа внесенія, такъ какъ логически немыслимо распоряжаться по книгѣ правомъ, въ нее не внесеннымъ. Но этимъ нисколько не затрогивается самая сущность этого права.

Въ результатѣ можно сказать, слѣдовательно, что, съ конструктивной точки зрѣнія, нельзя возражать противъ относящихся сюда постановленій проекта ВУ. Мысль, что вотчинныя права пріобрѣтаются внѣдоговорнымъ путемъ независимо отъ внесенія, проводится вполнѣ удовлетворительно.

§ 12. Оцѣнка принятой проектомъ нормировки.

Однако, на ряду съ выясненіемъ содержанія нормъ проекта, касающихся принципа внесенія, и съ ихъ оцѣнкой съ точки зрѣнія конструктивной, необходимо поставить еще второй вопросъ, а именно, вопросъ о томъ, насколько принятая проектомъ система удовлетворительна съ точки зрѣнія цѣлесообразности. Мы имѣемъ, безспорно, дѣло съ двойственностью системы, съ пріобрѣтеніемъ вотчинныхъ правъ путемъ договора и внесенія, съ одной стороны, а съ другой — съ пріобрѣтеніемъ правъ независимо отъ внесенія. Этимъ не только нарушается желательное во всякомъ случаѣ единство системы, но вызываются также и практическія неудобства.

Редакціонная комиссія утверждаетъ, какъ было упомянуто выше, что относительность принципа внесенія прямо вытекаетъ изъ самой сущности пріобрѣтенія недвижимой собственности [1]) по другимъ, кромѣ договора, основаніямъ. Если, однако, законодательство, по мнѣнію той же комиссіи, въ правѣ выставлять опредѣленныя требованія, которыя должны быть исполнены для того, чтобы признавался пере-

1) То же самое относится и къ вотчиннымъ правамъ въ чужой недвижимости. Ради простоты изложенія о нихъ, однако, особо не упоминается. Къ тому же этотъ вопросъ по отношенію къ нимъ имѣетъ сравнительно мало практическаго значенія.

ходъ по договору права собственности, то отчего не могли бы быть выставлены аналогичныя требованія и въ другихъ случаяхъ, въ особенности же тогда, когда переходъ долженъ совершиться по акту государственной власти? Кажется, что тутъ противъ соотвѣтствующей регламентаціи можно возражать еще менѣе, такъ какъ тутъ не было бы даже вторженія въ область частной автономіи.

Сказанное относится, прежде всего, къ пожалованію, особо упомянутому въ ст. 21. Комиссія, правда, ссылается [1]) на то, что по дѣйствующему праву [2]) право собственности въ пожалованномъ имѣніи возникаетъ со времени сдачи имѣнія. Но, разъ ВУ. преслѣдуетъ цѣль реформировать систему пріобрѣтенія правъ въ недвижимомъ имуществѣ, то комиссія этимъ нисколько не связана. Она можетъ, слѣдовательно, присоединить къ требованію сдачи имѣнія еще и требованіе внесенія новаго собственника, какъ условіе перехода къ нему собственности [3]). А если редакціонная комиссія ссылается на то, что согласно ВУ. ст. 174 [4]) вотчинное установленіе ставится офиціально въ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 161, 1896 г. I, стр. 184.

2) Зак. гражд. 934—941.

3) Въ литературѣ существуетъ, впрочемъ, споръ по вопросу о моментѣ перехода права собственности. Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права (изд. 10), стр. 563 и Мейеръ, Русское гражданское право, стр. 280, 289 придерживаются одного съ редакціонной комиссіей мнѣнія. Кассо, Русское поземельное право, стр. 118, и Гуляевъ, Русское гражданское право, стр. 159 придаютъ рѣшающее значеніе моменту пожалованія. Напротивъ, Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права I, стр. 394 сл., отстаиваетъ мнѣніе, что право собственности переходитъ въ моментъ сдачи лишь при пожалованіи количества десятинъ. При пожалованіи же опредѣленнаго имѣнія переходъ собственности совершается въ моментъ подписанія указа о пожалованіи. Къ мнѣнію Побѣдоносцева присоединяется Анненковъ, Система русск. гражд. права II, стр. 284 сл. Однако, и съ этой точки зрѣнія нѣтъ препятствія къ пріуроченію перехода права собственности къ моменту внесенія новаго собственника въ книгу. Впрочемъ, весь этотъ вопросъ едва ли имѣетъ большое практическое значеніе, особенно въ виду того, что для пожалованія требуется въ настоящее время законодательный актъ.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 166, 1896 г. I, стр. 189.

извѣстность о пожалованіи и вноситъ, по собственной иниціативѣ, соотвѣтствующую статью въ книгу, то это, разумѣется, уменьшаетъ вѣсъ тѣхъ возраженій, которыя покоятся исключительно на практическихъ соображеніяхъ. Дѣйствительно, благодаря постановленію ст. 174, возможность злоупотребленій отпадаетъ или, по крайней мѣрѣ, низводится до минимума. Но этотъ аргументъ, тѣмъ не менѣе, безсиленъ противъ возраженій принципіальнаго характера.

Совершенно то же должно быть сказано о принудительномъ отчужденіи и публичной продажѣ. Они являются, такъ же, какъ пожалованіе, институтами положительнаго права, и нѣтъ причинъ, по которымъ законодательство не могло бы опредѣлять тѣ условія, при которыхъ они даютъ опредѣленныя права. По отношенію къ нимъ особенно неубѣдительно утвержденіе редакціонной комиссіи, что „здѣсь право собственности рождается самостоятельно и непосредственно изъ того событія, которое составляетъ основаніе его возникновенія“. Никакой самостоятельности и непосредственности здѣсь нѣтъ. Есть только положительныя нормы, изданныя законодательною властью. И если, согласно этимъ нормамъ, право возникаетъ въ одинъ опредѣленный моментъ, то отчего та же законодательная власть не могла бы установить, по соображеніямъ цѣлесообразности, другой моментъ? А по отношенію, въ частности, къ публичной продажѣ, слѣдуетъ прибавить, что нормировка перехода права собственности, принятая проектомъ ППВ., неудачна и сама по себѣ. Пріуроченіе же перехода къ моменту внесенія въ книгу новаго собственника дало бы вполнѣ удовлетворительные результаты [1]).

1) Редакціонная комиссія, говоря о публичной продажѣ, ссылается (Объясненія 1893 г. I, стр. 161 сл., 1896 г. I, стр. 184 сл.) на нынѣ дѣйствующее законодательство. Между тѣмъ, ВУ. разсчитанъ, очевидно, на то, что одновременно съ нимъ вступитъ въ силу и ППВ. А согласно ст. 170 проекта ППВ. (Объясненія 1893 г., стр. 71 сл., 1896 г., стр. 82 сл.), по внесеніи покупщикомъ денегъ, дѣлается опредѣленіе объ утвержде-

Такою же мало убѣдительной аргументаціей пользуется редакціонная комиссія и для обоснованія рѣшенія, принятаго ею по вопросу о пріобрѣтеніи собственности по дав-

нін имѣнія за нимъ. Вслѣдствіе этого, по истеченіи двухнедѣльнаго срока для подачи жалобы, право покупщика вносится въ вотчинную книгу, независимо отъ ходатайства его (ст. 175, 191). Аналогичный порядокъ соблюдается въ случаѣ публичной продажи имѣнія въ кредитномъ установленіи (ст. 285 сл., 289 сл.). При этомъ, ст. 176 и 296 прямо высказываютъ, что право собственности переходитъ къ пріобрѣтателю въ моментъ утвержденія за нимъ имѣнія, т. е. до истеченія срока для подачи жалобы и за двѣ недѣли до внесенія пріобрѣтателя въ книгу. Такое рѣшеніе вопроса едва ли удовлетворительно. Редакціонная комиссія стремилась (Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 72 сл., 1896 г., стр. 84 сл.), съ одной стороны, къ тому, чтобы пріобрѣтатель могъ вступить немедленно во владѣніе и пользованіе имѣніемъ, а съ другой, къ тому, чтобы онъ не распоряжался имъ до окончательнаго выясненія положенія. Но непонятно, почему, въ такомъ случаѣ, производится внесеніе пріобрѣтателя послѣ истеченія двухъ недѣль, независимо отъ того, подана ли жалоба или нѣтъ. Нужно было или слѣдовать примѣру германскаго права (ZwVG. 90, 130 — ср. Fischer und Schaefer, Zwangsvollstreckung, S. 319 flg., 416 flg., v. d. Pfordten, Zwangsvollstreckung, S. 257 flg., 390 flg.) и отложить въ случаѣ подачи жалобы внесеніе въ книгу, или же слѣдовало слить въ одинъ актъ утвержденіе и внесеніе, при чемъ въ книгѣ отмѣчалось бы, что срокъ подачи жалобы еще не истекъ. При избраніи второго пути принципъ внесенія былъ бы выдержанъ, хотя, съ другой стороны, получилось бы то неудобство, что внесенная статья впослѣдствіи могла бы подлежать измѣненію. (См., однако, по этому поводу, сказанное въ Объясненіяхъ къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 73, 1896 г., стр. 84). Можно спорить, заслуживаетъ ли предпочтенія эта система или система германская. Но во всякомъ случаѣ онѣ обѣ удовлетворительнѣе системы проекта ППВ., въ которой имѣется то же отступленіе отъ принципа внесенія, какое замѣчается въ германскомъ правѣ, и то же внесеніе статьи до окончательнаго выясненія положенія дѣлъ, какое имѣется во второй изъ изложенныхъ только что системъ. Мыслима, впрочемъ, еще третья система, которая, быть можетъ, самая цѣлесообразная. Она заключалась бы въ томъ, чтобы, по внесеніи причитающейся съ покупщика суммы, послѣдовало не утвержденіе имѣнія за покупщикомъ и переходъ права собственности (ст. 170 сл.), а лишь утвержденіе торга. Имѣніе же остается въ рукахъ должника или управителя. Вмѣстѣ съ тѣмъ начинается теченіе двухнедѣльнаго срока. Если не подается жалобы, то имѣніе утверждается за покупщикомъ, онъ вносится въ вотчинную книгу, и имѣніе передается ему. Въ противномъ случаѣ, положеніе остается неизмѣненнымъ до воспослѣдованія рѣшенія по жалобѣ. При такомъ порядкѣ не было бы интеримистическихъ положеній, и фактическое положеніе дѣлъ въ теченіе производства совпадало бы съ правовымъ. Нѣтъ и

ности владѣнія. Она утверждаетъ [1]), что такое пріобрѣтеніе „происходитъ само собою, безъ особаго опредѣленія какой либо власти“, и что, поэтому, требованіе внесенія „противорѣчило бы существу института давности, какъ первоначальнаго способа пріобрѣтенія“. Между тѣмъ, едва ли можно сказать, что пріобрѣтенію по давности непремѣнно присущъ моментъ пріобрѣтенія „само собой“. Оно является, несомнѣнно, институтомъ положительнаго права, хотя оно и выработалось первоначально не на почвѣ закона, а на почвѣ права обычнаго и хотя едва ли существуетъ для какого либо положительнаго права возможность обойтись совершенно безъ него. Но вѣдь то же самое можетъ быть сказано о цѣломъ рядѣ институтовъ гражданскаго права, если даже не о большинствѣ ихъ. И, во всякомъ случаѣ, ничто не препятствуетъ законодательной власти устанавливать тѣ условія давностнаго пріобрѣтенія, которыя ей покажутся необходимыми. Наши гражданскіе законы требуютъ, какъ извѣстно, наличность только спокойнаго и безспорнаго владѣнія, другіе, напротивъ, не ограничиваются этимъ, а тре-

риска обезцѣненія имѣнія покупщикомъ, предвидящимъ успѣхъ жалобы, и нѣтъ необходимости повторяющейся нѣсколько разъ перемѣны хозяевъ во вредъ имѣнію. Противъ злоупотребленій должника имѣется, притомъ, въ рукахъ начальника вотчиннаго установленія средство, предоставленное ему ст. 76 ППВ.: онъ можетъ назначить, какъ по собственной иниціативѣ, такъ и по просьбѣ покупщика, управителя. И совершенно неубѣдителенъ дальнѣйшій аргументъ, выдвинутый редакціонною комиссіей (Объясненія къ проекту ВУ. 1893 г. I, стр. 165, 1896 г., I, стр. 188) въ пользу немедленнаго перехода права собственности: отсрочка, по ея мнѣнію, затруднила бы разсчеты между должникомъ, кредиторами и пріобрѣтателемъ. Вѣдь, согласно ст. 85 ППВ., должникъ, въ управленіи котораго остается описанное имѣніе, подчиняется правиламъ, регулирующимъ положеніе назначеннаго начальникомъ вотчиннаго установленія управителя. Слѣдовательно, это затрудненіе, насколько оно вообще существуетъ, легко преодолимо. И оно во всякомъ случаѣ менѣе значительно, чѣмъ затрудненія, могущія произойти въ случаѣ отмѣны утвержденія за покупщикомъ имѣнія. Въ результатѣ всего изложеннаго можно, очевидно, сказать, что нѣтъ какихъ либо непреодолимыхъ препятствій къ проведенію принципа внесенія также и въ случаѣ публичной продажи.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 165, 1896 г. I, стр. 185.

буютъ, кромѣ того, еще титулъ и добрую вѣру, и этому примѣру желаетъ слѣдовать отчасти и нашъ проектъ ГУ.[1]). Отчего же, въ такомъ случаѣ, недопустимо требовать, въ интересахъ стойкости и ясности вотчиннаго оборота, также и оформленіе пріобрѣтенія путемъ внесенія новаго собственника въ книгу, и отчего же нельзя признавать истеченіе срока лишь основаніемъ внесенія или, что то же самое, основаніемъ пріобрѣтенія права собственности.

Такой порядокъ тѣмъ болѣе желателенъ, что область примѣненія давности, съ вступленіемъ въ силу ВУ., значительно сузится[2]): записанное въ вотчинную книгу имѣніе можетъ быть пріобрѣтаемо по давности владѣнія, согласно ст. 23, только со времени смерти лица, которое по вотчинной книгѣ значится послѣднимъ собственникомъ. Въ такомъ случаѣ давностному пріобрѣтателю пришлось бы ходатайствовать въ окружномъ судѣ не о записке его права собственности, какъ то предусматривается проектомъ[3]), а о признаніи его собственникомъ и о записке. Тогда создавалось бы вполнѣ

1) Ст. 907 сл.

2) Редакціонная комиссія указываетъ еще и на то, что проведеніе принципа внесенія привело бы къ устраненію давностнаго пріобрѣтенія имѣній, не записанныхъ въ книгу. Это, разумѣется, неправильно, такъ какъ подобныя имѣнія оставались бы подъ дѣйствіемъ стараго права, хотя, пожалуй, было бы желательно поставить и давностное пріобрѣтеніе ихъ въ зависимость отъ внесенія. Тогда пріобрѣтатель былъ бы вынужденъ просить одновременно о записке имѣнія и о признаніи его собственникомъ. Въ интересахъ достиженія записки, по возможности, всѣхъ недвижимостей, такой порядокъ заслуживалъ бы, безспорно, предпочтенія.

3) ВУ. 370 сл. — Нельзя не отмѣтить, по этому поводу, что правило ст. 380 нецѣлесообразно. Оно сводится къ установленію не 10-тилѣтняго давностнаго срока, а 20-тилѣтняго, такъ какъ до истеченія полѣтняго срока записи по данному имѣнію не пользуются публичной вѣрой. На практикѣ это поведетъ или къ отказу давностныхъ пріобрѣтателей отъ сопряженнаго, во всякомъ случаѣ, съ издержками и хлопотами внесенія, или же, по крайней мѣрѣ, къ ухудшенію ихъ экономическаго положенія, въ частности, къ умаленію ихъ кредита. Очевидно, ни то, ни другое не отвѣчаетъ цѣлямъ, преслѣдуемымъ проектомъ ВУ.

ясное и опредѣленное положеніе дѣлъ, и принципъ внесенія былъ бы соблюденъ.

Этимъ, кажется, исчерпываются, за однимъ исключеніемъ, случаи пріобрѣтенія права собственности на иномъ, кромѣ договора, основаніи. Ибо извѣстные другимъ законодательствамъ случаи пріобрѣтенія собственности на основаніи брачнаго права, присужденія и завладѣнія безхозяйными недвижимостями чужды нашему праву. Пріобрѣтеніе же права собственности вслѣдствіе приращенія не представляетъ интереса съ точки зрѣнія вотчиннаго права[1]). Слѣдовательно, несмотря на примѣрный лишь характеръ даннаго въ ст. 21 ВУ. перечисленія, остается разсмотрѣть только это исключеніе, т. е. пріобрѣтеніе права собственности по наслѣдству.

За этимъ способомъ пріобрѣтенія, дѣйствительно, необходимо признать исключительное положеніе. Слѣдуетъ согласиться съ утвержденіемъ редакціонной коммиссіи[2]), что нельзя поставить пріобрѣтеніе права собственности по наслѣдству въ зависимость отъ внесенія въ книгу наслѣдника. Основа-

1) Необходимо различать два случая приращенія (ср. l. 9 § 4 D. 7, 1). Если, во-первыхъ, произошло приращеніе въ такомъ объемѣ, что, по воззрѣніямъ оборота, имѣется на лицо только увеличеніе существующаго участка, то это, съ точки зрѣнія вотчиннаго права, безразлично, такъ какъ, благодаря этому, стали неправильными или неточными лишь фактическія свѣдѣнія, сообщаемыя вотчинной книгой. Если же, напротивъ, образовался островъ въ рѣкѣ, такъ что, по воззрѣніямъ оборота, приходится говорить объ образованіи новой недвижимой единицы, то имѣется на лицо именно недвижимость, не записанная въ вотчинную книгу. Собственность въ ней можетъ быть пріобрѣтаема по старому праву, безъ внесенія. Но положительнымъ правомъ можетъ быть предписанъ такой же порядокъ, который предлагается выше для давностнаго пріобрѣтенія незаписанныхъ недвижимостей. Вопросъ этотъ, впрочемъ, не имѣетъ большого практическаго значенія. — Что касается иностранныхъ законодательствъ, то BGB. EG. 65 предоставляетъ рѣшеніе вопроса партикулярному праву — о прусскомъ правѣ см. Dernburg, Preuss. Privatrecht I, § 237. Относительно швейцарскаго права ср. ZGB. 659, 660 — право собственности во вновь образовавшихся участкахъ признается за кантонами, но послѣднимъ предоставляется, вмѣстѣ съ тѣмъ, регулировать этотъ вопросъ иначе.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 164, 1896 г. I, стр. 187.

ніемъ служатъ при этомъ не только практическія соображенія, приводимыя въ Объясненіяхъ. Слѣдуетъ, напротивъ, исходить изъ принципіальныхъ соображеній, покоящихся на понятіи универсальной сукцессіи [1]). Согласно ему наслѣдникъ вступаетъ во всю совокупность правъ и обязанностей наслѣдодателя. А установленіе правила, что право собственности въ недвижимостяхъ пріобрѣтается лишь благодаря внесенію наслѣдника въ вотчинную книгу, разрушало бы понятіе универсальной сукцессіи. Въ такомъ случаѣ образовались бы двѣ массы: съ одной стороны, движимость, съ другой — недвижимость. И каждая изъ нихъ переходила бы къ наслѣднику по особымъ нормамъ, чѣмъ уничтожалось бы единство наслѣдства.

Въ конечномъ результатѣ, приходится, такимъ образомъ, сказать, что нѣтъ ничего невозможнаго въ проведеніи принципа внесенія во всѣхъ, за исключеніемъ наслѣдованія [2]), случаяхъ пріобрѣтенія права собственности. А разъ имѣется такая возможность, то осуществленіе ея безспорно и желательно. Правда, практическое значеніе такой мѣры не будетъ велико, такъ какъ предположенный редакціонною комиссіею порядокъ едва ли приведетъ къ какимъ бы то ни было злоупотребленіямъ. Таковыя являются, въ частности, невозможными [3]), насколько дѣло касается способовъ пріобрѣтенія, основывающихся на актахъ государственной вла-

1) При существованіи института родовыхъ имуществъ, правда, принципъ универсальной сукцессіи не можетъ проявляться въ нашемъ правѣ въ чистомъ видѣ, несмотря на ст. 1104 зак. гражд. Съ другой стороны, нельзя не отмѣтить, что отказъ отъ этого принципа могъ бы привести, при извѣстныхъ условіяхъ, къ весьма желательнымъ послѣдствіямъ — ср. мою статью — Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости, Ж. М. Ю. 1910, 7. Проектъ ГУ. проводитъ его, однако, съ полною послѣдовательностью.

2) Тютрюмовъ, Св. Зам., № 113 и Вербловскій, Новѣйшій проектъ ВУ., Сборн. Правовѣд. 1895, 4, стр. 206 не желаютъ признать и это исключеніе.

3) — или почти невозможными, такъ какъ трудно предвидѣть, не будетъ ли найденъ все-таки тотъ или иной ходъ для злоупотребленій.

сти, т. е. при пожалованіи, принудительномъ отчужденіи и публичной продажѣ [1]). При пріобрѣтеніи же собственности по давности владѣнія по ст. 23 ВУ., такой возможности также не имѣется, въ виду того, что условіемъ этого способа пріобрѣтенія является смерть внесеннаго въ книгу собственника.

Съ другой стороны, уже выше было изложено, что нормировка, предложенная редакціонною комиссіею, не вызываетъ сомнѣній и съ теоретической точки зрѣнія въ томъ отношеніи, что будто бы создается двойное право собственности. И единственное, что приходится поставить въ упрекъ комиссіи, это то, что основной принципъ, на которомъ покоится вся вотчинная система, не осуществленъ въ полной мѣрѣ. Правда, одно исключеніе остается во всякомъ случаѣ. Но въ виду особенностей пріобрѣтенія по наслѣдству нельзя даже считать его исключеніемъ въ строгомъ смыслѣ слова. Но даже если не раздѣлять этого взгляда, то все же дѣло шло бы лишь объ исключеніи, между тѣмъ какъ предположенія проекта создаютъ двойную систему въ противорѣчіе провозглашеннымъ комиссіей принципамъ: вотчинная система покоится, будто бы, на принципѣ внесенія. Между тѣмъ, этотъ принципъ проводится лишь по отношенію къ одной изъ категорій способовъ пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ [2]). Кажется, что при такихъ обстоятельствахъ вообще

1) Ср. еще ВУ. 174, 175, 1 и ППВ. 15.

2) Защищаемая въ текстѣ система была принята отмѣненными нынѣ саксонскимъ уложеніемъ и законами нѣкоторыхъ германскихъ союзныхъ государствъ — ср. Sächs. BGB. 276, 277, 2281, 2286 flg., 2290, Siebenhaar, Kommentar I, ad 277, а о другихъ см. BGB. Motive III, S. 299. Напротивъ, BGB. занимаетъ принципіально ту же позицію, какъ и наша редакціонная комиссія, при чемъ надо сказать, что, съ одной стороны, мотивировка этой позиціи мало убѣдительна, а съ другой — фактически получаются нѣсколько иные результаты, чѣмъ по проекту ВУ. Дѣло въ томъ, что Motive III, S. 20 утверждаютъ, что проектъ уложенія ставитъ въ зависимость пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ, за нѣкоторыми исключеніями, касающимися ипотеки и вотчиннаго долга, отъ внесенія въ книгу и „проводитъ, такимъ образомъ, принципъ внесенія во всѣхъ существенныхъ отношеніяхъ“. Кромѣ того, они указываютъ, на стр. 161, что

трудно говорить о господствѣ принципа. Въ виду этого, нельзя не высказать еще разъ пожеланія, чтобы принципъ внесенія былъ проведенъ болѣе послѣдовательно при окончательной редакціи проекта ВУ.

„требованіе внесенія непосредственно вытекаетъ изъ вотчинной системы" („Das Erfordernis der Eintragung liegt in der Konsequenz der Bucheinrichtung"). Въ другомъ мѣстѣ (стр. 299 сл.), напротивъ, сказано, что обязательность внесенія не является необходимымъ послѣдствіемъ вотчинной системы. Она имѣетъ лишь характеръ положительной нормы и можетъ, поэтому, считаться обоснованной лишь настолько, насколько можетъ быть доказана ея цѣлесообразность по отношенію къ отдѣльнымъ способамъ пріобрѣтенія права собственности. Исходная точка BGB. является, такимъ образомъ, не вполнѣ твердой. Далѣе необходимо принять во вниманіе, что и въ этой области регулировка ряда вопросовъ предоставляется партикулярному законодательству. Въ частности, не регулируется уложеніемъ пріобрѣтеніе права собственности по принудительному отчужденію (BGB. EG. 109, ср. Mot. III, S. 304), и во вновь образовавшихся участкахъ (BGB. EG. 65, ср. Mot. III, S. 301 flg.). Рѣшеніе же вопроса о переходѣ права собственности по публичной продажѣ было отложено до изданія особаго закона — въ какомъ смыслѣ оно послѣдовало, было упомянуто выше. Затѣмъ было признано, что право собственности переходитъ (ср. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 318 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 145, Wolff, Sachenrecht, S. 175, Kober, Sachenrecht ad 873, S. 86 flg.) безъ внесенія по наслѣдству — BGB. 1922, вслѣдствіе установленія общности имущества между супругами — BGB. 1437 flg., особенно 1438, 3, и вслѣдствіе вступленія въ общества германскаго права (Gesamthandverhältnis), т. е. въ случаяхъ универсальной сукцессіи. Необходимость внесенія же признается при пріобрѣтеніи собственности на основаніи договора — BGB. 873, при завладѣніи оставленными участками — BGB. 928, ср. EG. 190 (по уложенію право завладѣнія имѣетъ только фискъ союзнаго государства; о партикулярно-правовыхъ исключеніяхъ ср. EG. 129, Dernburg, Sachenrecht, S. 330 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 182 flg.) и при пріобрѣтеніи собственности по давностному владѣнію — BGB. 927. Слѣдовательно, въ общемъ можно сказать, что германское уложеніе стоитъ ближе, пожалуй, къ защищаемой въ текстѣ системѣ, чѣмъ къ системѣ нашего проекта, хотя разумѣется, отказъ его отъ регулированія нѣкоторыхъ способовъ пріобрѣтенія затрудняетъ сравненіе. — Что касается ZGB., то оно выставляетъ въ ст. 656,1 общій принципъ, по которому „для пріобрѣтенія права собственности въ недвижимости необходимо внесеніе въ вотчинную книгу". Но въ ст. 656,2 выдвигается рядъ изъятій. А именно, по завладѣнію, наслѣдованію, принудительному отчужденію, публичной продажѣ и судебному рѣшенію собственность переходитъ независимо отъ внесенія. Пріобрѣтатель не можетъ, однако, распоряжаться своимъ правомъ, не будучи предварительно внесенъ въ книгу. Мотивы, по которымъ допускается такая двойственность, не указываются. Но интересно

2. Матеріальное значеніе внесенія.

§ 13. Обзоръ западно-европейскихъ законодательствъ.

Внесеніе въ вотчинную книгу является, такимъ образомъ, во-первыхъ, или условіемъ пріобрѣтенія вотчиннаго права, или, во-вторыхъ, условіемъ признанія за управомоченнымъ лицомъ права распоряженія и средствомъ оглашенія его права. Въ виду этого, однако, возникаетъ другой вопросъ, а, именно, вопросъ о томъ, каково взаимоотношеніе между внесенною статьей и ея правооснованіемъ. Другими словами, приходится спросить, какое матеріальное значеніе признается за внесеніемъ.

Эта проблема тщательно разработана западными законодательствами и наукой, при господствѣ принципа относительной силы внесенія, по отношенію къ пріобрѣтенію правъ на основаніи договора [1]). И тутъ получилось не менѣе трехъ системъ. На почвѣ первой изъ нихъ стояли нѣкоторыя изъ партикулярныхъ германскихъ законодательствъ, въ частности саксонское уложеніе, а изъ дѣйствующихъ законодательствъ ее приняло швейцарское уложеніе. Вторая система была принята, по примѣру прусскихъ законовъ 5 мая 1872 г., германскимъ уложеніемъ. Третья, наконецъ, система господствовала опять таки въ нѣкоторыхъ партикулярныхъ германскихъ законодательствахъ, въ частности, въ мекленбургскомъ, которое, какъ извѣстно, являлось одно время передовымъ въ области вотчиннаго законодательства.

то, что въ матеріалахъ къ проекту ZGB. (Erl. III, S. 76 flg., Botschaft, S. 62 flg., Stenogr. 1906, № 26, S. 527 flg.) имѣется разсужденіе о томъ, что лишь внесеніе даетъ право собственности „въ смыслѣ вещнаго права". Существовало даже предположеніе называть право собственности только въ случаѣ внесенія „полнымъ правомъ собственности". Оно было, однако, оставлено, такъ какъ признаніе двухъ видовъ права собственности, полной и неполной, не отвѣчало бы намѣреніямъ проекта.

1) По отношенію къ пріобрѣтенію вотчинныхъ правъ на другомъ, кромѣ договора, основаніи эта проблема не существуетъ, такъ какъ тутъ внесеніе лишь оглашаетъ совершившійся внѣ книги фактъ. Иное положеніе могло бы получиться, при извѣстныхъ условіяхъ, только при признаніи за внесеніемъ формальной силы. Но это вопросъ, не представляющій интереса для нашего проекта.

Первая изъ этихъ системъ, которую можно назвать системой матеріальнаго договора[1]), исходитъ изъ мысли, что переходъ права собственности или другого вотчиннаго права совершается всегда на основаніи опредѣленной матеріальной сдѣлки. И если въ жизни не проводятъ грани между каузальной сдѣлкой и измѣненіемъ вотчиннаго правоположенія, то и законъ не имѣетъ къ тому причины. Правда, отъ приданія переходу вотчиннаго права абстрактнаго характера можетъ выиграть, при извѣстныхъ условіяхъ, оборотъ. Однако, интересы третьихъ лицъ и безъ того достаточно обезпечены привхожденіемъ принципа публичной вѣры вотчинной книги. Что же касается отношеній между контрагентами, то законъ не имѣетъ причины укрѣплять позицію лица, желающаго пріобрѣсти вотчинное право на основаніи недѣйствительной сдѣлки. Слѣдовательно, дѣйствительность внесенія ставится въ полную зависимость отъ дѣйствительности каузальной сдѣлки. Посредствующимъ же звеномъ между этой сдѣлкой и внесеніемъ служитъ волеизъявленіе собственника недвижимости, выражающее согласіе его на совершеніе внесенія. Это волеизъявленіе представляетъ собой вещный элементъ сдѣлки[2]). При этомъ признается вещный характеръ за искомъ о погашеніи внесенія, основывающимся на недѣйствительности сдѣлки, такъ какъ, въ такомъ случаѣ, переходъ вотчиннаго права не совершился[3]).

1) Sächs. BGB. 276, ср. Siebenhaar, Kommentar I, ad 276, S. 280 flg., ZGB. 965, 974, ср. Erl. III, S. 17 flg., 21 flg., 389 flg., 394 flg., 411 flg., Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 380 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 221 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 313 flg., Wieland, Sachenrecht ad 965 974, Ostertag, Sachenrecht ad 965, 974.

2) ZGB. 963, ср. Wieland, Sachenrecht ad 963, P. 2, Ostertag, Sachenrecht ad 963, P. 4.

3) Это имѣетъ значеніе, прежде всего, въ конкурсѣ отвѣтчика. А кромѣ того, искъ можетъ быть предъявленъ непосредственно противъ третьяго недобросовѣстнаго пріобрѣтателя даннаго права, не защищаемаго, именно вслѣдствіе своей недобросовѣстности, публичной вѣрой вотчинной книги.

Напротивъ, обѣ другія системы связи между правоосновапіемъ и переходомъ права не признаютъ[1]). Онѣ придаютъ переходу права абстрактный характеръ, при чемъ система абстрактнаго вещнаго договора, принятая, въ частности, германскимъ уложеніемъ, требуетъ заключенія между сторонами особаго вещнаго договора, на основаніи котораго и совершается внесеніе въ книгу. По системѣ же мекленбургскаго права внесеніе имѣетъ само по себѣ формальную силу и приводитъ къ переходу вотчиннаго права внѣ всякой зависимости отъ правоосновапія. Другими словами, по системѣ BGB. уничтожается естественное единство каузальной сдѣлки. Она разлагается на части, и какъ обязательственный, такъ и вещный элементы, входящіе въ нее, получаютъ самостоятельное и независимое другъ отъ друга значеніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, устанавливается тѣснѣйшая связь между вещнымъ элементомъ сдѣлки и внесеніемъ въ книгу: послѣднее достигаетъ своей цѣли лишь тогда, когда оно основывается на дѣйствительномъ вещномъ договорѣ. Мекленбургская система, напротивъ, оставляетъ въ сторонѣ какъ вещный, такъ и обязательственный элементъ сдѣлки и придаетъ значеніе исключительно внесенію, какъ формальному акту. Она, слѣдовательно, разрѣшаетъ проблему о соотношеніи между матеріальнымъ и формальнымъ правомъ въ области права вотчиннаго въ пользу послѣдняго и сводится, въ сущности, къ поглощенію принципа публичной вѣры вотчинной книги принципомъ внесенія[2]).

1) Ср. BGB. 873 (см. также Preuss. EEG. § 1 flg.), Mot. III, S. 137 flg., Prot. III, S. 52 flg., 176 flg., 449 flg., v. Meibom, Meckl. Hypothekenrecht, S. 81 flg., 87 flg., 147 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 311 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 144 flg., 222 flg., Wolff, Sachenrecht, I, S. 100 flg., Kober, Sachenrecht, S. 8 flg., Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 95 flg.

2) Съ практической точки зрѣнія, мекленбургская система приводитъ къ тому, что лицо, пострадавшее вслѣдствіе неправильнаго внесенія, имѣетъ, во всякомъ случаѣ, лишь обязательственное требованіе, какъ противъ третьяго пріобрѣтателя, такъ и противъ своего контрагента. Въ конкурсѣ оно, въ частности, не будетъ сепаратистомъ. По системѣ BGB.

Если сравнить между собой эти три системы, то слѣдуетъ сказать, что наименѣе удовлетворительной является система BGB. Въ самомъ дѣлѣ, сопоставляя ее, въ особенности, съ системою матеріальнаго договора, нельзя не замѣтить ея крайней искусственности. Вѣдь стороны требуютъ внесенія на основаніи опредѣленной матеріальной сдѣлки, и онѣ весьма далеки отъ мысли желать перехода вотчиннаго права самого по себѣ, независимо отъ всякой causa, — внесеніе является вѣдь, въ сущности, ни чѣмъ инымъ, какъ исполненіемъ взятаго на себя отчуждателемъ обязательства. Интересы же оборота обезпечиваются привхожденіемъ принципа публичной вѣры. Благодаря ему вотчинное право, въ случаѣ перехода къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю, освобождается отъ присущихъ ему недостатковъ, вытекающихъ изъ обязательственной сдѣлки. Такимъ образомъ, едва ли существуетъ необходимость вставлять между обязательственнымъ договоромъ и внесеніемъ еще абстрактный вещный договоръ, выражающій отвлеченную волю сторонъ перенести вотчинное право [1]). Само собой разумѣется, что подобный договоръ логически можетъ быть конструированъ. Но нельзя не сомнѣваться въ необходимости его вы-

напротивъ, возникаетъ, въ случаѣ недѣйствительности вещнаго договора, вещный искъ пострадавшаго, что имѣетъ значеніе, опять таки, главнымъ образомъ, въ конкурсѣ отвѣтчика.

1) Публичная вѣра вотчинной книги исполняетъ, такимъ образомъ, въ современномъ правѣ ту функцію, ради которой римское право придавало абстрактный характеръ манципаціи, in iure cessio и традиціи — ср. Ihering, Geist des röm. Rechts IV, S. 206 flg. (Споръ о томъ, дѣйствительно ли признавалась абстрактность традиціи, не представляетъ, разумѣется, интереса для цѣлей настоящаго изслѣдованія). Съ практической точки зрѣнія, нѣтъ, слѣдовательно, причины придерживаться примѣра римскаго права. Если же BGB. Motive III, S. 1 flg., 6 flg. выставляютъ положеніе, что вещное право является вообще самостоятельнымъ отдѣломъ гражданскаго права и что, поэтому, между нимъ и правомъ обязательственнымъ должна быть проведена строгая грань, то это утвержденіе никоимъ образомъ не можетъ быть признано убѣдительнымъ. См., впрочемъ, по этому поводу, мѣткія замѣчанія у Gierke, Entwurf, S. 281 flg. Ср. также Menger, Das bürgerliche Recht, S. 115.

дѣленія изъ единой сдѣлки, заключенной сторонами. А приданіе ему абстрактнаго характера противорѣчитъ, во всякомъ случаѣ, и намѣренію сторонъ, и смыслу сдѣлки.

Въ результатѣ нельзя не притти къ выводу, что система BGB. является однимъ изъ плодовъ того духа конструктивной юриспруденціи, который царитъ надъ германскимъ уложеніемъ. Она страдаетъ сложностью и искусственностью и не обладаетъ, притомъ, такими практическими преимуществами, которыми искупались бы ея недостатки.

По сравненію съ этой системой, система мекленбургскаго права кажется гораздо болѣе удачною. Она признаетъ ясно и открыто за внесеніемъ формальную силу и, разрывая связь между каузальной сдѣлкой и переходомъ вотчиннаго права, не конструируетъ еще искусственнаго абстрактнаго договора, являющагося, въ сущности, лишь продуктомъ мало удачнаго компромисса. Правда, здѣсь имѣется, какъ было отмѣчено выше, уже полное поглощеніе принципа публичной вѣры принципомъ внесенія. Однако, это относится къ абсолютнымъ недостаткамъ системы и не умаляетъ ея относительнаго, по сравненію съ системой BGB., достоинства.

Если же вопросъ идетъ о предпочтительности швейцарской или мекленбургской системы, то нельзя не признать, что, съ конструктивной точки зрѣнія, ихъ достоинства одинаковы. Разъ современное право вообще признаетъ, подъ давленіемъ потребностей оборота, абстрактныя сдѣлки, то вопросъ о предпочтительности въ отдѣльномъ случаѣ абстрактнаго или матеріальнаго характера опредѣленной сдѣлки является уже исключительно вопросомъ цѣлесообразности. Конструктивная же точка зрѣнія не можетъ играть въ этомъ отношеніи рѣшающую роль.

Однако, при подобной постановкѣ вопроса, необходимо исходить изъ положенія, что вся вотчинная система покоится на компромиссѣ между формальной правдой и матеріальной.

По ряду вопросовъ послѣдняя должна уступать передъ первой въ интересахъ оборота. Но критеріемъ допустимости и желательности подобныхъ уступокъ должны служить исключительно потребности оборота, и нельзя заходить въ этомъ отношеніи дальше того, что требуютъ онѣ. Одно лишь стремленіе къ послѣдовательности системы и чистотѣ принциповъ не должно имѣть рѣшающаго значенія. По данному же вопросу интересы оборота требуютъ лишь защиту третьихъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей, что вполнѣ достигается признаніемъ принципа публичной вѣры вотчинной книги. Признаніе же вотчиннаго права пріобрѣтеннымъ благодаря одному факту внесенія и отсылка пострадавшаго контрагента пріобрѣтателя къ личному иску никоимъ образомъ не является необходимостью съ точки зрѣнія оборота. Слѣдовательно, и нѣтъ причины допускать, по вопросу о матеріальномъ значеніи внесенія, оттѣсненіе матеріальной правды въ пользу правды формальной.

На ряду съ этимъ, необходимо имѣть въ виду и такъ называемую опасность абстрактныхъ сдѣлокъ. Среди населенія, привыкшаго къ такого рода сдѣлкамъ, она, разумѣется, можетъ и не являться особенно серьезнымъ факторомъ[1]) Но законодательство, которое вводитъ впервые вотчинную систему, непремѣнно должно считаться съ этимъ моментомъ. А при условіяхъ, имѣющихся безспорно на лицо въ Россіи, это является лишнимъ аргументомъ въ пользу матеріальной системы вотчиннаго внесенія.

§ 14. Нормы проекта.

Какова же система, принятая проектомъ ВУ.?

Въ литературѣ этотъ вопросъ былъ затронутъ только мимоходомъ, и при этомъ была высказана мысль, что про-

1) Хотя, вѣроятно, въ области вотчиннаго оборота эта опасность всегда будетъ сравнительно велика, благодаря нѣкоторымъ общепризнаннымъ психологическимъ особенностямъ сельскаго населенія.

ектъ признаетъ систему матеріальнаго договора[1]). При ближайшемъ разсмотрѣніи этого вопроса нельзя, однако, не притти къ убѣжденію, что онъ рѣшается далеко не такъ просто. Напротивъ, въ немъ кроются весьма серьезныя затрудненія.

Sedes materiae являются ст. 3 и 4. Согласно первой изъ нихъ „вотчинныя права вносятся и погашаются въ вотчинной книгѣ или въ силу договоровъ, или въ силу наслѣдованія и другихъ, указанныхъ въ законахъ, основаній пріобрѣтенія и прекращенія правъ“. А ст. 4 говоритъ, что „договоры о пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ“ совершаются, подъ страхомъ недѣйствительности, или въ подлежащемъ вотчинномъ установленіи, или у нотаріуса съ представленіемъ выписи акта въ вотчинное установленіе.

Уже первой изъ этихъ двухъ нормъ вполнѣ достаточно, чтобы выяснить, что проектъ очень далекъ отъ признанія за внесенной въ вотчинную книгу статьей формальной силы. И этотъ выводъ подкрѣпляется еще ст. 15, прямо отрицающей формальную силу за внесенными въ вотчинную книгу статьями: „Вотчинныя права, внесенныя въ вотчинную книгу, могутъ быть оспорены и уничтожены по судебному рѣшенію, насколько они не пользуются безповоротностью..“.

О рецепціи мекленбургской системы, слѣдовательно, и рѣчи быть не можетъ. Но для рѣшенія вопроса, которую изъ остальныхъ двухъ системъ принялъ проектъ, слѣдуетъ предварительно выяснить характеръ упомянутаго въ ст. 3 и 4 договора.

Въ первомъ раздѣлѣ проекта, посвященномъ матеріальному праву, больше о договорахъ о пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ не говорится. Между тѣмъ, указанныя статьи оставляютъ совершенно открытымъ вопросъ о характерѣ, силѣ и содержаніи ихъ. Ничто не препятствуетъ, напр., выводу, что рѣчь идетъ о такомъ же абстрактномъ вещномъ

1) Лыкошинъ, Германское положеніе о вотчинныхъ книгахъ, Вѣстн. Права 1901, I, стр. 65, Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 254 сл., v. Seeler, Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuchs, S. 142.

договорѣ, какой признается BGB. Этому не противорѣчитъ и указаніе, на ряду съ договоромъ, на „наслѣдованіе и другія, указанныя въ законахъ основанія“. Напротивъ, послѣднее можетъ привести даже къ другому, совершенно неудовлетворительному выводу. Если, именно, договоръ ставится на одну доску съ прочими основаніями пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ, то само собой напрашивается заключеніе, что вотчинное право пріобрѣтается въ силу самого договора, между тѣмъ какъ внесеніе имѣетъ лишь смыслъ укрѣпленія пріобрѣтеннаго уже права и, въ частности, даетъ управомоченному право распоряженія.

Такой выводъ, однако, рѣзко противорѣчитъ только что установленному принципу относительной силы внесенія, столь ясно высказанному ст. 21 и 27, а также явствующимъ изъ Объясненій намѣреніямъ составителей проекта. Вслѣдствіе этого необходимо ограничиться замѣчаніемъ, что редакція ст. 3 въ высокой степени неудачна и что эта статья, а равно ст. 4, во всякомъ случаѣ не даютъ возможности опредѣлить характеръ вотчинныхъ сдѣлокъ и матеріальное значеніе внесенія. Слѣдуетъ прибавить, впрочемъ, что, судя по матеріаламъ къ проекту, составители его и вовсе не задавались этими вопросами. Если не считать нѣсколькихъ довольно бѣглыхъ замѣчаній, имѣющихся въ Журналѣ Особой Комиссіи, и нѣкоторыхъ разсужденій редакціонной комиссіи, позволяющихъ сдѣлать выводъ лишь косвеннымъ путемъ объ отношеніи къ данному вопросу авторовъ проекта [1]), то приходится установить, что они обращали вниманіе, по поводу указанныхъ статей, лишь на два момента: съ одной стороны на вопросъ объ абсолютности или относительности внесенія [2]), а съ другой, на формальный порядокъ совершенія вотчинныхъ сдѣлокъ [3]).

1) См. ниже, въ концѣ настоящаго §.

2) См. выше, § 12.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 105 сл., 123 сл., 1896 г. I, стр. 112 сл., 135 сл., Ж. О. К., стр. 45 сл., 49 сл., Записка, стр. 30.

Въ виду этого, необходимо обратиться, для выясненія характера вотчинныхъ сдѣлокъ, къ раздѣлу III проекта ВУ., регулирующему вотчинное дѣлопроизводство. Отсюда можно извлечь слѣдующія свѣдѣнія: акты, на основаніи коихъ происходитъ внесеніе статей въ вотчинную книгу, совершаются или въ вотчинномъ установленіи, или у нотаріусовъ [1]). Они должны содержать, кромѣ ряда моментовъ, обладающихъ лишь формальнымъ значеніемъ, еще „изложеніе воли сторонъ“ и „текстъ подлежащей внесенію въ вотчинную книгу статьи“ [2]). На основаніи акта, совершеннаго въ вотчинномъ установленіи, внесеніе производится безъ особой о томъ просьбы сторонъ [3]). Если же актъ былъ совершенъ у нотаріуса, то послѣдній препровождаетъ его въ вотчинное установленіе, которое дѣйствуетъ и въ этомъ случаѣ безъ просьбы сторонъ и совершаетъ внесеніе на основаніи одного этого акта [4]). При этомъ, вниманія заслуживаетъ и ст. 275, согласно которой „по подписаніи акта ни одна изъ сторонъ не въ правѣ отступиться отъ онаго“.

Къ сожалѣнію, однако, и эти постановленія не даютъ прямого отвѣта на поставленный вопросъ. Прежде всего, въ нихъ не сказано, каково должно быть содержаніе вотчиннаго акта. Ст. 259,2 говоритъ о „волѣ сторонъ“. Это можетъ быть, очевидно, истолковано какъ въ пользу матеріальнаго, такъ и въ пользу абстрактнаго договора. Ибо воля сторонъ направлена какъ на созданіе опредѣленнаго обязательственнаго отношенія, въ результатѣ котораго должно появиться измѣненіе вотчиннаго правоположенія, такъ и на самый этотъ результатъ. Матеріалы же не даютъ по этому вопросу никакихъ указаній [5]). А другія статьи о содержаніи вот-

1) Ст. 224 сл., 242 сл., 292 сл.

2) Ст. 259, 292.

3) Ст. 225, 2.

4) Ст. 299, 225, 2.

5) Ср. Объясненія 1893 г. II, стр. 251, 1896 г. II, стр. 241 сл., Ж. О. К., стр. 270 сл.

чинныхъ договоровъ не говорятъ, за исключеніемъ лишь ст. 260, постановляющей, что „въ вотчинномъ актѣ могутъ быть помѣщаемы и распоряженія, не относящіяся къ установленію вотчинныхъ правъ, насколько эти распоряженія находятся въ связи съ содержаніемъ означеннаго акта“. Въ Объясненіяхъ [1]) же сказано по этому поводу, что такая оговорка необходима въ виду практическихъ соображеній. Она предоставляетъ сторонамъ возможность „включать въ вотчинный актъ условія обязательственнаго характера, напримѣръ, условіе о зачетѣ покупной цѣны въ сумму долга продавца покупщику“ и т. д.

Къ сожалѣнію, и это постановленіе можетъ быть понято въ двоякомъ смыслѣ. Съ одной стороны, можно сказать, что включеніе подобныхъ условій является чѣмъ то неизбѣжнымъ, если договоръ носитъ вообще матеріальный характеръ. Слѣдовательно, нѣтъ никакой необходимости въ особой оговоркѣ, и противопоставленіе такихъ условій „обязательственнаго характера“ прочимъ распоряженіямъ, содержащимся въ актѣ, даже неумѣстно. Иной результатъ получается лишь при предположеніи, что редакціонная комиссія имѣла въ виду абстрактный вещный договоръ. Однако, съ другой стороны, мыслимо и то, что комиссія имѣла въ виду договоръ, хотя и вещный, но тѣмъ не менѣе каузальный, въ которомъ не воспроизводится обязательственная сдѣлка, но лишь указывается на нее. Отдѣльныя же условія, входящія въ ея составъ, тѣмъ не менѣе, могутъ быть введены въ вотчинный актъ для приданія имъ большей силы и для облегченія положенія управомоченной по этимъ условіямъ стороны.

Подкрѣпленіе для этого послѣдняго предположенія можно найти въ одной изъ статей посвященнаго матеріальному праву раздѣла I проекта, а именно въ ст. 18,1. Согласно ей, безповоротность вотчинныхъ правъ не наступаетъ, если право пріобрѣтено безвозмездно. Слѣдовательно, судьба вотчинныхъ правъ явно ставится въ зависимость отъ каузальной сдѣлки. А отсюда слѣдуетъ, что о признаніи проектомъ абстрактнаго вещнаго договора не можетъ быть рѣчи. Съ другой стороны, однако, отсюда еще не явствуетъ, что предусматриваемый ст. 259 договоръ долженъ быть и съ внѣшней стороны каузальнымъ, а въ особенности не требуется, чтобы въ немъ сливались въ одно договоры обязательственный и вещный. Напротивъ, „воля сторонъ“ можетъ быть направлена непосредственно на установленіе или перенесеніе вотчиннаго права.

1) 1893 г. II, стр. 253, 1896 г. II, стр. 243.

Такимъ образомъ, слѣдуетъ сказать, что нѣтъ необходимости толковать разсматриваемыя статьи проекта въ смыслѣ матеріальнаго характера вотчиннаго акта. Нѣтъ, однако, и противоположной необходимости. Но разъ дѣло обстоитъ такъ, то нельзя не признать рѣшающаго значенія за обычаями и воззрѣніями, господствующими въ оборотѣ, и нельзя не предполагать, что проектъ считается съ ними. Оборотъ же, безспорно, не склоненъ устанавливать и переносить вотчинныя права при посредствѣ особаго вещнаго договора, хотя бы и снабженнаго упоминаніемъ о каузальной сдѣлкѣ. Если онъ не находится подъ вліяніемъ конструктивнаго духа составителей BGB., онъ, за исключеніемъ особыхъ, носящихъ индивидуальный характеръ случаевъ, не будетъ стремиться къ уничтоженію экономическаго единства сдѣлки, а сольетъ, напротивъ, въ одно цѣлое и обязательственный и вещный элементы ея. Благодаря этому, при господствѣ вотчинной системы, получается актъ, заключающій въ себѣ и обязательственный договоръ, и соглашеніе сторонъ объ установленіи или перенесеніи даннаго вотчиннаго права. На основаніи этого акта, затѣмъ, должно совершиться соотвѣтствующее внесеніе въ книгу. При этомъ, вопросъ о томъ, какими дѣйствіями непосредственно вызывается внесеніе, имѣетъ уже чисто техническое значеніе.

Если разсматривать постановленія вотчиннаго устава съ этой точки зрѣнія, то слѣдуетъ признать, что нѣтъ серьезнаго препятствія къ толкованію приведенныхъ статей въ смыслѣ установленія ими именно такого матеріальнаго обязательственно-вещнаго договора. Одна только ст. 260 является, въ такомъ случаѣ, мало цѣлесообразной и излишней. Однако, при общемъ характерѣ проекта, а въ частности, при его склонности къ многословію, нельзя строить на этомъ обстоятельствѣ аргументаціи противъ предложенной конструкціи.

Слѣдуетъ лишь оговорить, что по желанію сторонъ обязательственное и вотчинное соглашеніе могутъ быть также установлены въ двухъ отдѣльныхъ актахъ. Но въ виду молчанія проекта, дозволительно утверждать, что и въ такомъ случаѣ сохраняется зависимость послѣдняго изъ нихъ отъ перваго — согласно воззрѣніямъ оборота и естественнымъ требованіямъ справедливости.

Благодаря этому и приходится сдѣлать въ высшей степени важный выводъ, что недѣйствительность обязательственной сдѣлки, легшей въ основаніе вотчиннаго договора, препятствуетъ пріобрѣтенію вотчиннаго права.

Такой результатъ получается, если считаться исключительно съ постановленіями проекта. Но картина, къ сожалѣнію, значительно измѣняется, если привлечь мнѣніе составителей проекта. Они, правда, какъ было указано уже выше, не высказываютъ прямо своего отношенія къ этому вопросу, и въ частности редакціонная комиссія вовсе не занимается ex professo конструкціей вотчиннаго договора. Но въ виду того, что́ вообще говорится въ Объясненіяхъ по поводу его, нельзя освободиться отъ впечатлѣнія, что комиссія, находясь подъ вліяніемъ и прусскаго закона о пріобрѣтеніи права собственности 1872 г. и германскаго уложенія, имѣла въ виду абстрактный вотчинный договоръ.

Правда, вотчинному договору, какъ таковому, она почти вовсе не удѣляетъ вниманія. Лишь въ Объясненіяхъ къ

ст. 4[1]) она говоритъ, что „подъ договорами о пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ на недвижимыя имѣнія разумѣются въ ст. 4 не только договоры, въ силу коихъ установляются на имѣніи вотчинныя права, но и договоры о дальнѣйшихъ переходахъ этихъ правъ“. Но зато въ ученіи о правооснованіи залога[2]), комиссія неоднократно подчеркиваетъ чисто вещный характеръ договора о залогѣ и высказываетъ съ полною ясностью, что онъ ничего общаго не имѣетъ съ обязательственнымъ договоромъ, изъ котораго вытекаетъ обезпечиваемое залогомъ требованіе. Необходимо лишь, чтобы существованіе требованія было формально удостовѣрено и лишь по особому желанію сторонъ оба договора могутъ быть изложены въ одномъ актѣ. Но, продолжаютъ Объясненія, „ничто не мѣшаетъ тому, чтобы оба упомянутыя соглашенія или договоры были изложены въ отдѣльныхъ актахъ“. Другими словами, внутренней связи между обоими договорами ни въ коемъ случаѣ не признается.

При этомъ разумѣется, однако, само собой, что тутъ дѣло не въ абстрактности самаго залогового права, которой, по проекту ВУ., быть не можетъ при возникновеніи его[3]). Поэтому въ вотчинномъ договорѣ необходимо упоминаніе объ обязательственномъ требованіи. Но это вопросъ совершенно иной. Въ связи съ разсматриваемымъ здѣсь вопросомъ важно лишь то, устанавливается ли опредѣленное соотношеніе между вотчиннымъ договоромъ и тѣмъ обязательственнымъ договоромъ, въ силу котораго собственникъ недвижимости долженъ установить залогъ. А за этимъ договоромъ, являющимся на практикѣ обыкновенно составною частью того договора, которымъ устанавливается обезпечиваемое требованіе, комиссія, очевидно, не признаетъ значенія для договора вотчиннаго. И нельзя не обратить, при

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 123, 1896 г. I, стр. 134.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 279 сл., 1896 г. I, стр. 296 сл.
3) Ср. ниже, т. II, § 53.

этомъ, особаго вниманія на неоднократное и рѣшительное подчеркиваніе комиссіей чисто вотчиннаго характера залогового договора.

Но если предположить, на основаніи этого, что комиссія имѣла въ виду абстрактный вотчинный договоръ, то, съ другой стороны, слѣдуетъ отмѣтить, что съ такимъ воззрѣніемъ плохо вяжется постановленіе ст. 18, 1 ВУ., о чемъ было упомянуто уже выше. Ибо если безвозмездность пріобрѣтенія приводитъ къ устраненію публичной вѣры вотчинной книги, то ясно, что всетаки признается вліяніе обязательственнаго договора на вещный, такъ какъ признакъ безвозмездности можетъ относиться, безспорно, только къ первому изъ нихъ. А при отвлеченности вотчиннаго договора, это, очевидно, непослѣдовательно [1]). Но на эту сторону вопроса комиссіей не было обращено вниманія — говоря объ условіи возмездности, она считалась исключительно съ соображеніями справедливости и цѣлесообразности [2]).

Въ виду всего этого, приходится высказать предположеніе, что комиссія не выяснила себѣ значенія вопроса о характерѣ вотчиннаго договора и о соотношеніи, существующемъ между установленіемъ вотчиннаго права и его обяза-

1) Такая же непослѣдовательность, впрочемъ, допускается и прусскимъ закономъ 1872 г. — ср. §§ 9, 2 и 38, 2 — находившимся при этомъ, очевидно, подъ вліяніемъ прусскаго Земскаго права — Einl. § 96, I, 20, § 423. Но послѣднее держалось системы матеріальнаго договора — ср. I, 10 § 1 flg., въ противоположность EEG. 1 flg. Ср. BGB. Prot. III, S. 82 flg., гдѣ также обращено вниманіе на несовмѣстимость абстрактнаго договора съ условіемъ возмездности.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 76 сл., 1896 г. I, стр. 88 сл. — Ср. впрочемъ, также Объясненія 1893 г. II, стр. 227, п. 6, Объясненія 1896 г. II, стр. 218, п. 6, гдѣ можетъ быть усмотрѣнъ намекъ на матеріальный характеръ вотчиннаго договора. Но если таковой и имѣется, то онъ, во всякомъ случаѣ, очень неясенъ. А съ другой стороны можно указать и на сказанное въ Объясненіяхъ 1893 г. II, стр. 285 сл., 1896 г. II, стр. 275 сл., гдѣ говорится о совершеніи и засвидѣтельствованіи въ вотчинномъ установленіи „прочихъ актовъ“, подъ каковыми разумѣются, отчасти, именно обязательственные договоры, служащіе основаніемъ къ заключенію вотчинныхъ договоровъ.

тельственномъ правоосновании. Но находясь подъ явнымъ вліяніемъ прусскаго и общегерманскаго законодательства, она была, кажется, болѣе склонна признавать за вотчиннымъ договоромъ строго вотчинный и абстрактный характеръ. Однако, это воззрѣніе не нашло выраженія въ самомъ проектѣ, благодаря чему и представляется возможнымъ толковать проектъ въ болѣе цѣлесообразномъ смыслѣ. Но само собой разумѣется, что было бы въ высокой степени желательно, если бы этотъ вопросъ получилъ окончательное и не допускающее никакихъ сомнѣній рѣшеніе въ самомъ текстѣ будущаго закона.

Впрочемъ, если редакціонная комиссія уклонилась отъ отвѣта на вопросъ о характерѣ вотчиннаго договора, то особая комиссія постаралась дать таковой. Поводомъ къ этому послужило возраженіе военнаго министра противъ цитированной выше ст. 275, согласно которой „по подписаніи акта ни одна изъ сторонъ не въ правѣ отступиться отъ онаго“. Въ виду этого министръ утверждалъ [1]), что вотчинное право „переходитъ ранѣе внесенія статьи въ вотчинную книгу, а самое внесеніе представляется лишь способомъ оглашенія права“. Это вытекаетъ, будто бы, съ одной стороны, изъ постановленія ст. 275, а съ другой — изъ того обстоятельства, что вотчинный актъ вносится, согласно ст. 125 ВУ., въ вотчинный реестръ, при чемъ старшинство права опредѣляется моментомъ внесенія, именно, въ реестръ. Особая же комиссія высказала въ отвѣтъ на это замѣчаніе [2]), что „пріобрѣтеніе права собственности на имѣніе въ случаѣ добровольнаго отчужденія имѣнія слагается, по проекту, изъ двухъ элементовъ: 1) соглашенія сторонъ, выраженнаго въ вотчинномъ актѣ (обязательственный элементъ сдѣлки), и 2) внесенія статьи по акту въ вотчинную книгу, завершающаго собой обрядъ пріобрѣтенія права собственности на

1) Отзывъ, стр. 3 сл.

2) Ж. О. К., стр. 95 сл.

имѣніе и являющагося непремѣннымъ условіемъ такого пріобрѣтенія (вотчинный элементъ сдѣлки)". При этомъ, ст. 275 касается, по мнѣнію особой комиссіи, исключительно обязательственныхъ отношеній между сторонами, а связанность ихъ договоромъ вытекаетъ изъ общихъ принциповъ обязательственнаго права. Равнымъ образомъ, признанное второю частью той же ст. 275 сохраненіе силы за актомъ въ случаѣ смерти или неправоспособности одной изъ сторонъ отнюдь не вытекаетъ „изъ предположенія о переходѣ права собственности на имѣніе къ пріобрѣтателю уже со времени подписанія акта". Напротивъ, причиной тому является признанная проектомъ система, по которой „весь обрядъ пріобрѣтенія права и оглашенія его въ вотчинной книгѣ образуетъ одно непрерывное цѣлое".

Почти излишне говорить, что высказываемый въ этихъ разсужденіяхъ взглядъ на сущность вотчиннаго акта не можетъ быть признанъ удовлетворительнымъ. Для того, чтобы актъ представлялъ собой „обязательственный элементъ сдѣлки", требовалось бы, прежде всего, чтобы изъ него вытекали обязательство одной и право требованія другой изъ сторонъ. Между тѣмъ, этого нѣтъ, ибо, какъ будетъ изложено ниже, офиціальныя учрежденія приступаютъ на основаніи акта непосредственно къ внесенію соотвѣтствующей статьи. Можно было бы, правда, утверждать, что собственникъ обязанъ терпѣть внесеніе, а пріобрѣтатель въ правѣ требовать его. Но это было бы совершенно искусственной конструкціей, не имѣющей ни малѣйшей опоры и въ проектѣ ВУ.

Слѣдовательно, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобы вотчинный актъ представлялъ собой „обязательственный элементъ сдѣлки". Напротивъ, въ его составъ входитъ также и вещный элементъ. И именно это обстоятельство объясняетъ, почему стороны связаны договоромъ. Дѣло не идетъ о связанности по общимъ принципамъ обязательственнаго права. Напротивъ, здѣсь имѣется вещно-правовая связанность, покоящаяся на единствѣ обряда пріобрѣтенія вотчиннаго права. Но это уже дальнѣйшій вопросъ, подлежащій разсмотрѣнію въ слѣдующемъ параграфѣ. Въ настоящемъ же параграфѣ остается лишь установить еще разъ, что нашъ проектъ по вопросу о силѣ внесенія примыкаетъ къ первой группѣ вотчинныхъ законодательствъ, принявшей систему такъ наз. матеріальнаго договора.

§ 15. Единство обряда пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ.

Характерная по сравненію съ другими новѣйшими кодексами и бросающаяся въ глаза уже при первомъ взглядѣ особенность проекта ВУ. состоитъ въ томъ, что роль контрагентовъ кончается въ моментъ подписанія ими договора. Послѣ этого, внесеніе предполагаемой статьи совершается уже безъ ихъ участія, вслѣдствіе дѣйствій офиціальныхъ установленій и лицъ, а именно, вотчиннаго установленія и нотаріуса. Въ силу этого создается строгое единство договора и внесенія, которое подчеркивается ст. 275, гласящей, что „по подписаніи акта ни одна изъ сторонъ не въ правѣ отступиться отъ онаго".

Цивильно-политическій смыслъ этой нормы заключается въ томъ, что проектъ желаетъ воспрепятствовать возможнымъ злоупотребленіямъ и поэтому устраняетъ стороны отъ дальнѣйшаго, послѣ подписанія акта, производства. Западные кодексы, напротивъ, не только допускаютъ такое участіе, но даже требуютъ его. Лишь при наличности нѣкоторыхъ особыхъ условій оно можетъ отпасть: по германскому праву[1]) нотаріусъ, у котораго засвидѣтельствованъ вотчинный актъ, считается уполномоченнымъ къ подачѣ прошенія о внесеніи, по швейцарскому[2]) же, при совершеніи каузальной сдѣлки въ вотчинномъ установленіи, осо-

1) GBO. 15.

2) Verordnung, betr. das Grundbuch v. 22. Februar 1910, Art. 14, 3.

баго прошенія о внесеніи не требуется. Въ обоихъ случаяхъ, однако, стороны соотвѣтствующими постановленіями не связаны. Онѣ лишь освобождаются отъ совершенія извѣстныхъ формальностей и онѣ могутъ, при желаніи, воспрепятствовать какъ подачѣ прошенія нотаріусомъ, такъ и непосредственному внесенію со стороны вотчиннаго установленія.

По проекту же ВУ., въ совершеніи вотчиннаго акта, въ силу закона, заключается также и обязательное согласіе на внесеніе соотвѣтствующей статьи, и стороны могутъ воспрепятствовать ему уже лишь по взаимному соглашенію [1]). Можно было бы говорить, по этому поводу, что здѣсь имѣется фикція просьбы о внесеніи или фикція довѣренности нотаріусу. Но, въ сущности, тутъ никакой фикціи нѣтъ. Все сводится къ тому, что стороны соглашаются въ заключенномъ при соблюденіи извѣстныхъ формальностей договорѣ объ установленіи или переходѣ вотчиннаго права. А государство беретъ на себя осуществленіе этой воли, придавая ей окончательную силу путемъ дѣйствій своихъ органовъ [2]) [3]).

1) Ст. 276.

2) Положеніе дѣлъ вполнѣ аналогично тому, которое получается въ гражданскомъ процессѣ при дѣйствіи принципа Offizialbetrieb.

3) Въ виду этого слѣдуетъ признать вполнѣ правильными также и постановленія, имѣющіяся въ ст. 275,2: актъ не лишается силы и вслѣдствіе смерти одной изъ сторонъ или „ограниченія ея правоспособности“, послѣдовавшихъ послѣ подписанія акта. Лишь тогда, когда могутъ возникнуть сомнѣнія въ дѣеспособности стороны въ моментъ совершенія договора, вмѣстѣ со статьей вносится отмѣтка, благодаря которой, на случай отчужденія даннаго права, наступленіе безповоротности отсрочивается на шесть мѣсяцевъ. — Нельзя не отмѣтить, однако, что проектъ говоритъ безъ основанія объ „ограниченіи правоспособности“ и объ объявленіи стороны „неправоспособною велѣдствіе душевной болѣзни“. Въ послѣднемъ случаѣ, рѣчь можетъ итти, разумѣется, лишь о недѣеспособности. Вообще же, изъ Ж. О. К., стр. 281 сл. явствуетъ, что комиссія желала, вполнѣ правильно, охватить въ ст. 275,2 всѣ случаи какъ ограниченія и лишенія дѣеспособности, такъ и случаи ограниченія и лишенія правоспособности. Въ виду этого, измѣненіе редакціи ст. 275, безспорно, необходимо.

Благодаря такой конструкціи обряда пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ и получается то единство всей сдѣлки, къ которому стремится проектъ. Благодаря ей же наступаетъ, уже послѣ подписанія акта, та связанность сторонъ, которая привела военнаго министра къ упомянутому выше неправильному выводу о моментѣ пріобрѣтенія и о значеніи внесенія статьи въ книгу.

Однако, нельзя не указать, въ заключеніе настоящей главы, на то, что установленный проектомъ обрядъ пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ не устраняетъ, несмотря на принятыя мѣры, возможности злоупотребленій въ такой степени, какая могла бы быть достигнута въ этомъ отношеніи.

Какъ извѣстно, проекты 1893 г. и 1896 г. разрѣшали заключеніе вотчинныхъ сдѣлокъ исключительно въ самомъ вотчинномъ установленіи. Такимъ путемъ редакціонная комиссія желала [1]) достигнуть, прежде всего, устраненія цѣлаго ряда опасностей, какъ-то: отказа во внесеніи статьи въ виду обнаруженныхъ впослѣдствіи по книгѣ препятствій, ошибки сторонъ въ разсчетахъ относительно задолженности имѣнія или старшинства пріобрѣтаемаго права, а, главнымъ образомъ, опасности подлоговъ. Особая комиссія, напротивъ, обратила вниманіе на аргументы, выставленные въ пользу допущенія совершенія вотчинныхъ сдѣлокъ у нотаріусовъ [2]), и придала ст. 4 то содержаніе, которое она имѣетъ въ настоящее время. Она мотивируетъ [3]) свое рѣшеніе, прежде всего, указаніемъ на практическія неудобства, вытекающія изъ предположеній

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 105 сл., 123, II, стр. 225 сл., 1896 г. I, стр. 112 сл., 135, II, стр. 216 сл.

2) Св. Зам., №№ 60, 1 (стр. 76), 86, 87, 88 (въ послѣднемъ изъ указанныхъ замѣчаній предполагается признать за пріобрѣтателемъ послѣ совершенія акта jus ad rem, а уже послѣ внесенія jus in re), отзывы министра юстиціи, стр. 4 сл., министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 7, министра земледѣлія и государственныхъ имуществъ, стр. 1 сл., министра военнаго, стр. 1 сл., Сарандо, Проектъ Вотчиннаго Устава, Ж. М. Ю. 1900, 1, стр. 98 сл., 107 сл.

3) Ж. О. К., стр. 50 сл.

редакціонной комиссіи для землевладѣльцевъ, не живущихъ въ своихъ имѣніяхъ, и утверждаетъ, что, при правильной постановкѣ дѣлопроизводственной стороны, выдвинутыя редакціонной комиссіей опасенія теряютъ свой вѣсъ. Въ виду этого и были вставлены въ проектъ ст. 292—302 „о совершеніи и засвидѣтельствованіи актовъ у нотаріуса“ [1]).

Постановленія эти къ матеріальному праву проекта не относятся. Къ тому же они, въ общемъ, могутъ быть признаны удовлетворительными. Но нельзя, тѣмъ не менѣе, не высказать сомнѣнія въ томъ, искупается ли облегченіемъ оборота, получающимся благодаря возможности заключать вотчинныя сдѣлки также и у нотаріусовъ, то уменьшеніе безопасности, которое неминуемо связано съ этимъ облегченіемъ. Во всякомъ случаѣ, предложенныя особой комиссіей мѣры не даютъ всѣхъ тѣхъ гарантій, которыя возможны и при установленномъ ею порядкѣ. Слѣдуетъ обратить при этомъ вниманіе, прежде всего, на два обстоятельства: во-первыхъ, согласно ст. 295, совершеніе вотчиннаго акта у нотаріуса возможно также и безъ представленія копіи вотчинной книги или выписки изъ книги, если стороны о семъ просятъ. Это постановленіе едва ли цѣлесообразно, а съ другой стороны, затрудненія, могущія возникнуть изъ обязательности представленія копіи, едва ли столь велики, какъ утверждаетъ особая комиссія [2]). Во-вторыхъ же, необходимо указать на то, что и представленіе копіи не даетъ достаточныхъ гарантій въ виду условій, при которыхъ таковая выдается по проекту. Выдача копій, именно, совершается по просьбѣ собственника и другихъ заинтересованныхъ лицъ въ неограниченномъ числѣ [3]).

Одно это уже порождаетъ возможность злоупотребленій: на основаніи полученныхъ сразу нѣсколькихъ копій, собственникъ сможетъ заключить у нотаріусовъ разныхъ городовъ или даже у нѣсколькихъ нотаріусовъ одного города цѣлый рядъ залоговъ съ равнымъ старшинствомъ. А такъ какъ вся конструкція вотчинныхъ актовъ, заключенныхъ у нотаріусовъ, должна внушить кредиторамъ вѣру въ то, что подписаніе акта обезпечиваетъ за ними пріобрѣтеніе вотчиннаго права, то они, въ большинствѣ случаевъ, и не затруднятся выдать валюту по заключенному займу. Между тѣмъ, подобныя злоупотребленія проектомъ вовсе не предусматриваются. Но они могли бы быть, если не устранены, то, во всякомъ случаѣ, значительно ограничены постановленіемъ, что на рукахъ у собственника никогда не должно находиться болѣе одной копіи [1]), что представленіе ея необходимо для совершенія вотчиннаго акта и что она, послѣ подписанія акта, остается у нотаріуса и препровождается, вмѣстѣ съ прочими документами, въ вотчинное установленіе [2]).

Затрудненія, происходящія отъ такого ограниченія, едва ли были бы сколько нибудь значительны. Въ тѣхъ же рѣдкихъ случаяхъ, когда собственнику дѣйствительно необходимо заключить одновременно нѣсколько вотчинныхъ сдѣлокъ, можно будетъ, очевидно, совершить акты или у одного нотаріуса, при чемъ представленія одной копіи было бы, разумѣется, достаточно, или же въ самомъ вотчинномъ установленіи.

При установленіи такого порядка единство обряда пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ, повидимому, дѣйствительно достигало бы своей цѣли.

1) Ср. Ж. О. К., стр. 286 сл.

2) Ж. О. К., стр. 291.

3) ВУ. 316 сл. — Въ ст. 319 упоминается даже о возможности выдачи копіи съ копіи съ засвидѣтельствованіемъ ея хранителемъ вотчинныхъ книгъ.

1) Предусмотрѣнная въ ст. 320 копія, ежегодно выдаваемая собственнику по его просьбѣ, могла бы, разумѣется, быть сохранена, съ тѣмъ, однако, чтобы она не могла служить основаніемъ для нотаріальныхъ сдѣлокъ.

2) Съ внѣшней стороны, получилась бы, при этомъ, нѣкоторая аналогія къ институту закрытія вотчинной книги, предусмотрѣнному въ п. 35 и 36 Главныхъ Основаній. Но объ этомъ пришлось бы говорить, именно, лишь съ внѣшней стороны.

3. Погашеніе, измѣненіе и исправленіе внесеній.

§ 16. Погашеніе и измѣненіе.

Пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ происходитъ, такимъ образомъ, или внѣ книги въ силу предусмотрѣнныхъ закономъ основаній, или же въ силу внесенія въ книгу, на основаніи вотчиннаго договора. Естественно поднимается вопросъ, на какомъ основаніи и какимъ путемъ происходитъ прекращеніе и измѣненіе правъ, внесенныхъ въ вотчинную книгу. А на ряду съ этимъ возникаетъ другой вопросъ, весьма важный какъ съ теоретической, такъ и съ практической точки зрѣнія, а именно вопросъ о способѣ исправленія неправильныхъ внесеній[1]).

Что касается перваго изъ этихъ вопросовъ, то, очевидно, прекращеніе правъ должно бы находиться подъ дѣйствіемъ тѣхъ же нормъ, какъ и ихъ пріобрѣтеніе, т. е. оно должно бы происходить, съ одной стороны, подъ дѣйствіемъ принципа внесенія въ относительномъ смыслѣ, а съ другой, оно должно основываться или на признанныхъ закономъ событіяхъ, или же на вотчинномъ договорѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, въ Введеніи къ проекту ВУ., содержащемъ „Общія положенія“, внесеніе и погашеніе вотчинныхъ правъ ставятся совершенно на одну доску. Это выступаетъ, прежде всего, въ ст. 3, провозглашающей принципъ относительной силы внесенія. А разъ это такъ, то необходимо отнести также и ст. 4 къ погашенію, хотя она о немъ особо не упоминаетъ. Но, если внесеніе и погашеніе

1) При этомъ разумѣется само собой, что объ исправленіи въ техническомъ смыслѣ слова можетъ итти рѣчь только въ случаѣ первоначальной неправильности внесенія. Если же разладъ между книгой и матеріальнымъ правоположеніемъ наступилъ впослѣдствіи, благодаря измѣненію послѣдняго, происшедшему внѣ книги, то онъ долженъ быть устраненъ не посредствомъ исправленія, а путемъ внесенія возникшаго или погашенія прекратившагося права.

совершаются, равнымъ образомъ, въ силу договоровъ, то, очевидно, выставляемыя въ ст. 4 правила объ этихъ договорахъ должны имѣть силу и для договоровъ, на основаніи которыхъ погашаются права. Дальнѣйшее подкрѣпленіе эта мысль получаетъ въ ст. 5, устанавливающей различіе между записями и отмѣтками и, въ свою очередь, приравнивающей вполнѣ погашеніе къ внесенію.

Однако, если приступить къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ относящихся сюда случаевъ, то оказывается, что вопросъ о погашеніи вотчинныхъ правъ далеко не такъ простъ и ясенъ, какъ можно было бы подумать въ виду постановленій ст. 3—5.

Предварительно надо оговорить, что вопросъ о погашеніи залогового права, въ виду его сложности, долженъ быть предметомъ особаго изслѣдованія[1]). Но и затѣмъ еще приходится установить, что разсматриваемый вопросъ представляетъ серьезныя затрудненія, главнымъ образомъ, благодаря неполнотѣ даваемой проектомъ нормировки.

При этомъ, прежде всего, бросается въ глаза то обстоятельство, что въ проектѣ нѣтъ постановленій, соотвѣтствующихъ ст. 21, изъ которыхъ можно было бы усмотрѣть, на какихъ основаніяхъ признается прекращеніе вотчинныхъ правъ помимо воли заинтересованныхъ лицъ. Въ ст. же 3 упоминается, кромѣ договора, только наслѣдованіе, которое, очевидно, не можетъ являться поводомъ прекращенія вотчиннаго права. А если привлечь, для аналогичнаго использованія, ст. 21, дающую перечень основаній возникновенія правъ, хотя и перечень лишь примѣрный, то изъ нихъ отпадаютъ, кромѣ наслѣдованія, Всемилостивѣйшее пожалованіе по самой своей сущности, и давность, въ силу изъятія внесенныхъ правъ отъ дѣйствія ея[2]). Такимъ образомъ, остаются понудительное отчужденіе и публичная продажа, на основаніи которыхъ, слѣдовательно, вотчинныя

1) См. ниже, т. II, §§ 55, 59, 60.
2) См. ниже, § 28.

права прекращаются независимо отъ внесенія. Правда, и тутъ надо указать на то, что de lege ferenda[1]) къ этому не имѣется никакой необходимости и что было бы вполнѣ мыслимо поставить прекращеніе въ зависимость отъ погашенія. Но если признавать выставленную проектомъ аналогію между внесеніемъ и погашеніемъ, то нельзя не притти именно къ такому выводу[2]). А далѣе, къ этимъ поводамъ слѣдуетъ прибавить, по самой сущности дѣла, также и гибель участка, являющагося объектомъ права собственности или права въ чужой вещи, а равно, и гибель господствующаго участка, при реальныхъ сервитутахъ.

Затѣмъ, однако, въ самомъ проектѣ предусматриваются еще два случая прекращенія права въ чужой вещи, а именно, наступленіе срока при установленіи права на срокъ и смерть управомоченнаго при установленіи права на время жизни лица[3]). Въ проектѣ, при этомъ, не указывается, въ какой моментъ прекращается право, съ наступленіемъ ли срока и въ моментъ смерти съ одной стороны, или въ моментъ погашенія соотвѣтствующей статьи — съ другой. Болѣе правильнымъ было бы, очевидно, придавать рѣшающее значеніе первымъ. По отношенію къ пожизненному праву это ясно само собой, такъ какъ право логически не можетъ существовать послѣ гибели субъекта. Что же касается права срочнаго, то тутъ, въ сущности, принципъ внесенія соблюденъ даже при такомъ взглядѣ, такъ какъ самый срокъ внесенъ въ книгу и, слѣдовательно, прекращеніе права явствуетъ изъ книги же, а

1) Ср. выше, § 12.

2) По отношенію къ публичной продажѣ см. проектъ ППВ. 105 сл., 132, 133, 173. Впрочемъ, если бы не приходилось считаться съ аналогіей, существующей между внесеніемъ и погашеніемъ, то на основаніи указанныхъ статей, въ частности ст. 178, можно было бы притти и къ выводу, что права въ чужой недвижимости прекращаются лишь вслѣдствіе погашенія. Ср., впрочемъ, ниже, т. II, § 59. Напротивъ, право собственности, безспорно, прекращается независимо отъ внесенія, въ силу утвержденія имѣнія за покупщикомъ.

3) ВУ. 190, 2, 191.

внесеніе особой статьи о погашеніи дѣлается лишь ради внѣшняго порядка и для избѣжанія недоразумѣній. Этотъ случай, слѣдовательно, находится какъ бы на грани между случаями прекращенія права внѣ книги и прекращенія въ силу погашенія. Выражаясь иначе, право прекращается вслѣдствіе наступленія срока, но это — фактъ не внѣкнижный, такъ какъ онъ непосредственно явствуетъ изъ самой книги.

Наибольшія же затрудненія вызываетъ вопросъ о вліяніи на право въ чужой недвижимости соединенія въ однѣхъ рукахъ этого права и права собственности.

Проектъ ВУ. оставляетъ, къ сожалѣнію, этотъ вопросъ открытымъ. Но если считаться, во-первыхъ, съ единогласнымъ мнѣніемъ представителей нашей цивилистики, что по дѣйствующему праву сліяніе приводитъ къ прекращенію правъ въ чужой недвижимости[1]), во-вторыхъ, съ тѣмъ, что это мнѣніе принято также и проектомъ ГУ.[2]), составленнымъ тою же редакціонною комиссіей, которая выработала проектъ ВУ., и въ-третьихъ, съ тѣмъ, что комиссія рѣшительно отказывается признавать право въ собственной вещи въ единственномъ случаѣ этого рода, который разсматривался ею, т. е. по вопросу объ ипотекѣ собственника[3]) — то трудно не притти къ выводу, что тенденціямъ комиссіи безспорно отвѣчало бы рѣшеніе, принятое въ томъ же самомъ

1) Законъ, какъ извѣстно, объ этомъ вопросѣ молчитъ. Что касается литературы, то см. Анненковъ, Система II, стр. 492 сл., 502.

2) Проектъ ГУ. 923.

3) Объясненія 1893 г. I, 369 сл., 507 сл., 1896 г. I, стр. 380 сл., 510 сл. Въ послѣднемъ изъ приведенныхъ мѣстъ комиссія, говоря о соединеніи въ однѣхъ рукахъ права собственности и права залога, выставляетъ принципіальный тезисъ: „Случаи совпаденія въ одномъ лицѣ права на залогъ и права на заложенное имѣніе не могутъ точно также подать поводъ къ какимъ либо недоразумѣніямъ, тѣмъ болѣе, что они вполнѣ аналогичны съ случаями совпаденія въ одномъ лицѣ права собственности съ какимъ либо другимъ правомъ въ имѣніи, напр., съ правомъ отдѣльнаго владѣнія. Въ случаяхъ такого совпаденія право собственности, какъ большее по своему объему, поглощаетъ, въ силу необходимой логики вещей, меньшее право". — Ср. ниже, т. II, §§ 70, 71.

духѣ. А въ виду отрицанія ипотеки собственника, приходится признавать, что эти тенденціи вышли изъ области пожеланій и намѣреній авторовъ проекта и воплотились въ самомъ проектѣ. Благодаря этому, съ ними необходимо считаться. При такихъ условіяхъ нельзя не притти къ заключенію, что по проекту ВУ. сліяніе приводитъ къ непосредственному прекращенію права въ чужой недвижимости, внѣ зависимости отъ погашенія статьи объ этомъ правѣ. Погашеніе же необходимо лишь въ цѣляхъ оглашенія происшедшаго измѣненія правового положенія.

Подобное рѣшеніе вопроса, впрочемъ, едва ли можетъ быть признано удачнымъ. Правда, этотъ вопросъ обладаетъ, пожалуй, меньшею практическою важностью, чѣмъ вопросъ о сохраненіи ипотеки въ случаѣ соединенія въ однѣхъ рукахъ права собственности и права залога, хотя, съ другой стороны, и не трудно представить себѣ рядъ случаевъ, въ которыхъ утрата вотчиннымъ правомъ въ чужой недвижимости[1]) старшинства имѣетъ нежелательныя для собственника послѣдствія[2]), не говоря даже о вызываемой нормировкою проекта необходимости позаботиться о новомъ установленіи подобнаго права, вмѣсто уступки уже существующаго. Но во всякомъ случаѣ, приходится констатировать, что сама редакціонная комиссія сомнѣвалась въ цѣлесообразности принятаго рѣшенія. И указывая въ одной статьѣ проекта ГУ.[3]), въ числѣ поводовъ прекращенія права въ чужой недвижимости, „совпаденіе въ одномъ лицѣ права въ

1) Проектъ ВУ. пользуется, въ общемъ, терминомъ „право въ чужомъ имѣніи“ въ смыслѣ jura in re aliena за исключеніемъ залогового права. Эта же терминологія примѣняется и въ настоящемъ изслѣдованіи и притомъ не столько въ видахъ удобства, сколько вслѣдствіе принципіальнаго отрицанія за правомъ залога характера вещнаго права. Объ этомъ см. ниже, т. II, §§ 48, 52.

2) Это вполнѣ ясно по отношенію къ вотчиннымъ выдачамъ. Но въ виду постановленій проекта ППВ. 105, 132, 133 этотъ моментъ имѣетъ значеніе также и для всякихъ другихъ правъ въ чужой недвижимости.

3) ст. 923.

чужомъ имуществѣ съ правомъ собственности на это имущество“, она вмѣстѣ съ тѣмъ сама постановляетъ въ ст. 926: „Прекратившееся вслѣдствіе совпаденія вотчинное право въ чужомъ имѣніи возстановляется съ прежнимъ старшинствомъ, если совпаденіе прекратилось до погашенія права по вотчинной книгѣ“.

Такое возстановленіе прекратившагося права практически сводится, очевидно, къ сохраненію его. А поэтому кажется вполнѣ позволительнымъ сдѣлать отсюда выводъ, что комиссія лишь смущалась конструктивными затрудненіями, связанными съ понятіемъ правъ въ собственной вещи[1]). Между тѣмъ, нельзя не сказать, что эти затрудненія не только не должны имѣть рѣшающаго значенія и не могутъ воспрепятствовать достиженію желательной для законодателя цѣли, но что они и сами по себѣ отнюдь не непреодолимы. Они и не признаются таковыми ни новѣйшими иностранными кодексами, ни научной литературой. Въ частности, и германское и швейцарское уложенія отрицаютъ прекращеніе права въ чужой недвижимости вслѣдствіе сліянія[2]), а съ точки зрѣнія теоріи оказывается вполнѣ возможнымъ представить себѣ въ рукахъ одного лица и право собственности и ограниченное право въ собственной вещи, получившее объективно самостоятельное существованіе, хотя оно и не проявляется съ субъективной точки зрѣнія[3]). Можно, впрочемъ, прибавить, что воззрѣніе, будто бы сліяніе приводитъ съ логическою необходимостью къ прекращенію вотчиннаго права покоится, въ значительной степени, на неудовлетворительной техникѣ рим-

1) Этотъ моментъ оказалъ, по крайней мѣрѣ, нѣкоторое вліяніе на отклоненіе ипотеки собственника, ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 370, 1896 г. I, стр. 380.

2) BGB. 889, ZGB. 735.

3) Ср., въ особенности, Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 599, 921 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 109, 527 flg. У этихъ писателей указывается и дальнѣйшая литература.

скаго иммобиліарнаго права. Благодаря ей, подобное право въ случаѣ сліянія не оставляло никакого слѣда и становилось нераспознаваемымъ, другими словами, переставало существовать также и съ объективной точки зрѣнія. Это обстоятельство, отпадающее благодаря вотчинной системѣ, въ частности, благодаря институту вотчинной книги, оказало, вѣроятно, большее вліяніе на отношеніе римскаго права къ разсматриваемому вопросу, чѣмъ чисто логическія соображенія.

Но какъ бы то ни было, въ современномъ правѣ, при вотчинной системѣ, уже нѣтъ никакихъ причинъ не признавать права въ собственной вещи, а равно нѣтъ причинъ прибѣгать къ такимъ обходнымъ путямъ, какими пользуется проектъ ГУ. Вслѣдствіе этого и нельзя не выразить пожеланія, чтобы этотъ вопросъ получилъ болѣе правильное рѣшеніе въ будущемъ нашемъ вотчинномъ правѣ.

Что касается, затѣмъ, вопроса о характерѣ того частнаго волеизъявленія, на основаніи котораго происходитъ погашеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда оно не служитъ лишь способомъ оглашенія о прекращеніи права, а когда оно, напротивъ, является само факторомъ съ правопрекращающей силой, то тутъ замѣчается, вопреки ожиданіямъ, вызываемымъ ст. 3—5, уже рѣзкое отступленіе отъ аналогіи къ внесенію: основаніемъ къ внесенію статьи о погашеніи служитъ не вотчинный договоръ, а волеизъявленіе другого рода. Дѣло въ томъ, что, согласно ст. 190, 1 для погашенія права въ чужой недвижимости требуется согласіе управомоченнаго. Для права собственности, напротивъ, аналогичный способъ прекращенія его проектомъ не предусматривается. Дѣйствительно, этотъ вопросъ едва ли имѣетъ практическое значеніе. Но все же было бы, можетъ быть, не лишне урегулировать случай дереликціи. А такъ какъ прекращеніе права собственности вслѣдствіе дереликціи основывается, хотя и не на договорѣ, но всетаки на актѣ частной воли,

то было бы вполнѣ послѣдовательно требовать въ этомъ случаѣ формальнаго заявленія собственника, аналогичнаго заявленію согласія лица, управомоченнаго по праву въ чужой недвижимости [1]).

Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнія, нѣтъ той аналогіи между внесеніемъ и погашеніемъ вотчинныхъ правъ, которой слѣдовало бы ожидать по заявленіямъ ст. 3 сл. Напротивъ, погашеніе совершается не на основаніи вотчиннаго договора, а на основаніи односторонняго волеизъявленія управомоченнаго лица или суррогатовъ такого волеизъявленія. Лишь формальныя предосторожности принимаются тутъ тѣ же, какъ и при вотчинномъ договорѣ [2]).

Изъ матеріаловъ невозможно усмотрѣть, сознавала ли редакціонная комиссія наличность этого отсутствія аналогіи. Но, какъ бы то ни было, возражать противъ принятаго ею рѣшенія не приходится. Правда, съ принципіальной точки зрѣнія, можно было бы утверждать, что разрывать связь между каузальной сдѣлкой и измѣненіемъ вотчинно-правового положенія нежелательно и по этому вопросу. Но практически сохраненіе такой связи при погашеніи вотчинныхъ правъ, очевидно, несравненно менѣе важно, чѣмъ при установленіи ихъ. И принятый редакціонною комиссіей порядокъ, безспорно, облегчаетъ освобожденіе недвижимостей отъ тяготѣющихъ на нихъ обремененій [3]).

Тѣмъ не менѣе, нельзя не высказать пожеланія, чтобы при окончательномъ редактированіи ВУ. были ясно, хотя бы и кратко формулированы общіе принципы, которыми регулируется вопросъ о прекращеніи вотчинныхъ правъ и о погашеніи статей о нихъ.

1) Ср. BGB. 928, ZGB. 666.

2) ВУ. 143.

3) Ср. BGB. 875, ZGB. 964, содержащія вполнѣ аналогичныя постановленія. По ZGB., однако, и тутъ требуется, согласно ст. 965, указаніе правооснованія. Выставлять то же самое требованіе по нашему проекту едва ли возможно въ виду содержанія ст. 190.

Наконецъ, слѣдуетъ еще замѣтить, что объ измѣненіи содержанія записанныхъ въ вотчинной книгѣ правъ особыхъ постановленій въ проектѣ не имѣется. Поэтому, необходимо предполагать, что къ измѣненію примѣняются тѣ же правила, которыя установлены для пріобрѣтенія правъ, насколько измѣненіе не совпадаетъ съ частичнымъ погашеніемъ ихъ [1]). Въ такомъ случаѣ должна, очевидно, примѣняться аналогія съ погашеніемъ.

§ 17. Исправленіе внесеній.

Въ заключеніе ученія о принципѣ внесенія, необходимо рѣшить поставленный уже выше вопросъ, какъ регулируется исправленіе статей, неправильно записанныхъ въ вотчинную книгу.

Насколько неправильность внесенныхъ въ вотчинную книгу статей сводится къ опискамъ или подобнымъ ошибкамъ, вопросъ объ исправленіи ихъ не представляетъ интереса, съ точки зрѣнія матеріальнаго права [2]). Но неправильность можетъ имѣть также матеріальное значеніе, когда, напр., внесено не то лицо, которое является управомоченнымъ, или не то право, которое дѣйствительно принадлежитъ внесенному лицу, или когда какое либо право внесено не въ соотвѣтствующемъ видѣ.

1) Ср. BGB. 877. Напротивъ, ZGB. 964 приравниваетъ измѣненіе права къ погашенію его, что имѣетъ, впрочемъ, лишь формальное значеніе.

2) Вопросъ этотъ регулируется въ ст. 138 ВУ. Проектъ относится, при этомъ, слишкомъ недовѣрчиво къ начальнику вотчиннаго установленія, предписывая ему затребовать во всякомъ случаѣ отзывъ заинтересованныхъ лицъ. Если дѣло идетъ о простыхъ опискахъ или подобныхъ ошибкахъ, то въ результатѣ или получится сложное производство, не отвѣчающее маловажности вопроса, или же описки, для избѣжанія такового, будутъ оставлены неисправленными. Очевидно, что ни то, ни другое не желательно. А потому слѣдовало бы воспользоваться примѣромъ швейцарскаго уложенія, которое предоставляетъ въ ст. 977,3 начальнику вотчиннаго установленія исправлять подобныя ошибки своею властью. Ср., впрочемъ, и GBO. 54. — Насколько ст. 138 касается не простыхъ описокъ, она разсматривается ниже въ текстѣ.

Такою неправильностью затрогиваются какъ общественные интересы, которымъ противорѣчитъ расхожденіе между книгой и матеріальнымъ правоположеніемъ, такъ и интересы частныхъ лицъ, которые могутъ пострадать въ виду принципа публичной вѣры вотчинной книги. Слѣдовательно, принятіе мѣръ къ исправленію книги является необходимостью, при чемъ, однако, несмотря на связанный съ этимъ публичный интересъ, на первый планъ должна быть поставлена инціатива заинтересованныхъ частныхъ лицъ въ силу общаго принципа, что всякій воленъ осуществлять свои права или отказываться отъ нихъ. Поэтому исправленіе неправильностей, затрогивающихъ частные интересы, должно быть или всецѣло предоставлено инціативѣ управомоченныхъ, или же, по крайней мѣрѣ, должно быть поставлено въ зависимость отъ ихъ согласія. Насколько при этомъ выдвигается на первый планъ тотъ или другой способъ — это находится въ зависимости отъ нѣкоторыхъ общихъ тенденцій даннаго положительнаго законодательства.

Но во всякомъ случаѣ, и независимо отъ роли, отведенной въ этой области вотчинному установленію, необходимо признать за заинтересованнымъ частнымъ лицомъ право требовать по суду исправленія послѣдовавшаго вопреки матеріальному правоположенію внесенія: показанія книги должны отвѣчать матеріальному праву, и несоотвѣтствіе ихъ послѣднему грозитъ ущербомъ заинтересованному лицу. Притомъ ясно, что соотвѣтствующій искъ, основывающійся на вотчинномъ правѣ и предъявляемый ко всякому неправильно внесеному въ книгу лицу, имѣетъ вещный или, точнѣе, абсолютный характеръ. Однако, вопреки весьма распространенному въ литературѣ мнѣнію [1]), этотъ искъ нельзя считать

1) Ср. Dernburg, Bürgerl. Recht III, S. 169, Gierke, Privatrecht II. S. 344, Wolff, Sachenrecht, S. 129, Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 281, Kober, Sachenrecht, S. 205, Wieland, Sachenrecht ad 975, 8, Ostertag, Sachenrecht ad 975, 2. Ср. также BGB., Motive III, S. 424, 236.

видомъ actio negatoria. За нимъ, напротивъ, слѣдуетъ признать совершенно своеобразный и разсчитанный исключительно на особенности вотчинной системы характеръ. Извѣстная аналогія между нимъ и искомъ негаторнымъ можетъ быть, разумѣется, конструирована въ виду того, что и онъ преслѣдуетъ цѣль оградить интересы собственника или другого вещно-управомоченнаго[1]) и что въ основѣ его также лежитъ вещное право или, правильнѣе, право абсолютное[2]). Но онъ направленъ противъ нарушеній совершенно особаго рода и добивается, если имѣть въ виду не экономическую, а юридическую сторону дѣла, совершенно иныхъ результатовъ. Къ тому же, онъ обладаетъ чисто преюдиціальнымъ характеромъ.

Въ виду всего этого необходимо признать, что искъ объ исправленіи есть самостоятельный искъ, вытекающій изъ особенностей вотчинной системы и направленный на устраненіе противорѣчія между книгой и матеріальнымъ правоположеніемъ. А далѣе получается выводъ, что онъ можетъ опираться только на вотчинное право, а не на обязательственное. Ибо, хотя бы по послѣднему и существовала обязанность внесеннаго въ книгу лица произвести извѣстныя измѣненія въ матеріальномъ правоположеніи, то все же никакого противорѣчія между книгой и матеріальнымъ правомъ на лицо нѣтъ.

Слѣдуетъ прибавить, что искъ направленъ на изъявленіе согласія со стороны противника или на возмѣщеніе согласія судебнымъ рѣшеніемъ.

Наконецъ, необходимо отмѣтить еще и то, что искъ объ исправленіи погашается публичной вѣрой книги: лишь только

1) При предъявленіи иска объ исправленіи другимъ вещно-управомоченнымъ аналогія имѣется, понятно, не къ негаторному, а къ конфессорному иску.

2) Искъ объ исправленіи, очевидно, можетъ быть предъявленъ и залогодержателемъ, право котораго не можетъ быть признано вещнымъ — ср. ниже, т. II, §§ 48, 52.

неправильно внесенное право перешло къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю, какъ искъ объ исправленіи теряетъ свою силу.

Постановленія новѣйшихъ кодексовъ, въ общемъ, вполнѣ отвѣчаютъ изложеннымъ принципамъ[1]). Къ сожалѣнію, нельзя, однако, сказать то же самое о нашемъ проектѣ ВУ. Приходится даже констатировать, что въ немъ нѣтъ прямого упоминанія иска объ исправленіи. Въ Введеніи и раздѣлѣ I, посвященныхъ матеріальному праву, онъ совершенно игнорируется, и лишь въ дѣлопроизводственныхъ правилахъ можно отыскать нѣсколько нормъ, благодаря которымъ получается возможность конструировать этотъ искъ для проекта ВУ.

На первый взглядъ, правда, можетъ показаться, будто ст. 15 имѣетъ отношеніе къ иску объ исправленіи. На самомъ дѣлѣ, однако, въ ней идетъ рѣчь не объ исправленіи внесеній, а о спорѣ противъ внесенныхъ въ книгу вотчинныхъ правъ, насколько они не пользуются безповоротностью. Результатомъ предъявленнаго на основаніи ст. 15 иска мо-

1) BGB. 894 flg. подробно регулируютъ искъ объ исправленіи, между тѣмъ какъ въ GBO. 54 и 22 предусматриваются случаи, въ которыхъ исправленіе книги можетъ послѣдовать помимо иска. Слѣдуетъ особо отмѣтить, что по практикѣ германскихъ судовъ требуется установленіе дѣйствительной неправильности внесенія, такъ какъ, въ противномъ случаѣ, путемъ мнимаго исправленія книги, можно было бы совершать, въ обходъ закона и въ ущербъ фиску, всякія вотчинныя сдѣлки — ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 168, Anm. 3. — См. объ искѣ объ исправленіи Dernburg, l. c., S. 167 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 342 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 128 flg., Kober, Sachenrecht, S. 204 flg., Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 280 flg., II, S. 148 flg., 355 flg., Predari, Grundbuchordnung, S. 408 flg., S. 644 flg. — Аналогично разрѣшенъ этотъ вопросъ въ ZGB. Лишь исправленіе книги, предусмотрѣнное GBO. 54, имъ не упоминается, но см. ст. 976,3, а также 977,3. Въ 975 сл. признается какъ искъ объ исправленіи, такъ и одностороннее требованіе исправленія, предъявляемое въ вотчинное установленіе въ случаѣ доказаннаго прекращенія внесеннаго права, при чемъ противной сторонѣ предоставляется право опротестовать погашеніе. Ср. Erläut. III, S. 412 flg., Ostertag, Sachenrecht, S. 272 flg., Wieland, Sachenrecht, S. 586 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 356 flg.

жетъ быть, разумѣется, измѣненіе внесенныхъ статей, но иска объ исправленіи здѣсь ни въ коемъ случаѣ не имѣется. Такъ смотрѣли на эту статью и сами составители проекта[1]), помѣстившіе ее лишь „въ виду новизны у насъ учрежденія вотчинныхъ книгъ и возможнаго вслѣдствіе сего преувеличенія силы и значенія внесенія въ оныя правъ“. Поэтому было признано „болѣе осторожнымъ особо оговорить, что записка правъ въ вотчинныя книги не создаетъ, сама по себѣ, безусловной безспорности и неопровержимости этихъ правъ“.

Напротивъ, въ главѣ II раздѣла II, трактующей „о статьяхъ, вносимыхъ въ вотчинныя книги“, имѣется ст. 138, говорящая объ исправленіи ошибокъ, допущенныхъ при внесеніи въ книгу. Подобное исправленіе можетъ послѣдовать только на основаніи особаго постановленія начальника вотчиннаго установленія и по истребованіи отзыва отъ заинтересованныхъ лицъ. Если притомъ эта ошибка „такого рода, что съ нею связаны какія либо послѣдствія для лицъ, права коихъ внесены въ вотчинную книгу одновременно или послѣ внесенія статьи, въ которой ошибка допущена“, то исправленіе допускается лишь „по изъявленіи этими лицами согласія на исправленіе ошибки или по судебному рѣшенію“.

Нельзя сказать, чтобы значеніе этой статьи было вполнѣ ясно. Въ ней говорится о необходимости согласія двухъ категорій лицъ, во-первыхъ, тѣхъ, въ пользу или противъ которыхъ статья внесена, во-вторыхъ, о третьихъ заинтересованныхъ лицахъ. Что касается первыхъ, то отъ нихъ требуется лишь отзывъ насчетъ предполагаемаго исправленія. Но какъ быть, если обѣ стороны, или, что на практикѣ будетъ встрѣчаться чаще, одна изъ нихъ выскажутся противъ исправленія? Рѣшаетъ ли въ такомъ случаѣ начальникъ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 141 сл., 1896 г. I, стр. 152 сл.

своею властью вопросъ объ исправленіи? На этотъ вопросъ, по дословному смыслу ст. 138, приходится, очевидно, отвѣтить утвердительно. А несогласному съ рѣшеніемъ начальника остается только обращеніе въ судъ. Но если это такъ, то возникаетъ, далѣе, вопросъ, можетъ ли такое лицо воспользоваться указаннымъ въ ст. 381 сл. порядкомъ частной жалобы, или должно ли оно предъявить искъ?

Въ ст. 383 предусмотрѣны случаи, въ которыхъ допускается подача частной жалобы. Главнымъ изъ нихъ является тотъ, когда начальникъ сдѣлалъ постановленіе объ отказѣ во внесеніи статьи или же о внесеніи таковой несогласно съ просьбою. Въ разсматриваемомъ случаѣ нѣтъ, однако, ни отказа со стороны начальника, ни просьбы стороны въ техническомъ смыслѣ этихъ словъ. А кромѣ того, при допущеніи частной жалобы, получился бы результатъ неудовлетворительный и съ матеріальной точки зрѣнія: вѣдь въ сущности имѣется на лицо споръ частныхъ лицъ по матеріально-правовому вопросу. Слѣдовательно, умѣстенъ только путь судебнаго иска. А поэтому необходимо отнести споръ объ исправленіи къ предусмотрѣннымъ въ 3 фразѣ ст. 383 слу́чаямъ, въ которыхъ „статья можетъ быть оспорена лишь посредствомъ иска“ [1]).

Такой результатъ является и единственно цѣлесообразнымъ. Тѣмъ не менѣе, весьма сомнительною является цѣлесообразность исходной точки проекта. По ст. 138, именно, получается впечатлѣніе, будто инициатива по исправленію принадлежитъ исключительно начальнику. На дѣлѣ этого, очевидно, быть не можетъ. Слѣдуетъ, напротивъ, предполагать, что ст. 138 желаетъ рѣшить только тотъ случай, когда исправленіе оказывается возможнымъ въ порядкѣ охрани-

1) Редакціонная комиссія высказываетъ также, хотя и мимоходомъ, мнѣніе, что дѣла объ исправленіи вотчинной книги не могутъ рѣшаться путемъ частной жалобы — ср. Объясненія 1893 г. II, стр. 370, 1896 г. II, стр. 356. При этомъ, правда, не указывается на возможность предъявленія иска, а лишь на „порядокъ, предусмотрѣнный ст. 138“.

тельнаго производства [1]): начальникъ проявляетъ инициативу, а стороны соглашаются. Но это должно быть высказано съ полною ясностью. А далѣе, слѣдуетъ обратить вниманіе также на то обстоятельство, что въ случаѣ несогласія одной изъ сторонъ исправленіе недопустимо, такъ какъ въ такомъ случаѣ внесенная, хотя бы и на основаніи ошибки, статья находится подъ защитой ст. 7 и можетъ быть измѣнена исключительно по постановленію суда. Наконецъ, необходимо высказать еще и то, что стороны имѣютъ право требовать по суду исправленіе неправильныхъ внесеній также и по непосредственной своей инициативѣ и совершенно независимо отъ вмѣшательства начальника вотчиннаго установленія.

Неудовлетворительная же формулировка ст. 138 и отсутствіе указанныхъ постановленій вноситъ въ проектъ неясность и несомнѣнно вызоветъ на практикѣ серьезныя затрудненія.

Для избѣжанія недоразумѣній слѣдовало бы, впрочемъ, оговорить и то, что исправленіе можетъ послѣдовать также и на основаніи соглашенія между сторонами, при чемъ должны быть приняты мѣры къ тому, чтобы исправленіе не стало средствомъ къ переукрѣпленію имущества.

Мало удовлетворительна и редакція послѣдней части ст. 138, говорящей о третьихъ заинтересованныхъ лицахъ. И тутъ слѣдовало бы провести грань между случаями безспорнаго исправленія книги на основаніи согласія этихъ лицъ и случаями исправленія на основаніи судебнаго рѣшенія. Какъ только одно изъ этихъ лицъ отказываетъ въ своемъ согласіи, то кончается въ этомъ дѣлѣ и роль начальника вотчиннаго установленія. Дальнѣйшее направленіе вопросъ объ исправленіи книги можетъ получить, также по отношенію къ третьимъ лицамъ, исключительно благодаря инициативѣ лица, непосредственно заинтересованнаго въ исправленіи.

1) Только о немъ, по крайней мѣрѣ, идетъ рѣчь въ Объясненіяхъ 1893 г. II, стр. 79 сл., 1896 г. II, стр. 71 сл.

Даже излишне оговорить, что въ проектѣ должно быть обращено вниманіе и на эту сторону вопроса.

Въ заключеніе необходимо затронуть еще одинъ вопросъ, который вызвалъ оживленные споры при составленіи германскаго уложенія [1]) и который въ нашемъ проектѣ не предусматривается, да и не могъ быть предусмотрѣнъ въ виду всего отношенія проекта къ иску объ исправленіи. Это вопросъ о томъ, должно ли подлежать дѣйствію давности право требовать исправленіе книги. Притомъ разумѣется само собой, что объ изъятіи его отъ дѣйствія давности можетъ быть рѣчь лишь настолько, насколько сохраняется то вотчинное право, на которомъ основывается искъ. Такое положеніе дѣлъ вполнѣ мыслимо [2]): возможно, напр., внесеніе лица не управомоченнаго въ качествѣ собственника недвижимости даже безъ его вѣдома, между тѣмъ какъ собственникъ продолжаетъ владѣть ею. Въ такомъ случаѣ право на предъявленіе иска объ исправленіи возникло въ пользу продолжающаго владѣть собственника. Но при молчаніи закона оно подлежало бы, само по себѣ, дѣйствію давности, между тѣмъ какъ самое право собственности остается незатронутымъ, и, въ частности, пріобрѣтенія его по давности со стороны внесеннаго несобственника не происходитъ. Благодаря этому создавалось бы, однако, неудовлетворительное положеніе и разладъ между книгой и матеріальнымъ правомъ становился бы неустранимымъ. Слѣдова-

1) BGB. Entw. I, 843 не давалъ особого постановленія по вопросу о задавниваніи иска объ исправленіи, изъ Mot. III, S. 310 flg. же можно усмотрѣть, что комиссія желала подчинить его общимъ правиламъ. Напротивъ, Entw. II, 813 ср. Prot. III, S. 103 flg., желалъ изъять отъ дѣйствія давности искъ объ исправленіи. На ту же точку зрѣнія стало само BGB 898. Но ср. BGB. 901, 1.

2) Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 172, Anm. 13.

тельно, изъятіе иска объ исправленіи отъ дѣйствія давности, въ указанныхъ предѣлахъ, является желательнымъ. Напротивъ, при прекращеніи основного права вслѣдствіе давности, неминуемо долженъ отпасть и искъ объ исправленіи.

Въ этомъ смыслѣ рѣшается вопросъ германскимъ уложеніемъ [1]), и нельзя не высказать пожеланія, чтобы аналогичное постановленіе было введено и въ нашъ ВУ.

III. Принципъ публичной вѣры вотчинной книги.

1. Достовѣрность и безповоротность.

§ 18. Исходныя точки.

Какъ было изложено выше, современное вотчинное право признаетъ, на ряду съ принципомъ внесенія, принципъ публичной вѣры вотчинной книги. Онъ является естественнымъ и необходимымъ дополненіемъ принципа внесенія, такъ какъ только совмѣстное ихъ дѣйствіе можетъ привести къ той опредѣленности и твердости вотчиннаго оборота, которая является цѣлью всей системы. При господствѣ лишь одного принципа внесенія достигалась бы только регистрація вотчинныхъ правъ, да и то неполная, такъ какъ обладатели ихъ не были бы заинтересованы, въ достаточной мѣрѣ, въ правильности книги [2]). Совершенно иначе обстоитъ дѣло, если выдвигается принципъ публичной вѣры, сводящійся къ предположенію правильности и полноты вотчинной книги. А это предположеніе, въ свою очередь, зиждется на предположеніи, что принципъ внесенія проведенъ въ полномъ объемѣ. Ибо лишь только признается это послѣднее предположеніе, какъ и является возможнымъ предполагать, далѣе, что внесены всѣ вотчинныя права и что внесены только вотчинныя права дѣйствительныя [1]). И многолѣтній опытъ странъ, принявшихъ вотчинную систему, доказываетъ, что такое предположеніе на практикѣ вполнѣ допустимо и что оно приводитъ къ вполнѣ удовлетворительнымъ результатамъ.

Но предположеніе правильности и полноты вотчинной книги нуждается еще въ нѣкоторомъ дополненіи. Оно можетъ сыграть роль регулятора вотчиннаго оборота лишь при условіи, чтобы всякое лицо, вступающее въ сдѣлку по вотчинной книгѣ, имѣло, съ одной стороны, возможность ознакомиться съ содержаніемъ книги и чтобы, съ другой стороны, оно было обязано къ этому. Если нѣтъ на лицо перваго условія, то принципъ публичной вѣры приводитъ къ несправедливостямъ. Если нѣтъ второго, то онъ утрачиваетъ свое значеніе въ виду возможности ссылокъ на невѣдѣніе содержанія книги.

Вслѣдствіе этого въ составъ понятія публичной вѣры вводится въ качествѣ необходимаго элемента понятіе гласности или публичности въ тѣсномъ смыслѣ слова. При этомъ признается, съ одной стороны, гласность формальная, которая сводится къ праву заинтересованныхъ лицъ обозрѣвать вотчинную книгу, а съ другой, гласность матеріальная, содержаніемъ которой является, именно, предположеніе о

1) ZGB. не содержитъ особаго по этому вопросу постановленія, но изъ Erl. III, S. 413 можно усмотрѣть, что его редакторъ держался того же воззрѣнія, которое проявляется въ BGB. Этого мнѣнія придерживаются и Ostertag, Sachenrecht ad 975, P. 32 и Tuor, Das neue Recht, S. 356 flg. Wieland, Sachenrecht ad 975, S. 590 высказываетъ противоположное мнѣніе, ссылаясь въ подкрѣпленіе его, на Erl. III, S. 411, гдѣ, однако, объ этомъ вопросѣ не говорится.

2) Правильность этого утвержденія явствуетъ лучше всего изъ опыта русскаго законодательства — см., напр., Объясненія 1893 г. I, стр. 18 сл., 1896 г. I, стр. 18 сл., Ж. О. К., стр. 8 сл., Записка, стр. 4 сл.

1) Если первое изъ этихъ предположеній основывается на принципѣ внесенія, какъ таковомъ, то второе оправдывается, кромѣ логическихъ соображеній, приведенныхъ выше, въ § 10, еще и матеріальными и формальными гарантіями, которыми обставлено совершеніе актовъ, на основаніи которыхъ вносятся въ вотчинную книгу статьи, т. е. соблюденіемъ принципа формальной легальности — ср. выше, послѣднее прим. къ § 10.

знакомствѣ заинтересованныхъ лицъ съ книгой въ каждомъ данномъ случаѣ. Гласность формальная, сама по себѣ, къ матеріальному вотчинному праву не имѣетъ отношенія. Но она существуетъ, тѣмъ не менѣе, для цѣлей матеріальнаго права, такъ какъ безъ нея немыслима гласность матеріальная. А безъ послѣдней, принципъ публичной вѣры, опять таки, не можетъ быть проводимъ [1]).

Если принципъ публичной вѣры принятъ законодательствомъ, то изъ него вытекаютъ два положенія. Одно изъ нихъ проявляется въ области процесса и гласитъ, что лицо, внесенное въ вотчинную книгу въ качествѣ вотчинно-управомоченнаго, считается таковымъ, впредь до доказательства противнаго. Другими словами, общая презумпція въ пользу правильности книги примѣняется къ отдѣльному случаю и приводитъ къ переложенію бремени доказыванія.

Столь же естественно вытекаетъ изъ принципа публичной вѣры другое положеніе: частныя лица, вступающія въ сдѣлку по вотчинной книгѣ, имѣютъ и основаніе и право

1) Въ матеріалахъ къ проекту терминологія не выдержана съ достаточной строгостью. Въ нихъ проводится различіе между гласностью формальною и матеріальною. Послѣдняя проявляется въ двухъ направленіяхъ, во-первыхъ, въ признаніи содержанія вотчинныхъ книгъ общеизвѣстнымъ, во-вторыхъ, въ томъ, что невнесенныя права почитаются несуществующими, а внесенныя дѣйствительными. А отсюда вытекаетъ, какъ особый принципъ, принципъ безповоротности — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 64 сл., 1886 г. I, стр. 77 сл., Ж. О. К., стр. 41 сл., Записка, стр. 26 сл. Ср. также Ж. О. К., стр. 58 сл. Нельзя отрицать, что и въ литературѣ термины публичность или гласность и публичная вѣра употребляются весьма часто promiscue. Тѣмъ не менѣе, это неточно уже съ этимологической точки зрѣнія. А кромѣ того, нельзя ставить на одну доску презумпцію общеизвѣстности содержанія книги съ презумпціей правильности ея, такъ какъ первая не имѣетъ самостоятельнаго значенія, а исполняетъ по отношенію ко второй служебную роль. Слѣдовательно, необходимо проводить грань между публичностью и публичной вѣрой, если дѣло идетъ о выясненіи этихъ понятій, такъ какъ иначе едва ли возможно достигнуть необходимой точности. При соблюденіи этого, комиссіи не приходилось бы выставлять особый принципъ безповоротности, который, въ сущности, и есть ни что иное, какъ одно изъ проявленій принципа публичной вѣры.

полагаться на ея содержаніе. Довѣріе ихъ къ показаніямъ о вотчинныхъ правахъ, внесенныхъ органами государственной власти при соблюденіи строгихъ формальностей и признаваемыхъ объективнымъ правомъ достовѣрными, не должно быть для нихъ источникомъ ущерба. Слѣдовательно, изъ принципа публичной вѣры должна вытекать не только презумпція въ пользу правильности внесенныхъ правъ, но и окончательное признаніе ихъ правильными тогда, когда какое либо третье лицо положилось на показанія книги и вступило, на основаніи такого довѣрія, въ вотчинныя сдѣлки по данной недвижимости.

И логика, и справедливость, и цѣлесообразность требуютъ этого. Иначе вотчинной системы быть не можетъ, а можетъ существовать лишь регистрація вотчинныхъ правъ, вся неудовлетворительность которой съ точки зрѣнія какъ частныхъ, такъ и общественныхъ интересовъ доказана, въ достаточной степени, опытомъ. Аргументы же, выдвигаемые противъ принципа публичной вѣры, не обладаютъ убѣдительностью.

Аргументы эти направляются равно противъ процессуальной презумпціи правильности вотчинной книги, какъ и противъ защиты добросовѣстныхъ пріобрѣтателей. Указывается, въ первомъ случаѣ, на возможность ухудшенія процессуальнаго положенія лица, которое, быть можетъ, является дѣйствительно управомоченнымъ, а во второмъ — на возможность утраты права тѣмъ же лицомъ безъ всякаго основанія.

Первый изъ этихъ аргументовъ можетъ быть устраненъ простымъ указаніемъ на то, что при отсутствіи вотчинной системы бремя доказыванія распредѣляется согласно владѣнію спорною вещью [1]), и что владѣніе никоимъ образомъ не

1) Здѣсь принимается въ соображеніе лишь самый простой случай, а именно, споръ о правѣ собственности. Выставленные по этому поводу доводы могутъ быть распространены, mutatis mutandis, на всякіе другіе случаи.

говоритъ въ пользу владѣльца больше, чѣмъ говоритъ внесеніе въ пользу лица внесеннаго. Какъ здѣсь, такъ и тамъ дѣйствуетъ общій принципъ, что, до доказательства противнаго, существующее положеніе дѣлъ почитается правомѣрнымъ и что бремя доказыванія возлагается на лицо, требующее его измѣненія.

Гораздо серьезнѣе второй аргументъ. Однако, и его значеніе не должно быть переоцѣниваемо. Онъ долженъ приниматься въ соображеніе и долженъ привести къ установленію мѣръ предосторожности, исключающихъ, по возможности, неправильныя внесенія. Слѣдуетъ избѣгать всякой излишней, сверхъ необходимости, формализаціи вотчиннаго оборота и слѣдуетъ защищать третьихъ пріобрѣтателей лишь настолько, насколько они этого заслуживаютъ. Но возможность причиненія ущерба частному лицу не должна приводить къ тому, чтобы потребности всего соціальнаго организма оставались неудовлетворенными. Нельзя не жертвовать частными интересами въ этой области такъ же, какъ во всякой другой области при созданіи организаціи, служащей общественнымъ интересамъ [1]).

1) Въ высокой мѣрѣ характерными для чисто индивидуалистическаго отношенія къ вопросу являются замѣчанія г. Городыскаго въ Св. Зам., № 103, ср. его-же, Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю., 1902, 9, стр. 227 сл. Онъ конструируетъ примѣръ, по которому его недвижимостью распорядился чужой: „Какое мнѣ дѣло до того, что неизвѣстные мнѣ люди, неизвѣстнымъ мнѣ образомъ, успѣли провести по вотчиннымъ книгамъ неизвѣстную мнѣ сдѣлку на счетъ моего имѣнія?“ Такая логика понятна со стороны субъективнаго „я“, пострадавшаго отъ учрежденій, существующихъ въ публичныхъ интересахъ. Но она не можетъ быть положена въ основаніе законодательства, для котораго участники сдѣлки отнюдь не являются какими то „неизвѣстными“, а, напротивъ, людьми, изъ которыхъ одинъ былъ записанъ въ книгу какъ управомоченный, а другой положился на показанія офиціальной вотчинной книги. И выдвигая это довѣріе къ офиціальному документу, о правильности котораго могъ и долженъ былъ заботиться, къ тому же, собственникъ, можно притти, даже съ такой же чисто субъективной точки зрѣнія, къ выводамъ, прямо противоположнымъ тѣмъ, которые защищаются г. Городыскимъ. Съ „чисто практической точкой зрѣнія“ и „минуя всякія теоретическія построенія“, нельзя, очевидно, доказать необоснованность вотчинной системы, и это тѣмъ менѣе, если практичность отождествляется съ одностороннею эгоцентричностью. Слѣдуетъ, впрочемъ, прибавить, что аналогичные аргументы можно было бы выставить также противъ ряда другихъ институтовъ, напр., противъ пріобрѣтенія собственности въ движимыхъ вещахъ отъ несобственника и противъ пріобрѣтательной давности.

Слѣдуетъ, впрочемъ, сказать, что въ настоящее время едва ли существуетъ необходимость доказывать достоинства вотчинной системы и неизбѣжность признанія принципа публичной вѣры вотчинныхъ книгъ. Все это доказано опытомъ и не находитъ уже серьезныхъ возраженій въ литературѣ [1]). Слѣдуетъ развѣ напомнить еще разъ о томъ, что система эта является не продуктомъ какихъ либо теоретическихъ построеній и измышленій, а, напротивъ, плодомъ историческаго развитія.

§ 19. Достовѣрность и безповоротность въ проектѣ.

Установивъ, такимъ образомъ, исходныя точки ученія о принципѣ публичной вѣры, приходится спросить, проводится ли и насколько проводится этотъ принципъ въ проектѣ ВУ.

Если ознакомиться съ его отдѣльными постановленіями, то необходимо остановиться, прежде всего, на ст. 6 и 7. Первая изъ нихъ, ссылаясь на ст. 126, провозглашаетъ принципъ формальной гласности и объявляетъ, далѣе, недопу-

1) Болѣе подробное изложеніе достоинствъ вотчинной системы и неизбѣжности признанія принципа публичной вѣры свелось бы къ повторенію сказаннаго уже не разъ въ учебникахъ, курсахъ и монографіяхъ, а также въ матеріалахъ къ новѣйшимъ законодательствамъ — ср., напр., BGB. Mot. III, S. 16 flg., 208 flg., ZGB Erl. III, S. 16 flg., 24 flg., 372 flg., 393 flg., ВУ. Объясненія 1893 г. I, стр. 32 сл., 68 сл., 1896 г. I, стр. 32 сл., 81 сл., Ж. О. К., стр. 13 сл., 41 сл., Записка, стр. 1 сл., 26 сл. И въ русской литературѣ проявляется, въ общемъ, одобрительное отношеніе къ вотчинной системѣ, и выставленныя возраженія касаются скорѣе отдѣльныхъ ея проявленій. Это можно сказать какъ о литературѣ въ тѣсномъ смыслѣ слова, такъ и объ офиціальныхъ отзывахъ. Исключеніемъ являются лишь отзывы министра финансовъ и министра внутреннихъ дѣлъ — о нихъ ср. выше, § 7.

стимою ссылку на невѣдѣніе содержанія книги, вторая же говоритъ, что „вотчинныя права, внесенныя въ вотчинныя книги, признаются достовѣрными“.

Исторія возникновенія этихъ статей представляетъ нѣкоторый интересъ и поможетъ выяснить неясное, на первый взглядъ, значеніе термина „достовѣрный“.

Въ проектѣ 1893 г. нынѣшнія ст. 6 и 7 составляли одну ст. 6, которая гласила: „Вотчинныя книги почитаются гласными, и содержаніе ихъ признается достовѣрнымъ для лицъ, пріобрѣтающихъ по онымъ права“. При составленіи же проекта 1896 г., редакціонная комиссія приняла въ соображеніе одно сдѣланное на проектъ замѣчаніе[1]) и формулировала ст. 6 слѣдующимъ образомъ: „Вотчинныя книги почитаются гласными, и внесенныя въ нихъ вотчинныя права признаются достовѣрными. Достовѣрность вотчинной книги не распространяется на свѣдѣнія о пространствѣ и цѣнѣ имѣнія“. Послѣдняя фраза признавалась самой комиссіей[2]), въ сущности, излишней, такъ какъ „по всѣмъ ипотечнымъ законодательствамъ достовѣрность вотчинной книги распространяется лишь на юридическое положеніе имѣнія“. Но она всетаки была вставлена, „дабы устранить въ будущемъ всякую возможность заблужденія“.

Какъ и слѣдовало ожидать, и эта формулировка вызвала возраженіе[3]): военный министръ указалъ на то, что ст. 6 редактирована недостаточно точно и что слѣдовало бы оговорить, что „подъ свѣдѣніями вотчинныхъ книгъ о пространствѣ имѣнія должно подразумѣвать какъ количество десятинъ имѣнія, такъ и его границы“. Особая комиссія, однако, съ этимъ не согласилась[4]). Она, правда, признала неудовлетворительность послѣдней фразы ст. 6, но, вмѣстѣ съ

1) Св. Зам., № 90.
2) Объясненія I, стр. 136.
3) Отзывъ военнаго министра, стр. 3.
4) Ж. О. К., стр. 58 сл.

тѣмъ, объявила ее и вообще излишней, такъ какъ достовѣрными считаются лишь свѣдѣнія о правахъ, т. е. свѣдѣнія чисто юридическія. Но, кромѣ того, комиссія нашла нужнымъ, во-первыхъ, раздѣлить ст. 6, такъ какъ она говоритъ о двухъ предметахъ, о гласности и о достовѣрности, а во-вторыхъ, — ближе объяснить значеніе гласности вотчинной книги. На основаніи всего этого особая комиссія и придала нормамъ о гласности и достовѣрности ту формулировку, которую онѣ имѣютъ въ проектѣ ВУ. 1907 г.

Къ сожалѣнію, нельзя сказать, чтобы эта формулировка была удачнѣе первоначальной, имѣвшейся въ проектѣ 1893 г. Она, правда, превосходитъ формулировку 1896 г., такъ какъ оговорка относительно фактическихъ свѣдѣній, дѣйствительно, и неполна и излишня[1]). Но, если и признать удачнымъ раздѣленіе ст. 6, то, во всякомъ случаѣ, не было необходимости распространяться о значеніи гласности. Передача содержанія ст. 126, касающейся исключительно формальнаго права вотчинной книги, безъ сомнѣнія, неумѣстна, а отклоненіе ссылки на невѣдѣніе содержанія книги излишне. Въ самомъ дѣлѣ, что же можетъ обозначать „гласность“ книги, если не это?

Если же ст. 6 грѣшитъ многословіемъ, то ст. 7 впадаетъ въ противоположную ошибку. Что значитъ „достовѣрность“ вотчинной книги, какія она имѣетъ юридическія послѣдствія? Здѣсь поясненіе было бы умѣстно, но здѣсь его не даютъ.

Само собой разумѣется, что достовѣрность не можетъ

1) Ср. указанную выше, въ § 1, литературу и сказанное тамъ-же въ текстѣ по вопросу о соотношеніи между вотчинной книгой и кадастромъ. О правильности основного принципа, принятаго въ этой области нашимъ проектомъ, спора быть не можетъ. — Впрочемъ, Сарандо, Проектъ вотчиннаго устава, Ж. М. Ю. 1900, 2, стр. 4 сл. и Берви, Проектъ вотчиннаго устава, Ж. М. Ю. 1900, 8, стр. 173 сл. высказываютъ пожеланіе, чтобы достовѣрность только юридическихъ свѣдѣній была высказана ясно и опредѣленно въ самомъ проектѣ.

быть понимаема въ смыслѣ признанія неоспоримости внесенныхъ правъ — такое толкованіе устраняется уже ст. 15. Но въ такомъ случаѣ остается только принять въ соображеніе формулировку проекта 1893 г., говорящаго прямо о достовѣрности „для лицъ, пріобрѣтающихъ по онымъ права“. Противъ такого толкованія возражать не приходится. Однако, тогда ст. 7 является лишь мотивировкой къ ст. 16 и 17, провозглашающимъ принципъ публичной вѣры книги. А слѣдовательно ст. 7, при подобномъ пониманіи ея, является излишней и могла бы развѣ только входить въ качествѣ поясненія въ составъ ст. 16 и 17.

Однако, позволительно думать, что составители проекта желали выразить въ ст. 7 другую мысль, которая, дѣйствительно, должна быть высказана особо. На это указываетъ то обстоятельство, что въ проектахъ 1893 и 1896 гг. подъ ст. 6 цитируются ст. 891 и 892 BGB.[1]). Изъ этихъ статей первая устанавливаетъ презумпцію дѣйствительности внесеннаго и несуществованія погашеннаго права, между тѣмъ какъ вторая совпадаетъ со ст. 16 и 17 вотчиннаго устава. Другими словами, BGB. особо упоминаетъ о тѣхъ двухъ послѣдствіяхъ, которыя вытекаютъ изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги. При такихъ обстоятельствахъ, кажется допустимымъ предположить, что къ той же цѣли стремилась, хотя и не вполнѣ сознательно, также и наша комиссія и что, слѣдовательно, ст. 7 имѣетъ не только значеніе обоснованія ст. 16 и 17, но что, кромѣ того, она желаетъ выставить, именно, указанную презумпцію.

При такомъ толкованіи ст. 7 пріобрѣтаетъ полной смыслъ и терминъ „достовѣрность“ уже не возбуждаетъ сомнѣній.

Правда, нельзя не высказать пожеланія, чтобы эта столь важная въ практическомъ отношеніи презумпція была уста-

1) Въ проектѣ 1893 г. цитируются соотвѣтствующія статьи перваго проекта BGB.

повлена прямо[1]). И нелишне было бы прибавить особую статью, аналогичную BGB. 893[2]), содержащей дальнѣйшій выводъ изъ принципа публичной вѣры. Согласно ей, достовѣрность вотчинной книги признается также и въ пользу лицъ, производящихъ уплату внесенному въ книгу лицу на основаніи значащагося за нимъ права или въ пользу лицъ, заключившихъ съ нимъ какую либо иную сдѣлку, касающуюся внесеннаго права, но не покрываемую публичной вѣрой. Такое распространеніе достовѣрности, несомнѣнно, требуется справедливостью. Оно, правда, можетъ быть выведено уже изъ нынѣшней ст. 7. Но особое упоминаніе о томъ было бы желательно, тѣмъ болѣе, что даже редакціонная комиссія этого случая не предусмотрѣла. А отношеніе къ нему судебной практики, разумѣется, не можетъ быть предугадано.

Такимъ образомъ, абстрактное признаніе достовѣрности книги, имѣющееся въ проектѣ, не вполнѣ удовлетворительно. Слѣдовало бы, напротивъ, сдѣлать прямо необходимые выводы изъ этого признанія и выставить, съ одной стороны, презумпцію въ пользу правильности книги, а съ другой, установить непосредственную связь между достовѣрностью книги и безповоротностью пріобрѣтенныхъ правъ[3]), объективнымъ основаніемъ которой является, именно, достовѣрность[4])[5]).

1) Правда, и ZGB. не упоминаетъ о ней прямо. Но у насъ, при незнакомствѣ судовъ съ вотчинной системой, это можетъ оказаться необходимымъ. Нѣтъ ничего невѣроятнаго въ предположеніи, что судъ возложитъ, въ случаѣ молчанія объ этомъ вопросѣ ВУ., бремя доказыванія, напр., на внесеннаго въ книгу виндиканта.

2) Ср. Mot. III, S. 223 flg.

3) Уже выше, въ § 10, было отмѣчено, что нельзя признавать особый принципъ безповоротности, такъ какъ дѣло только въ одномъ изъ проявленій принципа публичной вѣры. Но нѣтъ препятствій къ употребленію термина безповоротность для обозначенія именно этого проявленія публичной вѣры.

4) Вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ сказать, что на достовѣрности зиждется легитимаціонная сила записей въ вотчинную книгу, или, что въ сущности то же самое, въ примѣненіи къ лицу, право коего внесено въ книгу, достовѣрность проявляется какъ легитимація его къ распоряженію этимъ правомъ. Ср. ниже, § 22.

5) Субъективнымъ же основаніемъ является, какъ будетъ изложено ниже, добрая вѣра пріобрѣтателя.

Въ результатѣ приходится сказать, что достовѣрность проявляется, съ одной стороны, какъ презумпція въ пользу внесеннаго въ книгу вотчиннаго права, а съ другой — какъ объективное основаніе безповоротности. А такъ какъ она имѣетъ самостоятельное значеніе лишь въ первомъ случаѣ, то кажется допустимымъ говорить, въ интересахъ упрощенія терминологіи, примѣнительно къ этому случаю о достовѣрности въ тѣсномъ смыслѣ слова или даже просто о достовѣрности.

Что же касается связи между достовѣрностью въ обширномъ смыслѣ и безповоротностью, то она въ нынѣшней редакціи проекта вовсе не выступаетъ. Напротивъ, постановленія о безповоротности стоятъ въ проектѣ какъ бы обособленно. Они формулируются въ ст. 16 и 17, между тѣмъ какъ ст. 18 устанавливаетъ извѣстныя ограниченія безповоротности, а ст. 19 нормируетъ обязательственныя отношенія, признаваемыя въ противовѣсъ дѣйствію безповоротности.

Редакціонная комиссія сочла, однако, нужнымъ предпослать этимъ статьямъ упомянутую уже выше, въ связи съ вопросомъ объ исправленіи внесенія, ст. 15, гласящую, что внесенныя въ книгу права могутъ быть оспорены, насколько они не пользуются безповоротностью согласно ст. 16 и 17. Но комиссія сама сознавала, что ст. 15 собственно излишня, и она мотивировала введеніе этой статьи въ проектъ „новизной у насъ учрежденія вотчинныхъ книгъ“ [1]). Тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ сказать, что, при сколько нибудь удачной формулировкѣ ст. 16 и 17, въ ст. 15 нѣтъ никакой необходимости. Насколько же она выражаетъ общій принципъ, ей мѣсто не въ связи съ принципомъ публичной вѣры, а съ принципомъ внесенія. Она, въ сущности, является лишь дополненіемъ къ ст. 3, опредѣляющей каузальный характеръ внесеній въ книгу и отрицающей, уже тѣмъ самымъ, принципъ формальной силы внесенія. Однако, и съ этой точки зрѣнія ст. 15 не можетъ быть оправдываема, такъ какъ законодатель, выставляя какой либо принципъ, не долженъ, кромѣ того, еще отклонить противоположный принципъ [1]).

1) Объясненія 1893 г., I, стр. 141 сл., 1896 г., I, стр. 152 сл. Въ проектѣ 1893 г. отсутствовала, впрочемъ, ссылка на ст. 16 и 17, а было выставлено только правило объ оспоримости внесенныхъ правъ, что вызвало нѣкоторыя возраженія — см. Св. Зам., №№ 101, 102.

Что же касается самаго принципа публичной вѣры, а въ частности, его проявленія, какъ безповоротности, то, какъ было отмѣчено уже выше, распространяться о немъ и о его достоинствахъ нѣтъ необходимости [2]). Достаточно констатировать, что проектъ ВУ. принялъ этотъ общій всѣмъ современнымъ вотчиннымъ системамъ принципъ и что онъ, благодаря этому, признаетъ, что вотчинное право, пріобрѣтенное третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ путемъ юридической сдѣлки, остается въ силѣ и тогда, когда впослѣдствіи окажется, что внесенное въ книгу въ качествѣ управомоченнаго лицо, установившее или уступившее это право, было внесено неправильно.

Къ сожалѣнію, приходится, однако, сказать, что это основное и практически наиболѣе важное правило формулировано въ проектѣ далеко неудачно. Прежде всего, нѣтъ никакой причины размѣщать его въ двухъ статьяхъ. Ст. 16 и 17 говорятъ объ одномъ и томъ же вопросѣ. И съ принципіальной и съ практической точекъ зрѣнія совершенно безразлично, является ли контрагентомъ пріобрѣта-

1) Подобное положеніе, носящее, въ сущности, полемическій характеръ, было бы умѣстно развѣ въ законѣ, которымъ реформировалось бы вотчинное право, зиждущее, какъ, напр., мекленбургское, на принципѣ формальной силы внесенія. Но въ нашемъ проектѣ оно совершенно излишне. Съ равнымъ правомъ можно было бы ввести въ него отрицаніе ряда другихъ вотчинныхъ теорій, въ частности теоріи абстрактнаго вещнаго договора, имѣющей, благодаря BGB., несомнѣнно большее значеніе, чѣмъ теорія формальной силы внесенія.

2) См. выше, въ предыдущемъ параграфѣ. — Для полноты изложенія можно, впрочемъ, отмѣтить, что въ Св. Зам., № 103,1 имѣются возраженія г. Титова противъ начала публичной вѣры, покоящіяся на принципахъ римскаго права.

теля собственникъ или другой какой либо вещно-управомоченный. Отъ проведенія грани между этими случаями постановленіе въ ясности не выигрываетъ. Получается только ненужное многословіе [1]).

Однако, это лишь формальный недостатокъ. Гораздо важнѣе другой, заключающійся въ томъ, что въ статьяхъ, устанавливающихъ понятіе безповоротности, не упоминается о моментѣ добросовѣстности. Лишь въ ст. 18, да и то во 2-омъ пунктѣ, сказано, что „безповоротность вотчинныхъ правъ не наступаетъ, если пріобрѣтатель, во время пріобрѣтенія права, дѣйствовалъ недобросовѣстно". Но именно, благодаря этому, моментъ добросовѣстности низводится на ступень условія болѣе или менѣе случайнаго, наличность котораго, правда, требуется проектомъ ВУ., но которое всетаки несущественно для понятія публичной вѣры — столь же несущественно, какъ остальныя условія безповоротности, выставленныя въ ст. 18. Очень можетъ быть, впрочемъ, что редакціонная комиссія не такъ смотрѣла на этотъ вопросъ, а матеріалы не позволяютъ сдѣлать объ этомъ сколько нибудь обоснованнаго вывода. Но формулировка самаго проекта допускаетъ, во всякомъ случаѣ, такой выводъ.

Между тѣмъ, онъ былъ бы глубоко ошибочнымъ.

§ 20. Значеніе добросовѣстности пріобрѣтателя.

Безспорно, что между безповоротностью и доброй вѣрой пріобрѣтателя существуетъ непосредственная причинная связь. Можно даже сказать, что первая безъ послѣдней лишена смысла. Ибо безповоротность существуетъ исключительно въ интересахъ оборота, а оборотъ, со своей стороны, требуетъ огражденія лишь добросовѣстныхъ пріобрѣтателей. Значеніе вотчинныхъ книгъ можетъ быть, очевидно, поколеблено только тогда, когда лицо добросовѣстное, т. е. довѣрявшее показаніямъ книги, потерпѣло ущербъ. Если же пріобрѣтатель былъ недобросовѣстенъ, т. е. если онъ зналъ о неправильности книги, то ясно, что общее довѣріе къ книгамъ никоимъ образомъ не можетъ пострадать отъ того, что пріобрѣтенное такимъ лицомъ право признается впослѣдствіи лишеннымъ силы [1]).

Слѣдовательно, добросовѣстность пріобрѣтателя не есть условіе, установленное лишь положительнымъ законодательствомъ по тѣмъ или инымъ соображеніямъ цѣлесообразности. Добросовѣстность есть, напротивъ, элементъ, съ необходимостью входящій въ составъ понятія публичной вѣры вотчинной книги. Она представляетъ собой субъективное основаніе безповоротности пріобрѣтенія вотчинныхъ правъ такъ же, какъ достовѣрность въ обширномъ смыслѣ является объективнымъ основаніемъ ея. И безъ доброй вѣры пріобрѣтателя безповоротность была бы лишена цивильно-политическаго оправданія.

Въ виду этого нельзя защищать формулировку проекта и соображеніями редакціонной техники. Съ извѣстной практической точки зрѣнія было, пожалуй, удобнѣе всего объединить въ одной статьѣ всѣ признанныя проектомъ условія безповоротности и постановить, что она не наступаетъ, если на лицо имѣется недобросовѣстность, безвозмездность или пріобрѣтеніе права однимъ изъ предшественниковъ путемъ преступленія. Но законодатель не долженъ руководиться подобными внѣшними соображеніями. Онъ не можетъ группировать нормы по практическимъ послѣдствіямъ ихъ, независимо отъ принципіальныхъ основаній. А съ принци-

1) Ср. Св. Зам., № 104.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 73 сл., 1896 г. I, стр. 86 сл. оправдываютъ роль, отведенную добросовѣстности, прежде всего нравственными соображеніями. Но тогда не вполнѣ понятно, почему съ добросовѣстностью совмѣстимо знаніе объ обязательственныхъ правахъ на данную недвижимость другого лица и почему не вводится въ проектъ понятіе jus ad rem. Ср. о понятіи доброй вѣры Петражицкаго, Права добросовѣстнаго владѣльца, стр. 120 сл. — Второй моментъ, выдвигаемый Объясненіями, кредитъ, слишкомъ узокъ и относится, главнымъ образомъ, только къ ипотечному, а не ко всему вотчинному праву.

піальной точки зрѣнія существуетъ огромное различіе между добросовѣстностью и прочими, упомянутыми въ ст. 18 условіями безповоротности. Послѣднія ничуть не являются элементами, необходимыми для образованія понятія безповоротности. Это доказывается не только примѣромъ иностранныхъ законодательствъ, которымъ неизвѣстны постановленія п. 1 и п. 3 ст. 18. Это вытекаетъ также изъ самаго существа понятія: защита добросовѣстно, хотя и безвозмездно, пріобрѣтенныхъ правъ вполнѣ мыслима. Она можетъ быть нецѣлесообразна — объ этомъ можно спорить, но она ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть признана безсмысленной. И то же самое слѣдуетъ сказать, еще въ большей степени, объ условіи, выраженномъ въ п. 3 ст. 18.

Въ связи съ этимъ, необходимо обратить, далѣе, вниманіе на то, что наступленіе безповоротности можетъ быть оправдываемо только тогда, когда данное право было пріобрѣтено путемъ юридической сдѣлки. Только тогда пріобрѣтатель могъ руководствоваться довѣріемъ къ показаніямъ книги, и только тогда онъ нуждается въ защитѣ на основаніи публичной вѣры вотчинной книги. Во всѣхъ прочихъ случаяхъ съ его стороны не было вовсе той добросовѣстности, охрана которой необходима въ интересахъ оборота.

Это положеніе, однако, вытекаетъ изъ самаго понятія безповоротности только тогда, когда въ его составъ включается условіе добросовѣстности. Иначе защита пріобрѣтателей лишь по юридическимъ сдѣлкамъ является чѣмъ то болѣе или менѣе случайнымъ, вызваннымъ соображеніями цѣлесообразности. Такое, именно, впечатлѣніе и получается изъ матеріаловъ къ проекту и изъ мало удачной формулировки ст. 16 и 17 [1]). Затѣмъ, не было бы, при правильной

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 80 сл., 1896 г. I, стр. 92 сл. Тутъ положеніе о защитѣ лишь правъ, пріобрѣтенныхъ путемъ сдѣлки, объясняется рядомъ отдѣльныхъ соображеній, вполнѣ правильныхъ, но не объединенныхъ одною общею мыслью.

постановкѣ вопроса, и необходимости пояснять [1]), что безповоротность дѣйствуетъ лишь въ пользу третьихъ лицъ, а не въ пользу самихъ контрагентовъ. Было бы очевидно, что между послѣдними не могло быть добросовѣстности въ техническомъ смыслѣ слова, т. е. довѣрія къ показаніямъ книги, которое требуется для наступленія безповоротности. А пороки самой сдѣлки, по которой вотчинное право было пріобрѣтено, разумѣется, не могутъ быть покрыты безповоротностью, такъ какъ нѣтъ связи между специфически вотчинной добросовѣстностью и этими пороками.

Наконецъ, при удовлетворительномъ опредѣленіи безповоротности, не было бы необходимости особо выставлять правило ст. 14. Тогда разумѣлось бы само собой, что установленныя по договорамъ и завѣщаніямъ ограниченія въ правѣ распоряженія недвижимостью имѣютъ значеніе въ вотчинномъ оборотѣ только тогда, когда они внесены въ вотчинную книгу, — и, наоборотъ, что они, въ случаѣ внесенія, устраняютъ возможность наступленія безповоротности для правъ, пріобрѣтенныхъ вопреки имъ [2]). Тогда, именно, ими устраняется добрая вѣра пріобрѣтателя.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 71 сл., 1896 г. I, стр. 84 сл.

2) Лишь въ этой положительной формулировкѣ данное правило можетъ представлять хоть какой нибудь интересъ для вотчиннаго права — о второмъ условіи, выставленномъ ст. 14, — „или были имъ извѣстны“, см. ниже. Въ формулировкѣ же проекта, ст. 14 къ вотчинному праву не имѣетъ отношенія. Ограниченія, установленныя по договору или завѣщанію, какъ частныя волеизъявленія, не могутъ имѣть, вотчинной силы безъ внесенія въ книгу. Ср., впрочемъ, еще ст. 49 ВУ. — Къ законнымъ ограниченіямъ въ правѣ распоряженія это, разумѣется, не относится. Онѣ стоятъ внѣ книги и сохраняютъ свое значеніе внѣ всякой зависимости отъ внесенія или невнесенія. Сдѣлка, порочная вслѣдствіе такихъ ограниченій, должна обсуждаться по тѣмъ же принципамъ, какъ сдѣлка оспоримая вслѣдствіе какихъ либо пороковъ воли одного изъ контрагентовъ, т. е. пріобрѣтенное на основаніи такой сдѣлки вотчинное право оспоримо между контрагентами, при переходѣ же къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю оспоримость покрывается публичной вѣрой книги. См. Объясненія 1893 г. I, стр. 134 сл., 1896 г. I, стр. 145 сл. Ср. разсужденія о внесеніи маіоратнаго свойства недвижимости тамъ же, Ж. О. К.,

Слѣдовательно, введеніе въ самое понятіе безповоротности условія доброй вѣры пріобрѣтателя совершенно необходимо, не только въ виду доктринарныхъ соображеній, но равно и въ виду получающихся, благодаря соблюденію этого условія, дальнѣйшихъ выводовъ, въ высшей степени важныхъ для развитія вотчинной системы[1]).

Что касается, затѣмъ, понятія недобросовѣстности, то самъ проектъ въ ст. 18,2 даетъ легальное его опредѣленіе: недобросовѣстность есть знаніе о томъ, „что имѣніе не принадлежитъ лицу, значащемуся въ вотчинной книгѣ собственникомъ, или что пріобрѣтаемое право недѣйствительно". Въ поясненіе этого, матеріалы подчеркиваютъ[2]), что тутъ разумѣется знаніе лишь о такихъ обстоятельствахъ, которыя служатъ безусловнымъ препятствіемъ къ пріобрѣтенію права. Слѣдовательно, знаніе объ обязательственныхъ правахъ третьяго лица сюда не относится. А далѣе, недобросовѣстностью признается знаніе о недостаткахъ права лишь непосредственнаго правопредшественника. Напротивъ, безразлично знаніе о томъ, что право лица, отъ котораго пріобрѣлъ правопредшественникъ, страдало недостатками.

Со всѣми этими положеніями надо безусловно согласиться, въ частности, съ указаніемъ на то, что знаніе объ

стр. 77 сл. и Св. Зам., № 100. — Имѣющееся въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 12, замѣчаніе, касающееся формулировки ст. 14, едва ли достаточно обосновано. То же приходится сказать о Св. Зам., № 98. — Ст. 14 совпадаетъ, впрочемъ, съ постановленіемъ BGB. 892, Satz 2. Но это, разумѣется, не доказываетъ ея необходимости. О швейцарскомъ правѣ ср. ZGB. 960, см. Wieland, Sachenrecht ad 969, P. 10, Ostertag, Sachenrecht ad 960, P. I.

1) Установленіе непосредственной связи между безповоротностью и доброй вѣрой пріобрѣтателя имѣется какъ въ BGB. 892, такъ и въ ZGB. 973. Притомъ, если это выступаетъ недостаточно ярко въ BGB., то оно объясняется извѣстнымъ стремленіемъ этого уложенія выяснять при помощи нѣкоторыхъ типичныхъ оборотовъ распредѣленіе бремени доказыванія.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 73 сл., 1896 г. I, стр. 86 сл., Ж. О. К., стр. 43, Записка, стр. 27.

обязательственныхъ правахъ третьихъ лицъ не должно играть никакой роли. Вотчинный оборотъ можетъ и долженъ считаться только съ вотчинными правами, а вовлеченіе сюда и обязательственныхъ правъ вызвало бы, съ одной стороны, шаткость правоотношеній, а съ другой — теоретической, было бы однозначаще съ признаніемъ прусско-правового понятія jus ad rem[1]).

Въ связи съ этимъ, нельзя, однако, не отмѣтить, что ст. 14 содержитъ, кромѣ упомянутой уже нормы[2]), еще одно относящееся сюда постановленіе, которое должно быть признано непослѣдовательнымъ: оно объявляетъ обязательными также и невнесенныя въ книгу договорныя и завѣщательныя ограниченія въ правѣ распоряженія тогда, когда пріобрѣтатель зналъ о нихъ. Правда, проектъ не приводитъ этого постановленія въ непосредственную связь съ понятіемъ недобросовѣстности. Но на дѣлѣ такая связь безспорно существуетъ. Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ добросовѣстность пріобрѣтателя устраняется знаніемъ объ ограниченіяхъ, не имѣющихъ вотчиннаго характера. И въ результатѣ получается отступленіе отъ общаго принципа, ничѣмъ не обоснованное[3])[4]).

Если, однако, принципъ, положенный проектомъ въ основаніе понятія добросовѣстности, долженъ быть признанъ, въ общемъ, удовлетворительнымъ, то, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ сказать, что формулировка его неудачна. Уже въ замѣчаніяхъ на проектъ 1893 г.[5]) было указано на то, что опредѣленіе понятія недобросовѣстности само по себѣ излишне, такъ какъ недобросовѣстность есть „понятіе достаточно опредѣленное и ясное". Къ тому же, опредѣленіе, даваемое

1) Ср. A. L. R. I, 2 § 135, I, 10 § 25, I, 19 § 5, I, 21 § 2 flg., см. Dernburg, Preuss. Privatrecht I, §§ 38, 184.

2) См. выше, стр. 155.

3) Въ Св. Зам., № 99 требуется уничтоженіе словъ о знаніи пріобрѣтателя на основаніи другихъ, преимущественно практическихъ соображеній.

4) Ср. также сказанное по поводу ст. 39 ВУ. ниже, § 46.

5) Св. Зам., № 107.

проектомъ, покрываетъ далеко не всѣ возможные случаи недобросовѣстности и можетъ, вслѣдствіе этого, привести на практикѣ къ слишкомъ узкому толкованію.

Съ этимъ замѣчаніемъ можно, однако, согласиться лишь отчасти, хотя оно, съ теоретической точки зрѣнія, несомнѣнно правильно. Дѣло въ томъ, что отказъ отъ особаго опредѣленія недобросовѣстности можетъ вызвать на практикѣ недоразумѣнія въ томъ смыслѣ, что подъ это понятіе будетъ подведено также и знаніе объ обязательственныхъ правахъ третьихъ лицъ. Для избѣжанія этого слѣдовало бы особо указать, что здѣсь принимаются въ соображеніе исключительно права вотчинныя. Къ этой цѣли стремилась, повидимому, и редакціонная комиссія. Но выставленная ею формулировка, дѣйствительно, слишкомъ узка. Она могла бы быть замѣнена съ успѣхомъ формулировкой, напр., германскаго уложенія, говорящаго, по этому поводу, коротко и ясно о знаніи неправильности внесенія [1]).

Но, независимо отъ этого, и самое понятіе недобросовѣстности, принятое проектомъ, нуждается въ одномъ дополненіи. Дѣло въ томъ, что нельзя не поставить на одинъ уровень со знаніемъ также и виновное незнаніе. Это необходимо не только по соображеніямъ справедливости, но также и въ практическихъ цѣляхъ: лишь въ исключительныхъ случаяхъ можетъ быть доказано, что пріобрѣтатель положительно зналъ о существованіи возраженій, не внесенныхъ въ книгу. Напротивъ, доказать, что онъ могъ и долженъ былъ знать о нихъ, едва ли представитъ затрудненія [2]).

1) BGB. 892. — ZGB. 973 ограничивается простымъ упоминаніемъ о реквизитѣ доброй вѣры.

2) ZGB. 974 занимаетъ защищаемую здѣсь точку зрѣнія, и Erl. III, S. 395, 411 считаютъ, очевидно, необходимость уравненія виновнаго незнанія съ знаніемъ не подлежащимъ сомнѣнію и даже не мотивируютъ, а лишь упоминаютъ о немъ. BGB. 982, ср. Prot. III, S. 86, напротивъ, становится на противоположную точку зрѣнія и старается мотивировать это, но пользуется аргументами совершенно неубѣдительными. Наша

Въ заключеніе сказаннаго о добросовѣстности слѣдуетъ указать на неумѣстность заключительной фразы ст. 18: „добросовѣстность всегда предполагается, и тотъ, кто ссылается на недобросовѣстность, долженъ ее доказать“. Это постановленіе имѣлось уже въ проектѣ 1893 г., и уже тогда было указано на совершенную ненужность такого правила, повторяющаго лишь общій принципъ гражданскаго права и не имѣющаго никакого отношенія къ специфическимъ задачамъ ВУ. [1]). Это, впрочемъ, сознавалось и самой редакціонной комиссіей, мотивировавшей введеніе въ текстъ проекта этого правила тѣмъ [2]), что „дѣйствующіе законы сего начала прямо не выражаютъ“ и что оно, поэтому, выражено „во избѣжаніе недоразумѣній“ въ ст. 18. Кажется, что это не особенно убѣдительно. И хотя, разумѣется, отъ сохраненія такой фразы никакого вреда и не произойдетъ, все же, въ интересахъ научнаго достоинства проекта, слѣдуетъ пожелать ея исключенія.

§ 21. Прочія условія безповоротности.

Кромѣ добросовѣстности, по проекту, условіемъ для наступленія безповоротности является, еще возмездность каузальной сдѣлки. Подобное условіе неизвѣстно уложеніямъ германскому и швейцарскому. Редакціонная комиссія послѣдовала тутъ примѣру прусскаго Земскаго права [3]).

Слѣдуетъ сказать, что принятое ею рѣшеніе не можетъ не вызвать серьезныхъ сомнѣній, главнымъ образомъ, потому, что такимъ путемъ желанная цѣль не будетъ достигнута, а что, напротивъ, создастся почва для злоупотребленій. Въ совре-

же редакціонная комиссія, судя по матеріаламъ, этимъ вопросомъ вовсе не задавалась.

1) Св. Зам., № 107.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 75 сл., 1896 г. I, стр. 88.

3) A. L. R. Einl. § 96, I, 20, § 423. — Комиссія ссылается, впрочемъ, не на этотъ первоисточникъ, а на прусскій вотчинный законъ 1872 г. и на баварское положеніе объ ипотекахъ 1822 г.

менномъ оборотѣ вотчинныя права переносятся безвозмездно только въ исключительныхъ случаяхъ. Уже чаще встрѣчается сліяніе въ одной сдѣлкѣ элементовъ возмездности и безвозмездности, вслѣдствіе чего пришлось бы, по системѣ проекта, отчасти признать наступленіе безповоротности, отчасти отрицать его. А это создавало бы на практикѣ большія, если даже не непреодолимыя затрудненія. Но важнѣе то, что въ случаяхъ какъ перваго, такъ и второго рода, контрагенты, буде это покажется желательнымъ, всегда сумѣютъ придать своей сдѣлкѣ фиктивнымъ путемъ характеръ возмездности.

Съ другой же стороны, усвоенный проектомъ принципъ легко можетъ вызвать на практикѣ нежелательныя осложненія и даже злоупотребленія. Нельзя не предвидѣть, что возраженіе о безвозмездности станетъ излюбленнымъ орудіемъ лицъ, дѣйствительно или мнимо потерпѣвшихъ отъ безповоротности вотчинныхъ правъ, и что споры о фиктивности сдѣлокъ, заключенныхъ между пріобрѣтателемъ и его контрагентомъ, могутъ стать повседневнымъ явленіемъ. Результатомъ же будетъ неувѣренность въ вотчинныхъ правахъ, и нерѣдко, вслѣдствіе внесенія соотвѣтствующихъ отмѣтокъ, получится на этой почвѣ фактическое закрытіе вотчинной книги [1]).

Правда, можно вполнѣ согласиться съ нашей редакціонной комиссіей въ томъ, что безповоротность по безвозмезднымъ сдѣлкамъ можетъ привести къ вопіющей несправедливости [2]). Но съ этимъ необходимо помириться, такъ

1) На эту опасность было указано BGB. Mot. III, S. 212 flg., Prot. III, S. 82 flg. Наша редакціонная комиссія сочла это неосновательнымъ — Объясненія 1893 г. I, стр. 78, 1896 г. I, стр. 90 — такъ какъ внесеніемъ отмѣтки лишь „по опредѣленію суда объ обезпеченіи иска“ „вполнѣ устраняется возможность внесенія въ книгу явно неосновательныхъ и недобросовѣстныхъ заявленій о безмездности пріобрѣтенія“. Но рѣчь идетъ, очевидно, не о „явно неосновательныхъ и недобросовѣстныхъ“ спорахъ.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 76 сл., 1896 г. I, стр. 88 сл., Ж. О. К., стр. 43.

какъ польза, которую можетъ принести въ отдѣльныхъ случаяхъ отмѣна безповоротности, далеко перевѣшивается вредомъ для всего вотчиннаго оборота, котораго приходится ждать отъ нея [1]).

Еще бо̀льшія сомнѣнія вызываетъ третье условіе безповоротности, выставленное проектомъ ВУ., условіе, по которому безповоротность не наступаетъ, „если право кого либо изъ предшественниковъ пріобрѣтателя установлено посредствомъ подлога или принужденія и если притомъ, до истеченія двухъ лѣтъ со дня внесенія сего права въ вотчинную книгу, будетъ внесена отмѣтка въ обезпеченіе иска о признаніи права недѣйствительнымъ“.

Не многія постановленія проекта возбудили столько спора, какъ именно это, являющееся, впрочемъ, вполнѣ самостоятельнымъ произведеніемъ редакціонной комиссіи [2]). Интересно притомъ то, что оно было выставлено комиссіей въ проектѣ 1893 г. Подъ вліяніемъ же критики [3]), оно было исключено изъ текста редакціи 1896 г., при чемъ изъ „Объясненій къ главнымъ основаніямъ проекта ВУ.“ были вычеркнуты доводы въ пользу его [4]). А въ Объясненіяхъ къ ст. 15—18 были помѣщены особое мнѣніе одного члена комиссіи въ пользу сохраненія этого правила и мнѣніе большинства комиссіи, опровергающее доводы перваго [5]). Однако, особая комиссія возстановила рѣшеніе комиссіи 1893 г. [6]), и, съ одобренія министра юстиціи [7]), спорное постановленіе все-таки вошло въ проектъ 1907 г. [8]).

1) Противъ условія возмездности высказались также Вербловскій, Новѣйшій проектъ ВУ., Сборн. Правовѣд. 1895, 4, стр. 211 сл. и Св. Зам., № 106.

2) Автору, по крайней мѣрѣ, не удалось найти въ иностранныхъ законодательствахъ праобразъ этого постановленія.

3) Св. Зам., № 101.

4) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 84 сл. съ Объясненіями 1896 г. I, стр. 39.

5) Объясненія 1896 г. I, стр. 155 сл. и 161 сл.

6) Ж. О. К., стр. 86 сл.

7) Записка, стр. 28.

8) Единственнымъ въ литературѣ защитникомъ этого постановленія является Городыскій, Замѣчанія на проектъ ВУ., Журн. Юрид. Общ.

По этому поводу можно только присоединиться къ высказаннымъ уже прежде возраженіямъ. Ст. 18 п. 3 фактически приведетъ къ тому, что ни одно вотчинное право не будетъ считаться безповоротно пріобрѣтеннымъ до истеченія двухъ лѣтъ съ момента пріобрѣтенія. Это, въ интересахъ вотчиннаго оборота, въ высшей степени нежелательно. Если, съ точки зрѣнія народнаго хозяйства, и не считать ускоренія оборота недвижимостей само по себѣ чѣмъ то желательнымъ, то всетаки подобное замедленіе нерѣдко явится вреднымъ и даже разорительнымъ для управомоченнаго лица [1]).

Кромѣ того, фактически созданная такимъ путемъ общая отсрочка безповоротности на два года не можетъ не отозваться и на общемъ положеніи землевладѣнія, а въ частности, на поземельномъ кредитѣ. По другому поводу, нежелательность такой отсрочки была признана составителями проекта, но для проведенія этого взгляда не хватило у комиссіи послѣдовательности [2]).

1895, 9, стр. 51 сл., Замѣчанія на проектъ ВУ., Ж. М. Ю. 1902, 9, стр. 229 сл. Вторая статья разсматриваетъ, впрочемъ, проектъ ГУ., въ которомъ спорной статьи нѣтъ — ср. ст. 747. — По этому поводу слѣдуетъ вспомнить, что г. Городыскій является вообще, какъ было упомянуто выше, противникомъ принципа безповоротности, чѣмъ и объясняется его отношеніе къ ст. 18, 3, столь замѣтно ослабляющей значеніе этого принципа. Среди приверженцевъ этого принципа, напротивъ, рѣшеніе особой комиссіи защитниковъ не нашло, да и едва ли могло ихъ найти.

1) Стоитъ представить себѣ положеніе пріобрѣтателя недвижимости, который въ теченіе первыхъ двухъ лѣтъ послѣ пріобрѣтенія недвижимости, т. е., именно, въ экономически наиболѣе трудные годы, фактически отрѣзанъ отъ кредита или можетъ пользоваться имъ только на невыгодныхъ условіяхъ. Въ аналогичномъ положеніи будутъ находиться ипотечные кредиторы, желающіе реализовать залоговой актъ. Послѣднее можетъ отразиться особенно нежелательными послѣдствіями при наслѣдственныхъ раздѣлахъ. Указаніе же Ж. О. К., стр. 94 на вліяніе личнаго довѣрія къ „солидному продавцу или залогодателю“ является весьма слабымъ утѣшеніемъ, тѣмъ болѣе, что оно не имѣетъ никакого значенія при сдѣлкахъ не съ частными лицами, а съ кредитными установленіями, которыя будутъ вынуждены формально считаться со ст. 18,3.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 81 сл., Ж. О. К., стр. 91 сл., Записка, стр. 33 сл. Объ отсрочкѣ безповоротности въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ см. тамъ же, и кромѣ того, въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 165 сл. и Ж. О. К., стр. 84.

Нельзя, далѣе, не прибавить, что противъ ст. 18, 3 говорятъ не только подобныя практическія соображенія. Такой же вѣсъ долженъ быть признанъ и за принципіальными аргументами. Дѣло въ томъ, что, по всему смыслу вотчинной системы, пороки права правопредшественника не должны и не могутъ оказывать вліянія на право дальнѣйшаго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Въ интересахъ оборота защищается то довѣріе, которое питалъ послѣдній къ показаніямъ книги. Въ интересахъ же оборота не признается значенія за недобросовѣстностью правопредшественника [1]). Отчего же, при такихъ условіяхъ, дѣлается исключеніе изъ общаго принципа, если право одного изъ правопредшественниковъ пріобрѣтено путемъ преступленія? Добрая вѣра пріобрѣтателя отъ этого вѣдь не измѣняется, не измѣняются и интересы оборота.

Въ матеріалахъ [2]) принятое рѣшеніе мотивируется утвержденіемъ, что „сколь бы рѣдко ни встрѣчалось пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ посредствомъ преступленія, — оно столь возмущаетъ чувство справедливости, что даже единичные случаи безповоротнаго нарушенія, такимъ способомъ, чьихъ либо законныхъ правъ могли бы, на первыхъ порахъ, подорвать довѣріе общества къ ипотечной системѣ“.

Подобный подрывъ довѣрія былъ бы, разумѣется, обстоятельствомъ и прискорбнымъ, и весьма важнымъ. Но не слѣдуетъ ли опасаться его наступленія въ той же мѣрѣ въ случаѣ объявленія недѣйствительными правъ, добросовѣстно пріобрѣтенныхъ, въ виду преступленія одного изъ правопредшественниковъ? Кажется, что реакція потерпѣвшаго будетъ одинаково сильна въ обоихъ случаяхъ. А такъ какъ этого

1) Это особо подчеркивается въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 75, 1896 г. I, стр. 87.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 84 сл., Ж. О. К., стр. 87 сл.

не могли не сознавать члены особой комиссіи, то приходится предполагать, что рѣшающую роль сыграло не стремленіе обезпечить довѣріе къ книгѣ, а, напротивъ, чисто субъективное отношеніе къ данному вопросу членовъ комиссіи, выразившееся въ утвержденіи, что „пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ путемъ преступленія ... возмущаетъ чувство справедливости“. Между тѣмъ, такое отношеніе, хотя оно само по себѣ и вполнѣ понятно, всетаки недостаточно обосновано.

Въ самомъ дѣлѣ, со сколько нибудь объективной точки зрѣнія совершенно безразлично, лишается ли управомоченный своего права вслѣдствіе подлога или принужденія съ одной стороны, или вслѣдствіе небрежности чиновъ вотчиннаго установленія, обмана или какого либо другого неблаговиднаго дѣйствія правопредшественника пріобрѣтателя, съ другой. И даже субъективное чувство справедливости, считающееся только съ дѣйствіемъ нормы на право отдѣльныхъ индивидуумовъ и упускающее изъ вида общественную функцію той же нормы, должно отнестись къ случаямъ обѣихъ категоріи равно отрицательно, хотя чисто эмоціональное „возмущеніе“ и будетъ, пожалуй, живѣе въ случаяхъ перваго рода. Но это возмущеніе является чѣмъ то совершенно ирраціональнымъ и не должно, поэтому, руководить законодателемъ. Слѣдовательно, остается одно изъ двухъ: или совершенно отмѣнить безповоротность, чѣмъ была бы разрушена основа вотчинной системы, или же признать безповоротность во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, лишь только самъ пріобрѣтатель дѣйствовалъ добросовѣстно.

Кажется, ясно, что рѣшеніе можетъ быть только одно. Если ВУ. дѣйствительно желаетъ создать вотчинную систему, то необходимо отказаться отъ п. 3 ст. 18, нелогичнаго самого по себѣ и основаннаго на чисто субъективныхъ соображеніяхъ, рѣзко противорѣчащихъ основной мысли всей системы.

§ 22. Положеніе распорядившагося.

Итакъ, право третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя пользуется безповоротностью. Однако, интересы оборота требуютъ только защиты публичной вѣры вотчинной книги и, вслѣдствіе этого, сохраненія пріобрѣтеннаго по книгѣ вотчиннаго права. Но они никоимъ образомъ не требуютъ, чтобы оставалось въ силѣ происшедшее безъ матеріально-правового основанія перемѣщеніе экономическихъ благъ. Слѣдовательно, нѣтъ никакого основанія не признавать права на вознагражденіе за лицомъ, потерпѣвшимъ вслѣдствіе покрытія публичною вѣрой книги неправильности ея содержанія. Другими словами, вотчинная система нисколько не устраняетъ примѣненія нормъ о возмѣщеніи убытковъ и о неосновательномъ обогащеніи.

Это положеніе усвоено и новѣйшими кодексами. Какъ BGB., такъ и ZGB. признаютъ за потерпѣвшимъ право требовать возмѣщенія убытковъ, если распорядившійся дѣйствовалъ виновно, между тѣмъ какъ за отсутствіемъ вины можетъ быть потребована лишь выдача обогащенія. На ряду съ этимъ, германское уложеніе даетъ, въ случаѣ безмездности распоряженія, потерпѣвшему искъ объ обогащеніи также и противъ пріобрѣтателя. Кромѣ того, оба уложенія признаютъ за нимъ и право на искъ противъ государства, если имѣлась на лицо вина чиновъ вотчиннаго установленія [1]).

1) BGB. 816, 822, 823, GBO. 12 (Dernburg, Sachenrecht, S. 163 flg. указываетъ, что путемъ признанія иска объ обогащеніи противъ пріобрѣтателя въ сущности возстановляется извѣстное прусскому праву различіе между возмезднымъ и безмезднымъ пріобрѣтеніемъ. Дѣйствительно, изъ Prot. III, S. 82 flg. можно усмотрѣть, что признаніе этого иска послѣдовало въ непосредственной связи съ отклоненіемъ предложенія установить безповоротность только въ пользу возмездно пріобрѣтенныхъ правъ. Однако, видѣть въ этомъ, подобно Дернбургу, половинчатость едва ли возможно. Съ точки зрѣнія вотчиннаго права нѣтъ различія между двумя родами сдѣлокъ, и въ этомъ заключается суть вопроса. Что же касается обязательственныхъ притязаній потерпѣвшаго, то тутъ формально-правовыя соображенія уже лишены значенія, и имѣется полная возможность

Кажется, что съ такой нормировкой вопроса можно только согласиться. Нашъ проектъ сталъ, однако, на другую точку зрѣнія и притомъ на такую, которая противорѣчитъ принципамъ современнаго гражданскаго права, а въ частности, дѣйствующаго русскаго права, а также предположеніямъ проекта ГУ. Какъ извѣстно, всѣ они возлагаютъ на лицо, причинившее ущербъ, обязанность возмѣщенія его лишь при наличности съ его стороны вины [1]). Между тѣмъ, нашъ проектъ, въ ст. 19 предполагаетъ возложить эту обязанность на лицо, распорядившееся правомъ, которое неправильно значилось за нимъ по книгѣ, внѣ всякой зависимости отъ момента вины. По крайней мѣрѣ, этотъ моментъ въ текстѣ указанной статьи не упоминается [2]).

Такое отступленіе отъ общаго принципа едва ли достаточно обосновано. Возмѣщеніе полнаго ущерба будетъ справедливо лишь тогда, когда распорядившійся дѣйствовалъ виновно. Въ противномъ случаѣ кажется гораздо болѣе справедливымъ возложить на него лишь выдачу полученнаго обогащенія такъ же, какъ то дѣлаютъ западные кодексы. Притомъ, необходимо имѣть въ виду, что этотъ вопросъ имѣетъ значеніе далеко не только теоретическое. Напротивъ, распоряженіе чужимъ вотчиннымъ правомъ вполнѣ

считаться съ матеріальной подкладкой совершившагося перемѣщенія экономическихъ благъ). ZGB. особыхъ постановленій по этому вопросу не даетъ, кромѣ ZGB. 955 объ отвѣтственности государства. Слѣдовательно, вступаютъ въ силу O.-R. 41 flg., 62 flg. Искъ противъ пріобрѣтателя швейцарскимъ правомъ не признается — ср. Ostertag, Sachenrecht ad 973, P. 25, Wieland, Sachenrecht ad 974, P. 13, ad 975, P. 13, Tuor, Das neue Recht, S. 353 flg., bes. S. 356.

1) Съ точки зрѣнія настоящаго изслѣдованія интересъ представляетъ лишь этотъ основной принципъ, между тѣмъ какъ уклоненія отъ него могутъ быть оставлены въ сторонѣ.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 71, 1896 г. I, стр. 85. Тутъ имѣется оговорка, что размѣръ вознагражденія опредѣляется общими гражданскими законами. Однако, примѣненіе этой мысли чрезвычайно затрудняется, если даже не дѣлается невозможнымъ формулировкой текста статьи.

мыслимо безъ всякой виновности. Стоитъ представить себѣ несомнѣнно возможный на практикѣ случай, что право было записано за кѣмъ либо даже безъ его вѣдома и что наслѣдникъ его распорядился этимъ правомъ. Ясно, что возложеніе на послѣдняго обязанности возмѣщенія ущерба противорѣчило бы не только безспорно признаннымъ общимъ принципамъ, но и чувству справедливости [1]).

Въ виду этого слѣдуетъ высказать пожеланіе, чтобы проектъ остался вѣренъ общимъ принципамъ и установилъ, какъ общее правило, обязанность выдачи обогащенія, а обязанность возмѣщенія ущерба поставилъ въ зависимость отъ наличности вины. Если притомъ въ окончательной редакціи проекта безповоротность будетъ признана также и по отношенію къ безмоздпымъ сдѣлкамъ, то было бы, очевидно, наиболѣе правильнымъ послѣдовать въ этомъ отношеніи примѣру BGB. и признать за потерпѣвшимъ право на предъявленіе иска и къ добросовѣстному пріобрѣтателю [2]). Наконецъ, нельзя не указать и по этому поводу на желательность признанія непосредственной отвѣтственности государства за вину чиновъ вотчиннаго установленія [3]).

1) Даже излишне привлекать въ подкрѣпленіе этой аргументаціи тотъ фактъ, что въ подобныхъ случаяхъ матеріально управомоченный обыкновенно допустилъ небрежность, не озаботившись своевременно объ исправленіи книги.

2) Благодаря этому отпалъ бы и безъ того не особенно убѣдительный аргументъ, выставляемый редакціонной комиссіей въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 80, 1896 г. I, стр. 92 и сводящійся къ тому, что, въ случаѣ признанія безповоротности также и по отношенію къ безмездно пріобрѣтеннымъ правамъ, положеніе потерпѣвшаго при взысканіи убытковъ будетъ хуже, чѣмъ при возмездномъ пріобрѣтеніи, такъ какъ при послѣднемъ въ рукахъ распорядившагося будетъ находиться эквивалентъ. При введеніи предложенной въ текстѣ поправки, отвѣтчикомъ являлся бы, именно, собственникъ или, вообще, обладатель вотчиннаго права.

3) Это вопросъ немалой теоретической и практической важности, который, къ сожалѣнію, урегулированъ въ нашемъ проектѣ совершенно неудовлетворительно. Проектъ УВУ. предоставляетъ, въ ст. 26—29, частнымъ лицамъ искать за убытки, понесенные вслѣдствіе вины чиновъ вотчиннаго установленія, на основаніи У. Гр. С. 1331 сл., при чемъ потерпѣвшій не имѣетъ, въ случаѣ неоплатности чиновника,

Въ заключеніе необходимо поставить еще вопросъ, чѣмъ, съ конструктивной точки зрѣнія, объясняется пріобрѣтеніе вотчиннаго права добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ отъ лица,

возможности привлечь, хотя бы дополнительно, государство. На неудовлетворительность такого порядка было обращено вниманіе уже двумя членами редакціонной коммисіи (См. Объясненія къ проекту УВУ. 1896 г., стр. 40 сл.). Затѣмъ, въ томъ же смыслѣ высказались министръ финансовъ въ своемъ отзывѣ (стр. 8 сл.) и А. И. Лыкошинъ, участвовавшій въ работахъ редакціонной комиссіи и завѣдывавшій впослѣдствіи дѣлопроизводствомъ особой комиссіи, на страницахъ Вѣстника Права 1901, I, стр. 58 сл., въ статьѣ „Германское положеніе о вотчинныхъ книгахъ". Тотъ же вопросъ былъ, затѣмъ, снова поднятъ въ особой комисіи (Ж. О. К., стр., 597 сл., 601 сл.). Но даже скромное предложеніе установить дополнительную отвѣтственность государства было рѣшительно отклонено. При этомъ было указано, съ одной стороны, на то, что правила о вотчинномъ дѣлопроизводствѣ представляютъ достаточную гарантію, такъ что отвѣтственность государства не имѣла бы практическаго значенія. Съ другой стороны, утверждали, что столь важный принципъ, какъ отвѣтственность государства за виновныя дѣянія чиновниковъ, не можетъ быть признанъ по частному случаю и какъ бы мимоходомъ.

Между тѣмъ, даже излишне говорить, что эти аргументы не убѣдительны. Ошибки при вотчинномъ дѣлопроизводствѣ вполнѣ возможны, несмотря на всѣ гарантіи. Возможны и дѣйствія, вызванныя злою волей чиновъ. И если они будутъ встрѣчаться рѣдко, то и это мало утѣшительно для лица, всетаки пострадавшаго отъ нихъ. Что же касается введенія новаго принципа, то, очевидно, неудовлетворительная постановка какого либо вопроса въ общемъ не можетъ быть препятствіемъ для частичной его реформы. Иначе можно было бы откладывать, опираясь на этотъ же аргументъ, вообще всѣ реформы во всѣхъ областяхъ жизни на неопредѣленное время. Къ тому же, можно указать на примѣръ Германіи. Она признаетъ, въ общемъ, также отвѣтственность лишь провинившагося чина. Но для вотчинныхъ дѣлъ она дѣлаетъ изъятіе и признаетъ не только субсидіарную, но даже непосредственную отвѣтственность государства (GBO. 12, ср. BGB. 839. Ср. весьма интересные дебаты рейхстага по поводу BGB. 839 — Stenogr. Berichte, Sonderausgabe, S. 431 flg.). Такую же отвѣтственность признаетъ и швейцарское уложеніе, при чемъ особо оговаривается право государства искать, со своей стороны, съ чиновника (ZGB. 955, ср. O.-R. 50 flg., 64). Такъ, именно, слѣдовало бы поставить дѣло и у насъ. Этого требуетъ интересъ вотчиннаго оборота, который значительно выиграетъ, если пострадавшій не будетъ вынужденъ вести сначала, какъ то предлагалось даже меньшинствомъ редакціонной комиссіи, въ большинствѣ случаевъ, безполезный процессъ противъ неимущаго чиновника, чтобы лишь впослѣдствіи получить возможность искать съ успѣхомъ съ государства — не говоря уже о положеніи, ко-

за которымъ, по выраженію проекта, данное право неправильно значилось по вотчинной книги.

Если не прибѣгать къ простому указанію на положительную норму, что было бы однозначаще съ отказомъ отъ научной конструкціи, или къ ничего не объясняющему утвержденію, что здѣсь имѣется на лицо законная фикція [1]), то остаются двѣ возможности. Можно, во-первыхъ, выставить конструкцію [2]),

торое создается благодаря постановленіямъ проекта, ибо вытекающая изъ такого порядка потеря времени будетъ имѣть весьма часто большое значеніе для всего экономическаго положенія пострадавшаго. По той же причинѣ нельзя требовать и того, чтобы искъ былъ предъявленъ первоначально къ лицу, обогатившемуся благодаря винѣ чиновника, какъ то предлагаетъ ст. 28 проекта УВУ. Напротивъ, государство должно нести отвѣтственность во всякомъ случаѣ, при чемъ оно сохраняетъ, разумѣется, право регресса и къ обогатившемуся, и къ чиновнику.

Такая нормировка отвѣтственности государства являлась бы необходимымъ дополненіемъ благоразумной регулировки вотчиннаго оборота. И если эта отвѣтственность получитъ практическое значеніе лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ — какъ то предполагали составители проекта — то это будетъ тѣмъ лучше и для фиска, и для вотчиннаго оборота. Но это является скорѣе аргументовъ за, чѣмъ противъ установленія такой отвѣтственноети.

Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить еще указаніе на то, что г. Лыкошинъ высказываетъ, въ ук. ст., стр. 59, предположеніе, что отвѣтственность государства была отклонена въ виду опасенія ущерба для казны. Между тѣмъ, это опасеніе не высказывается открыто ни въ Объясненіяхъ редакціонной коммисіи, ни въ Журналѣ Особой Комиссіи. Тѣмъ не менѣе, въ правильности подобнаго предположенія трудно сомнѣваться. Остается лишь надежда, что при окончательномъ обсужденіи проекта законодательныя палаты проявятъ менѣе узкое пониманіе интересовъ казны. Въ крайнемъ случаѣ, можно было бы, впрочемъ, прибѣгнуть къ средству, на которое указывало уже меньшинство редакціонной комиссіи, т. е. къ учрежденію особаго страхового фонда въ пользу потерпѣвшихъ—ср. Объясненія къ проекту УВУ. 1896 г., стр. 42. (Эта мысль заимствована, повидимому, изъ Акта Торренса, ст. 126 сл. Согласно ему, въ первую голову отвѣчаетъ лицо обогатившееся, а въ случаѣ его смерти, отсутствія или неоплатности, отвѣчаетъ особый страховой фондъ. Генеральный регистраторъ, напротивъ, по ст. 137, отвѣчаетъ лично только въ случаѣ злой воли. Ср. также Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 423).

1) Ср. Maenner, Sachenrecht, S. 42, Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 254.

2) Regelsberger, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jherings Jahrb. 47, S. 354 flg., Romeick, Zur Technik des BGB. III, S. 10 flg., 19 flg. passim и др.

согласно которой признается наличность первоначальнаго пріобрѣтенія на основаніи доброй вѣры пріобрѣтателя. Однако, здѣсь имѣется, безспорно, пріобрѣтеніе [1]), которое, если основывается и не на правѣ распорядившагося, каковое или вовсе не существуетъ или существуетъ въ иномъ объемѣ, то все же основывается на его волѣ и на его распоряженіи. Къ тому же пороки сдѣлки, заключенной между распоряжающимся и пріобрѣтателемъ, препятствуютъ пріобрѣтенію, несмотря на добрую вѣру послѣдняго.

Въ виду этого, остается только присоединиться къ другой конструкціи, которая и признается господствующимъ въ литературѣ мнѣніемъ [2]). Она заключается въ томъ, что пріобрѣтеніе происходитъ на основаніи легитимаціи къ распоряженію, которая признается объективнымъ правомъ за лицомъ, внесеннымъ въ вотчинную книгу, хотя бы данное право и не принадлежало ему и которая есть ничто иное, какъ проявленіе достовѣрности вотчинной книги по отношенію къ распорядившемуся. Слѣдуетъ, однако, прибавить, что эта легитимація дѣйствуетъ исключительно въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя [3]).

1) Разсматривать сложный и спорный вопросъ объ отличительныхъ признакахъ первоначальнаго и производнаго пріобрѣтенія нѣтъ въ настоящемъ мѣстѣ ни возможности, ни необходимости. Ср., однако, Gierke, Privatrecht I, S. 279.

2) Ср. Gierke, Privatrecht I, S. 279, II, S. 331, Wolff, Sachenrecht, S. 127 flg., Crome, System I, S. 313 flg., Hellwig, Rechtskraft, S. 96 flg., Hellmann, Vorträge über das BGB., S. 51 flg. и др.

3) Это ограниченіе обыкновенно не подчеркивается достаточно приверженцами господствующей теоріи, изъ чего, главнымъ образомъ, и черпаютъ свои доводы ея противники. Ср., въ частности, Regelsberger, l. c., S. 363: „. . . . dass der angeblichen Rechtsmacht eine grosse innere Schwäche anhaftet. Sie versagt gegenüber einem nichtgutgläubigen Erwerber. Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor dem schlechten Glauben einer andern Person zerfliesst, wie Butter an der Sonne?“ Между тѣмъ, нѣтъ никакой причины не ограничивать принципіально легитимаціи распоряжающагося условіемъ доброй совѣсти контрагента. Слѣдуетъ, впрочемъ, прибавить, что тотъ же принципъ легитимаціи неуправомоченнаго проявляется въ современномъ правѣ еще въ рядѣ другихъ случаевъ, на что и указывается названными представителями господствующаго мнѣнія. Аналогичные случаи въ римскомъ правѣ приводятся Гельвигомъ, l. c., S. 98, Anm. 12.

Такъ обстоитъ этотъ вопросъ по отношенію къ современному вотчинному праву вообще. Что же касается нашего проекта ВУ., то не видно причинъ, по какимъ указанная конструкція могла бы не подходить къ нему. Можно даже прибавить, что теорія первоначальнаго пріобрѣтенія примѣнима къ нему еще менѣе, чѣмъ къ германскому уложенію, въ виду постановленій п. 1 и 3 ст. 18, ставящихъ пріобрѣтеніе въ еще болѣе тѣсную связь съ распоряженіемъ внесеннаго въ книгу лица, чѣмъ то дѣлаютъ иностранные кодексы.

2. Обезпеченіе матеріальнаго права.

(Система отмѣтокъ).

§ 23. Понятіе отмѣтки.

Публичная вѣра вотчинной книги, несмотря на безспорныя ея достоинства, заключаетъ, однако, въ себѣ также и серьезныя опасности. При всѣхъ матеріальныхъ и формальныхъ гарантіяхъ, устанавливаемыхъ для достиженія правильности книги, разладъ между нею и матеріальнымъ правомъ все же остается, до извѣстной степени, возможнымъ. Послѣдствіемъ такого разлада можетъ быть, именно благодаря публичной вѣрѣ вотчинной книги, причиненіе ущерба управомоченному лицу, право котораго или вовсе не было внесено или было внесено неправильно, а также лицу, противъ котораго неправильно было внесено право.

Эта опасность и сознается всѣми вотчинными законодательствами. Всѣми принимаются противъ нея болѣе или менѣе энергичныя мѣры, при чемъ интенсивность послѣднихъ должна, очевидно, находиться въ зависимости отъ нѣкоторыхъ общихъ тенденцій даннаго законодательства, въ частности — отъ степени формализаціи вотчиннаго права.

Большую въ этомъ отношеніи роль играетъ, прежде

всего, вопросъ о силѣ внесенія: система формальной силы записей даетъ наибольшій перевѣсъ формальному праву надъ матеріальнымъ, система каузальнаго договора наименьшій, между тѣмъ какъ система абстрактнаго вещнаго договора занимаетъ среднее положеніе.

Однако, на ряду съ этимъ, существуетъ и должна существовать еще вторая система мѣръ къ охранѣ матеріальнаго права. Законодательство не можетъ ограничиться принятіемъ мѣръ къ достиженію первоначальной правильности записей. Оно должно считаться и съ возможностью безуспѣшности этихъ мѣръ въ отдѣльномъ случаѣ, т. е. съ послѣдующимъ обнаруженіемъ неправильности внесенія, а также съ возникающимъ впослѣдствіи разладомъ между книгой и матеріальнымъ правомъ. Имѣющейся же для носителя матеріальнаго права возможности требовать судебнымъ порядкомъ согласованія между книгой и правомъ мало — именно благодаря принципу публичной вѣры, могущему привести къ безповоротности содержанія книги.

Въ виду этого, всѣ современныя законодательства приняли систему такъ наз. отмѣтокъ, т. е. особыхъ статей, при помощи которыхъ преслѣдуется цѣль устранить или, по крайней мѣрѣ, уменьшить опасность публичной вѣры. Ими оглашается матеріальное правоположеніе въ противовѣсъ формальнымъ показаніямъ вотчинной книги. А благодаря этому, отпадаетъ добрая вѣра третьихъ лицъ, могущихъ пріобрѣсти спорныя права.

Задача отмѣтокъ заключается, такимъ образомъ, въ оглашеніи неправильности книги. Другими словами, отмѣтки должны свидѣтельствовать о существованіи невнесенныхъ и несуществованіи внесенныхъ вотчинныхъ правъ. Слѣдовательно, предположеніемъ внесенія отмѣтки является разладъ между книгой и матеріальнымъ вотчиннымъ правоположеніемъ, имѣющійся на лицо уже ко времени внесенія отмѣтки.

Однако, мыслимо и расширеніе области примѣненія института отмѣтки. Отмѣткою можетъ обезпечиваться не только вещное право на внесеніе записи, но также и обязательственное право на установленіе или прекращеніе или измѣненіе вотчиннаго права. Разлада между книгой и правомъ здѣсь нѣтъ. Но законодательство можетъ руководствоваться желаніемъ гарантировать противъ послѣдствій публичной вѣры книги не только возникшее уже вотчинное право, но также и обязательственное право, направленное на его установленіе [1]).

Въ этомъ заключается извѣстная непослѣдовательность. Вотчинныя книги существуютъ для внесенія только вотчинныхъ правъ. Въ нихъ, слѣдовательно, нѣтъ мѣста для правъ обязательственныхъ, хотя бы и направленныхъ на установленіе правъ вотчинныхъ. Но если, съ другой стороны, принять въ соображеніе, что въ пользу подобной непослѣдовательности говорятъ вѣскіе аргументы, то приходится допустить отступленіе отъ принципа въ этой области такъ же, какъ и въ другихъ областяхъ. А такіе аргументы безспорно имѣются: принципъ публичной вѣры даетъ должникамъ широкую возможность ускользнуть отъ исполненія обязательства, направленнаго на установленіе вотчиннаго права. Этотъ принципъ существуетъ, однако, въ интересахъ лишь добросовѣстнаго оборота и не долженъ содѣйствовать заключенію сомнительныхъ, съ этической точки зрѣнія, сдѣлокъ. Слѣдовательно, нельзя не поставить вопроса о возможности обезвредить именно въ этомъ отношеніи принципъ публичной вѣры. А такая возможность представляется при помощи отмѣтокъ. Въ виду этого и приходится допустить подобное отступленіе отъ принциповъ.

Однако, отмѣтки только что разсмотрѣннаго рода касаются обязательственныхъ правъ все же лишь настолько, на-

1) Здѣсь, какъ и далѣе всегда подразумѣвается также и обязательственное право, направленное на погашеніе или измѣненіе вотчиннаго права, но ради простоты изложенія не упоминается особо.

сколько содержаніемъ ихъ является установленіе вотчинныхъ правъ. Къ тому же, отмѣтками обезвреживается принципъ публичной вѣры. Въ виду этихъ двухъ обстоятельствъ имѣется, въ извѣстномъ смыслѣ, нѣкоторая идейная связь между вотчинной книгой и охраняемыми правами.

Но, на ряду съ этимъ, въ современномъ законодательствѣ встрѣчаются также отмѣтки въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ иного содержанія, въ частности — правъ по найму и арендѣ. Кромѣ того, дѣйствіе подобныхъ отмѣтокъ направлено не противъ принципа публичной вѣры. Онѣ преслѣдуютъ лишь цѣль, вовлечь въ обязательственную связь также и послѣдующихъ собственниковъ недвижимости. Здѣсь, слѣдовательно, той идейной связи между обезпечиваемымъ правомъ и непосредственными задачами вотчинной книги нѣтъ, и отступленіе отъ принципа оправдывается уже исключительно соображеніями цѣлесообразности. Можно указать развѣ еще на то, что обезпечиваемыя такимъ образомъ права сами по себѣ не отличаются или мало чѣмъ отличаются, съ экономической точки зрѣнія, отъ правъ вотчинныхъ и что конструкція ихъ какъ правъ вотчинныхъ или обязательственныхъ, со своей стороны, зависитъ не столько отъ принципіальныхъ соображеній, сколько отъ нѣкоторыхъ соціальныхъ и экономическихъ условій [1]). А при такомъ положеніи дѣлъ приведеніе ихъ въ связь съ вотчинной книгою не представляется уже столь рѣзкимъ отступленіемъ отъ основныхъ принциповъ вотчиннаго права, каковымъ оно можетъ показаться на первый взглядъ.

Въ современныхъ законодательствахъ встрѣчаются, такимъ образомъ, отмѣтки троякаго рода: во-первыхъ, въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ, во-вторыхъ, въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ, направленныхъ на установленіе вотчинныхъ правъ, и, наконецъ, въ-третьихъ, для приданія

1) Ср. ниже, § 39.

силы противъ третьихъ лицъ обязательственнымъ правамъ, имѣющимъ экономическое отношеніе къ недвижимости.

Наибольшія затрудненія, съ конструктивной точки зрѣнія, представляютъ при этомъ вторыя изъ нихъ. Однако, изъ большого числа предложенныхъ въ литературѣ конструкцій [1]), удовлетворительной является только одна, согласно которой отмѣтка создаетъ ограниченіе въ правѣ распоряженія собственника недвижимости, при чемъ сущность самаго обязательственнаго права остается неизмѣненной. Къ нему прибавляется лишь акцессорное вотчинное право, отвѣчающее возложенному на собственника ограниченію, т. е. отрицательное право власти надъ вещью. Само собой разумѣется, что положительное законодательство можетъ конструировать отмѣтку также и иначе. Но именно эта конструкція, съ одной стороны, лучше всего отвѣчаетъ существу дѣла и тѣмъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются при помощи отмѣтокъ этого рода, а съ другой, лишь она отвѣчаетъ постановленіямъ новѣйшихъ кодексовъ [2]).

Нѣсколько иначе приходится конструировать отмѣтки

1) См. объ этомъ, кромѣ курсовъ и коментаріевъ, Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 167 flg., Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, S. 111 flg., Othmer, Rechtliche Wirkung der Vormerkung, S. 7 flg. По главнѣйшимъ изъ этихъ теорій отмѣтка создаетъ условное вещное право (Fuchs, Grundbuchrecht I, ad BGB. 883, bes. S. 115) или obligatio in rem scripta (Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, S. 448 flg.) или jus ad rem (Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 21 flg., Privatrecht II, S. 336 flg. То же мнѣніе многими приписывается и Дернбургу, однако едва ли основательно — ср. Sachenrecht, S. 177 flg.). Въ русской литературѣ къ этой послѣдней конструкціи присоединился Ельяшевичъ, Очеркъ развитія формъ поземельнаго кредита, стр. 57 прим. — Подробное изложеніе теорій о природѣ отмѣтки имѣется въ русской литературѣ у Таля, Ипотечная отмѣтка, стр. 17 сл.

2) Ср. BGB. 883, ZGB. 959. Эту конструкцію приняли Wolff, Sachenrecht, S. 141 flg., Hellwig, Rechtskraft, S. 253 flg., Sekler, Lehre von der Vormerkung, S. 124 flg. и другіе. Очень близокъ къ ней Kober, Sachenrecht ad 883, S. 115. Ср. также Wieland, Sachenrecht ad 959, Ostertag Sachenrecht ad 959. Въ русской литературѣ къ этому воззрѣнію примыкаетъ Таль, Ипотечная отмѣтка, стр. 29 сл.

двухъ другихъ категорій. Отмѣтки въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ являются лишь техническимъ средствомъ къ оглашенію существующаго уже права въ виду того, что внесеніе его въ качествѣ записи въ данное время невозможно по тѣмъ или инымъ причинамъ. Но здѣсь нѣтъ ни измѣненія сущности самаго права, ни созданія новаго акцессорнаго права [1]). Что же касается отмѣтокъ третьей категоріи, то тутъ возможны двѣ конструкціи, въ зависимости отъ постановленій положительнаго законодательства. Возможно, во-первыхъ, что третій пріобрѣтатель недвижимости въ силу закона вступаетъ во всѣ права и обязанности своего правопредшественника по данному обязательству [2]). Но возможно также, что на него возлагается лишь обязанность терпѣть осуществленіе правъ по обязательству со стороны контрагента своего правопредшественника, при чемъ послѣдній остается стороной по обязательству. При первой конструкціи имѣется на лицо obligatio in rem scripta, между тѣмъ какъ второю создается такое же ограниченіе правъ собственника, какое имѣется при отмѣткахъ второй категоріи. Другими словами, согласно этой второй конструкціи возникаетъ на ряду съ правомъ обязательственнымъ особое акцессорное обезпечительное вотчинное право [3]).

Къ этому сводятся законодательныя возможности въ области охраны матеріальнаго права противъ опасностей, связанныхъ съ принципомъ публичной вѣры вотчинной книги. Положительными законодательствами онѣ осуществляются, однако, въ различной мѣрѣ. Что касается BGB., то первый

1) Этотъ взглядъ является безспорно господствующимъ въ литературѣ германскаго и швейцарскаго права, ср. Gierke, Privatrecht II, S. 341 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 175 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 132 flg., Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 307 flg., Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 91 flg., Wieland, Sachenrecht ad 961, Ostertag, Sachenrecht ad 961.

2) Ср. BGB. 571.

3) Эту конструкцію приняло ZGB. 959, ср. Wieland, Sachenrecht ad 959, P. 5, d, Ostertag, Sachenrecht ad 959, P. 11.

его проектъ, стремясь къ принципіальному пуризму, желалъ признавать только отмѣтки первой категоріи [1]). Напротивъ, второй проектъ, и само уложеніе признали также и вторую категорію, мотивируя это практическими потребностями, при чемъ, однако, между отмѣтками обѣихъ категорій была проведена строгая грань, и, въ частности, названіе отмѣтокъ было присвоено только второй категоріи, между тѣмъ какъ отмѣтки первой категоріи были названы возраженіями [2]).

ZGB. же признаетъ отмѣтки всѣхъ трехъ категорій, при чемъ оно, однако, не устанавливаетъ различія между второй и третьей категоріями, а проводитъ грань лишь между ними и отмѣтками первой категоріи. Въ виду этого и тутъ приходится дѣлать различіе между возраженіями и отмѣтками, придавая, вмѣстѣ съ тѣмъ, второму изъ этихъ терминовъ болѣе обширное значеніе, чѣмъ по BGB. [3]).

§ 24. Сущность отмѣтки по проекту.

Если поставить, затѣмъ, вопросъ, какъ же нормируется институтъ отмѣтки въ проектѣ ВУ., то необходимо признаться, что отвѣтъ на него представляетъ значительныя затрудненія. Дѣло въ томъ, что постановленія ВУ. въ этомъ отношеніи не согласованы между собой и что, судя по матеріаламъ, и сами комиссіи, работавшія надъ нормировкой этого института, не выяснили себѣ въ достаточной степени сущности и современнаго развитія института отмѣтокъ [4]). Въ частности

1) Entw. I, 844, ср. Mot. III, S. 237 flg.

2) Entw. II, 803, ср. Prot. III, S. 107 flg., 114 flg., BGB. 883.

3) ZGB. 959, 961.

4) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 108 сл., 1896 г. I, стр. 118 сл. Отмѣтки признаются здѣсь средствомъ „огласить, хотя бы и временно и условно, права и возраженія“, при чемъ о характерѣ ихъ не упоминается. А изъ даннаго тутъ же примѣрнаго перечня такихъ правъ и возраженій (1893 г. I, стр. 109, 1896 г. I, стр. 119) явствуетъ, что содержаніе ихъ комиссіей не принималось въ соображеніе. Далѣе (1893 г. I, стр. 111, 1896 г. I, стр. 121) уже прямо сказано, что „содержаніе отмѣтокъ можетъ быть вообще крайне разнообразно и перечислить въ самомъ законѣ

же получается впечатлѣніе, что редакціонная комиссія, при составленіи проекта 1893 г., предполагала слѣдовать примѣру перваго проекта германскаго уложенія, т. е. признать отмѣтку лишь въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ. Согласно тому, и были формулированы тѣ статьи проекта, которыя говорятъ объ отмѣткѣ ex professo. Затѣмъ, однако, при разработкѣ отдѣльныхъ постановленій, были допущены существенныя отступленія, сблизившія понятіе отмѣтки по ВУ. съ тѣмъ понятіемъ ея, которое было принято въ прусскомъ законодательствѣ [1]). Наконецъ, особая комиссія внесла сюда, уже изъ чисто практическихъ соображеній, нѣкоторыя дополненія, изъ которыхъ одно уже никоимъ образомъ не можетъ быть согласовано съ современнымъ характеромъ этого института.

На вопросъ о томъ, какія права могутъ быть обезпечиваемы отмѣтками, получается, повидимому, вполнѣ опредѣленный отвѣтъ изъ ст. 5: „Въ вотчинную книгу вносятся статьи двухъ родовъ: записи и отмѣтки. Права на недвижимыя имѣнія записываются и статьи объ этихъ правахъ погашаются посредствомъ записей. Обезпеченіе правъ или охраненіе возраженій противъ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ производится посредствомъ отмѣтокъ“.

Какъ видно, статья эта устанавливаетъ, съ одной стороны,

всѣ случаи, когда допускается внесеніе отмѣтокъ, рѣшительно невозможно“. Тутъ же приводятся, однако, въ видѣ примѣровъ, только отмѣтки въ смыслѣ возраженій германскаго уложенія. Но этотъ перечень, по мысли самой комиссіи, не долженъ являться исчерпывающимъ, а неоднократное упоминаніе объ обезпеченіи отмѣтками личныхъ взысканій доказываетъ всю неопредѣленность позиціи, занятой комиссіей. Характерно въ этомъ отношеніи также и то, что комиссія не дѣлаетъ попытки конструировать отмѣтку. Имѣются лишь нѣкоторые, къ тому же, довольно слабые намеки на то, что она была склонна признавать обезпеченное отмѣткой право условнымъ вещнымъ правомъ — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 109, 284, 1896 г. I, стр. 119, 302. Но вѣроятнѣе всего, что вопросъ о конструкціи въ комиссіи вовсе не былъ поставленъ.

1) Cp. Dernburg und Hinrichs, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 345 flg., Dernburg, Preuss. Privatrecht I, S. 789 flg.

понятіе записей, а съ другой — понятіе отмѣтокъ, и не дѣлаетъ между ними никакого различія, насколько дѣло касается характера вносимыхъ правъ. При этомъ, вторая фраза статьи, относящаяся къ записямъ, говоритъ прямо о „правахъ на недвижимыя имѣнія“. Третья же фраза, относящаяся къ отмѣткамъ, стоитъ въ тѣсной съ нею связи и не содержитъ никакой оговорки. Слѣдовательно, необходимо предполагать, что и тѣ права и возраженія, которыя обезпечиваются посредствомъ отмѣтокъ, должны имѣть вотчинный характеръ.

Такое толкованіе находитъ поддержку также и въ ст. 13. Она говоритъ „объ обезпеченіи права собственности“ и „объ обезпеченіи права залога или иного вотчиннаго права“. Если не вносить сюда произвольно чуждыхъ проекту мыслей, то нельзя относить этого къ обязательственнымъ правамъ, хотя бы и направленнымъ на перенесеніе права собственности или другихъ вотчинныхъ правъ. Напротивъ, приходится установить, что проектъ считается и въ этой статьѣ исключительно съ существующими уже вотчинными правами.

Слѣдовательно, въ результатѣ получается, что проектъ, въ двухъ статьяхъ, говорящихъ ex professo объ отмѣткѣ, послѣдовалъ примѣру перваго проекта BGB. и признаетъ отмѣтки исключительно въ смыслѣ возраженій.

Но, если прослѣдить, затѣмъ, статьи проекта, посвященныя отдѣльнымъ видамъ отмѣтки, то необходимо притти къ совершенно инымъ выводамъ. Оказывается, что отмѣтки вносятся далеко не только въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ, но также и въ обезпеченіе ряда правъ и притязаній совершенно различнаго характера.

Изъ особо упоминаемыхъ проектомъ отмѣтокъ строго вотчинный характеръ имѣютъ предусмотрѣнныя въ ст. 110 и 111. Первою изъ нихъ обезпечивается право на погашеніе прекратившейся ипотеки, второю же — право на возстановленіе неправильно погашенной статьи объ ипотекѣ.

То же самое можно сказать объ отмѣткѣ, предусмотрѣн-

ной въ ст. 177, такъ какъ ею обезпечивается право собственности отвѣтчика, отъ котораго отсуждена недвижимость.

Сюда же, за однимъ лишь исключеніемъ, относятся и отмѣтки, предусмотрѣнныя въ ст. 146 и 148. Ими обезпечивается, то по иниціативѣ вотчиннаго установленія, то по просьбѣ заинтересованнаго лица, существующее уже вотчинное право. А упомянутое отступленіе отъ принципа заключается въ томъ, что не сдѣлано исключенія для завѣщательнаго залога: согласно ст. 148 онъ можетъ быть отмѣченъ въ книгѣ такъ же, какъ всякое вотчинное право. Между тѣмъ, залоговое право, въ противоположность прочимъ вотчиннымъ правамъ, возникаетъ исключительно на основаніи внесенія [1]). До момента внесенія существуетъ, слѣдовательно, лишь право на внесеніе. Если же, тѣмъ не менѣе, допускается внесеніе отмѣтки, то ею обезпечивается, очевидно, не вотчинное право, а именно, право на внесеніе, которое никоимъ образомъ не можетъ быть признано правомъ вотчиннымъ въ недвижимости [2]), являясь лишь правомъ обязательственнымъ.

Такое же обязательственное право на внесеніе залога принудительнаго или завѣщательнаго обезпечивается также и отмѣткой, предусмотрѣнной въ ст. 200.

Все это, кажется, безспорно. Менѣе ясны постановленія ст. 149—152, допускающія внесеніе отмѣтки, во-первыхъ, на основаніи исполнительнаго листа по вошедшему въ законную силу рѣшенію, если повѣстка объ исполненіи еще не вручена отвѣтчику, во-вторыхъ, въ виду подачи просьбы объ отмѣнѣ вступившаго въ законную силу рѣшенія, въ-

1) ВУ. 47. Ср. ниже, т. II, § 56.

2) Это съ необходимостью вытекаетъ, съ одной стороны, изъ указаннаго уже въ текстѣ факта, что залоговое право возникаетъ исключительно благодаря внесенію, а съ другой — изъ того, что право на внесеніе, покоящееся на волѣ наслѣдодателя, не можетъ считаться, при господствѣ принципа numerus clausus, особымъ вотчиннымъ правомъ.

третьихъ, на основаніи подлежащаго апелляціи рѣшенія и, въ-четвертыхъ, на основаніи опредѣленія суда объ обезпеченіи иска недвижимымъ имѣніемъ отвѣтчика.

Тутъ слѣдуетъ, очевидно, различать двѣ категоріи случаевъ. Если основаніемъ иска, приведшаго къ рѣшенію или опредѣленію суда, или основаніемъ просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія является право вотчинное или право обязательственное, направленное на установленіе или измѣненіе или погашеніе вотчиннаго права, то противъ внесенія отмѣтки возражать не приходится. Правда, получается нѣкоторое противорѣчіе провозглашенному проектомъ въ ст. 5 и 13 принципу. Но съ точки зрѣнія доктрины можно было бы согласиться съ постановленіями проекта и приходилось бы лишь требовать расширенія того опредѣленія, которое дается въ только что указанныхъ статьяхъ.

Однако, дѣло въ томъ, что проектъ не ограничиваетъ этимъ область примѣненія отмѣтокъ. Изъ ст. 149—152 явствуетъ, что она распространяется также и на обязательственныя права съ инымъ содержаніемъ, въ частности — на направленныя на уплату денежной суммы обязательства. И всякія сомнѣнія въ этомъ отпадаютъ, если принять во вниманіе еще ст. 55 проекта. При этомъ, надо, однако, замѣтить, что тутъ, какъ въ силу самой природы вопроса, такъ и по дословному смыслу постановленій проекта, отпадаютъ съ одной стороны, просьба объ отмѣнѣ рѣшенія, а съ другой — неокончательное рѣшеніе суда, не содержащее въ себѣ постановленія объ обезпеченіи иска. Изъ указанныхъ четырехъ основаній внесенія отмѣтки остаются, слѣдовательно, лишь два, а именно, исполнительный листъ, выданный по вошедшему въ законную силу рѣшенію, по которому, однако, повѣстка объ исполненіи не вручена, а также опредѣленіе суда объ обезпеченіи иска.

Если затѣмъ обратиться къ ст. 55 [1]), то становится

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 329 сл., 1896 г. I, стр. 336 сл.

яснымъ смыслъ этихъ статей. Дѣло въ томъ, что ст. 55 уже прямо говоритъ объ обезпеченіи недвижимымъ имѣніемъ денежныхъ исковъ, а далѣе, что она допускаетъ установленіе принудительнаго залога въ видѣ записи только по судебному рѣшенію, вступившему въ законную силу[1]), между тѣмъ какъ по рѣшенію, подлежащему апелляціи, и по опредѣленію объ обезпеченіи иска допускается внесеніе лишь отмѣтки о принудительномъ залогѣ. Въ частности, выясняется тотъ фактъ, что проектъ создаетъ здѣсь новый видъ отмѣтокъ, обезпечивающихъ такія обязательственныя права, которыя никакого отношенія къ вотчиннымъ правамъ въ недвижимости или къ самой недвижимости не имѣютъ.

Это результатъ, глубоко неудовлетворительный. Правда, денежные иски могутъ привести, какъ по проекту ВУ., такъ и по другимъ современнымъ законодательствамъ, къ внесенію принудительной ипотеки, т. е. къ установленію вотчиннаго права. Они могутъ, разумѣется, нуждаться также и въ предварительномъ обезпеченіи. Но они никоимъ образомъ не должны вести ко внесенію отмѣтокъ въ техническомъ смыслѣ слова, такъ какъ этимъ подрывается принципъ внесенія, согласно которому внесенію должны подлежать всѣ вотчинныя права, но только именно эти права. И если современный институтъ отмѣтокъ допускаетъ, въ этомъ отношеніи, нѣкоторыя отступленія, то все же соблюдается, какъ было изложено выше, тѣсная связь между вотчинными правами и обезпечиваемыми путемъ отмѣтки правами обязательственными. Здѣсь же нѣтъ и слѣда подобной связи.

Однако, само собой разумѣется, что введеніе вотчинной системы не можетъ имѣть послѣдствіемъ отмѣну института обезпеченія иска или устраненіе недвижимостей изъ числа объектовъ обезпеченія иска. И если законода-

1) Неупоминаніе, по этому поводу, условія врученія повѣстки объ исполненіи объясняется, очевидно, лишь редакціоннымъ недосмотромъ.

тельство желаетъ признать институтъ принудительнаго залога[1]), т. е. если оно готово дать личному вѣрителю возможность пріобрѣсти, помимо воли должника, вотчинное право, то логика требуетъ, чтобы къ этой цѣли приближались и мѣры, принимаемыя для обезпеченія иска. Но вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо, чтобы эти мѣры были согласованы съ принципами вотчиннаго права. Между тѣмъ, этого согласованія въ данномъ случаѣ нѣтъ. Устанавливается разновидность отмѣтки, рѣзко противорѣчащая основному понятію отмѣтки, выставляемому самимъ проектомъ. Если даже отказаться отъ принятаго проектомъ понятія отмѣтки и расширить его въ смыслѣ, напр., BGB., т. е. если признать, что и обязательственныя права на установленіе вотчиннаго права могутъ быть обезпечиваемы посредствомъ отмѣтокъ, то все-таки нельзя оправдать постановленій проекта. Дѣло въ томъ, что вѣритель, предъявляющій противъ собственника недвижимости личный искъ, по воззрѣніямъ самого проекта, не имѣетъ никакого права на установленіе принудительнаго залога. Таковое возникаетъ лишь въ моментъ окончательнаго присужденія ему требованія. До этого момента онъ имѣетъ право лишь на уплату по требованію, и никакой связи между послѣднимъ и недвижимостью должника не существуетъ. Слѣдовательно, внесеніе отмѣтки никоимъ образомъ не можетъ быть оправдываемо.

При такомъ положеніи дѣлъ, отмѣтка въ обезпеченіе иска является конструктивнымъ абсурдомъ. Этотъ абсурдъ не можетъ быть устраненъ даже расширеніемъ понятія отмѣтки, такъ какъ для достиженія этой цѣли пришлось бы отказаться отъ принципа внесенія. Остается только одинъ путь: если проектъ вообще желаетъ сохранить институтъ принудительной ипотеки, то ему слѣдуетъ расширить понятіе ея, допустивъ внесеніе подобнаго залога не

1) Ср. ниже, т. II, § 64.

только на основаніи вступившаго въ законную силу рѣшенія, но также и въ обезпеченіе иска.

Такой выходъ можетъ показаться, на первый взглядъ, мало удачнымъ. Тѣмъ не менѣе, онъ является и единственно мыслимымъ и единственно правильнымъ. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что спорность обезпечиваемаго такимъ путемъ требованія нисколько не препятствуетъ подобному рѣшенію, такъ какъ строгая акцессорность принудительной ипотеки исключаетъ возникновеніе на этой почвѣ какихъ бы то ни было опасностей для должника. Положеніе послѣдняго остается совершенно тѣмъ же самымъ, какимъ оно было бы по предположеніемъ проекта. Равно, не измѣняется и положеніе вѣрителя. Однимъ словомъ, достигается совершенно та же экономическая цѣль, при чемъ не слѣдуетъ смущаться получаемымъ, на первый взглядъ, впечатлѣніемъ, будто вѣритель надѣляется большими правомочіями, чѣмъ по проекту. На дѣлѣ измѣняется единственно конструкція. Но такое измѣненіе совершенно необходимо въ интересахъ научнаго достоинства проекта [1]).

Впрочемъ, при сохраненіи только что разсмотрѣнныхъ постановленій проекта, въ сущности, приходилось бы установить, что проектъ подъ названіемъ отмѣтки признаетъ принудительную ипотеку, существующую ради обезпеченія иска. Ибо названіе, даваемое законодательствомъ, разумѣется, не можетъ измѣнить природу юридическаго института,

Нѣкоторыя сомнѣнія вызываютъ отчасти и постановленія ст. 154—157, которыми предусматривается отмѣтка о неполученіи денегъ въ пользу продавца и установителя залога. Эти статьи были введены въ проектъ особой комиссіей, которая ссылалась при этомъ какъ на примѣръ западныхъ за-

1) Такая нормировка принята и въ германскомъ правѣ, ср. ZPO. 932, BGB. Mot. III, S. 769 flg. Ср. также Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 627 flg., 637 flg., Predari, Grundbuchordnung, S. 354 flg.

конодательствъ, такъ и на практическія соображенія [1]). Между тѣмъ, объ ссылки убѣдительны лишь настолько, насколько онѣ касаются установленія ипотеки. Тутъ, прежде всего, дѣйствительно имѣется практическая необходимость къ огражденію должника, получающаго, по установившимся въ оборотѣ обычаямъ, валюту лишь послѣ внесенія ипотеки. Не приходится возражать противъ внесенія отмѣтки въ пользу собственника обремененяемой недвижимости и съ конструктивной точки зрѣнія: ипотека возникаетъ лишь при возникновеніи требованія. Если послѣднее не возникаетъ, то не возникаетъ и ипотека. А если она, въ такомъ случаѣ, внесена заранѣе, то собственникъ недвижимости имѣетъ вотчинное право на погашеніе ея [2]). Слѣдовательно, установленная особой комиссіей отмѣтка въ огражденіе должника по ипотекѣ вполнѣ отвѣчаетъ принципамъ, провозглашеннымъ ст. 5 ВУ.

Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло относительно отмѣтки въ огражденіе продавца. Прежде всего слѣдуетъ сказать, что въ ней нѣтъ никакой практической необходимости, такъ какъ продавецъ имѣетъ полную возможность блюсти свои интересы, въ частности, путемъ внесенія ипотеки въ обезпеченіе покупной суммы, каковая мѣра предосторжности и общепринята въ оборотѣ. А съ конструктивной точки зрѣнія, отмѣтка о неполученіи денегъ представляетъ самыя серьезныя затрудненія. Вѣдь ею обезпечивается опять таки чисто

1) Ж. О. К., стр. 228 сл. — При этомъ, ст. 154, 2 возлагаетъ бремя доказыванія уже на то лицо, противъ котораго направлена отмѣтка. Между тѣмъ, къ этому нѣтъ основаній. Отмѣтка должна предохранять лицо, въ пользу котораго она внесена, отъ послѣдствій публичной вѣры вотчинной книги, путемъ оглашенія имѣющихся возраженій. Но она не можетъ придать возраженію больше силы, чѣмъ оно имѣетъ само по себѣ. Такъ рѣшается этотъ вопросъ и по BGB. 1139, ср. Mot. III, S. 704. Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 453 утверждаетъ, впрочемъ, что и по BGB. 1139 происходитъ переложеніе бремени доказыванія. Но его мнѣніе приверженцевъ не нашло — ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 778, Kober, Sachenrecht ad 1139, P. II, 2, Turnau-Foerster, Liegenchaftsrecht I, S. 847.

2) Ср. ниже, т. II, § § 55, 58.

обязательственное требованіе, такъ какъ право собственности перешло уже, въ силу внесенія, къ покупщику. Это, впрочемъ, признается и самимъ проектомъ въ ст. 157, говорящей о предъявленіи продавцомъ иска „о присужденіи пріобрѣтателя имѣнія либо права къ уплатѣ слѣдующихъ по договору денегъ, или же о признаніи самаго договора недѣйствительнымъ вслѣдствіе неплатежа денегъ по оному".

Слѣдовательно, нельзя не признать и этотъ видъ отмѣтки неудовлетворительнымъ.

Напротивъ, никакихъ возраженій не можетъ быть противъ отмѣтки, предусмотрѣнной въ ст. 333,2 и 356,1: она вносится въ случаѣ вызывного производства для признанія утраченнаго залогового акта уничтоженнымъ. Заинтересованнымъ лицомъ можетъ являться, при этомъ, какъ вѣритель по залогу, такъ и собственникъ обремененной недвижимости. Въ частности, послѣднее имѣетъ мѣсто тогда, когда обезпеченное залогомъ требованіе прекратилось, между тѣмъ какъ запись о залогѣ не можетъ быть погашена въ виду пропажи акта. Ясно, что въ обоихъ случаяхъ путемъ внесенія отмѣтки ограждается отъ дѣйствія публичной вѣры вотчинное право, а именно, въ первомъ случаѣ право залогового вѣрителя, во второмъ же — вещное право собственника на погашеніе залога, прекратившагося, по системѣ проекта, вслѣдствіе прекращенія обязательственнаго требованія.

Наконецъ, слѣдуетъ еще отмѣтить, что совершенно особымъ характеромъ отличаются двѣ дальнѣйшія разновидности отмѣтокъ, предусмотрѣнныя проектомъ.

Одною изъ нихъ является такъ наз. отмѣтка о предстоящемъ залогѣ [1]). Здѣсь нѣтъ, разумѣется, и рѣчи объ обезпеченіи ни вотчиннаго, ни обязательственнаго права. Все сводится къ обезпеченію за собственникомъ возможности внесенія позднѣйшаго залога со старшинствомъ передъ залогомъ, вносимымъ уже въ настоящее время или внесеннымъ раньше. Можно, пожалуй, говорить, въ этомъ случаѣ, объ условномъ ограниченіи правъ младшаго вѣрителя на удовлетвореніе. Съ этой точки зрѣнія, отмѣтка являлась бы возраженіемъ противъ внесеннаго уже залога и подходила бы подъ опредѣленіе, даваемое въ ст. 5 ВУ. Но такая конструкція едва ли могла бы быть признана удачною, такъ какъ цѣлью отмѣтки является вовсе не ограниченіе послѣдующаго залогодержателя, а именно, предоставленіе собственнику возможности распоряжаться „пустымъ мѣстомъ". Ограниченіе же младшаго кредитора представляется лишь послѣдствіемъ отмѣтки о старшинствѣ, если уже не полагать, что оно вытекаетъ изъ самой природы его права [1]).

1) ВУ. 68 сл. Ср. также ст. 108, а далѣе ст. 76 и ПДК. 16, 17, 23, 29—36, 41. Ср. ниже, т. II, § 71.

При такомъ положеніи дѣла кажется наиболѣе правильнымъ признать отмѣтку этого рода не отмѣткою въ техническомъ смыслѣ слова, а особымъ институтомъ, для котораго, пожалуй, и слѣдовало бы подыскать особый терминъ [2]).

Отмѣткой совершенно особаго рода является и упоминаемая въ ст. 175 ВУ. отмѣтка о предполагаемомъ принудительномъ отчужденіи недвижимости. Очевидно, что и тутъ нѣтъ рѣчи объ обезпеченіи ею чьихъ либо вотчинныхъ или хотя бы обязательственныхъ правъ. Впрочемъ, и сама редакціонная комиссія сознавала особенность характера этой отмѣтки. Остается лишь пожалѣть, что она, тѣмъ не менѣе, дала ей такое названіе [3]).

Въ виду всего изложеннаго нельзя не притти къ вы-

1) Ср. ниже, т. II, §§ 52, 54.

2) Можно указать также на то, что ни BGB. 881, ни ZGB. 814 не пользуются по отношенію къ этому институту терминомъ „отмѣтка". Нелишне отмѣтить и то, что отмѣтка о предстоящемъ залогѣ вносится на основаніи соглашенія между сторонами, между тѣмъ какъ отмѣтка въ техническомъ смыслѣ вносится лишь по распоряженію суда или начальника вотчиннаго установленія — объ этомъ см. ниже въ текстѣ.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 110, 1896 г. I, стр. 120.

воду, что предложенная проектомъ нормировка института отмѣтки мало удачна. Легальное опредѣленіе отмѣтки предусматриваетъ таковую только въ смыслѣ германско-правового возраженія. Отдѣльныя постановленія проекта, напротивъ, допускаютъ внесеніе отмѣтокъ совершенно независимо отъ характера обезпечиваемыхъ правъ. И въ сущности, отмѣтка является даже не столько институтомъ вотчиннаго, сколько процессуальнаго права, такъ какъ, по практическому своему значенію, безспорно, первое мѣсто занимаетъ отмѣтка въ обезпеченіе иска.

Такая нормировка, очевидно, неудовлетворительна. Слѣдовало бы, прежде всего, установить, какія цѣли преслѣдуются посредствомъ отмѣтки. Наиболѣе правильнымъ показалось бы, при этомъ, признать ее средствомъ обезпеченія противъ опасностей, вытекающихъ изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги какъ для правъ вотчинныхъ, такъ и для обязательственныхъ правъ, направленныхъ на установленіе или перенесеніе вотчиннаго права. Проводить, по примѣру германскаго уложенія, различіе между отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ и возраженіемъ, однако, едва ли необходимо. Несмотря на глубокое между ними принципіальное различіе, оба рода отмѣтокъ приводятъ практически къ совершенно одинаковымъ результатамъ [1]). Затѣмъ слѣдовало бы воспользоваться примѣромъ ZGB. и допустить внесеніе отмѣтокъ также въ обезпеченіе правъ по найму и арендѣ [2]).

1) Въ литературѣ германскаго права посвящено много вниманія вопросу о принципіальномъ различіи между возраженіемъ и отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ. Но нигдѣ не указывается на дѣйствительно практическое проявленіе этого различія. Автору равно не удалось конструировать случай, въ которомъ это различіе обнаруживалось бы практически. Единственнымъ исключеніемъ является то, что права, обезпеченныя возраженіемъ, изъяты отъ дѣйствія давности по BGB. 902, между тѣмъ какъ ему подлежатъ права, обезпеченныя отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но это является чисто положительнымъ постановленіемъ, отнюдь не вытекающимъ изъ существа отмѣтки. Оно, поэтому, и не имѣетъ значенія de lege ferenda. Ср. объ этой сторонѣ вопроса ниже.

2) Ср. ниже, § 43.

Такимъ путемъ получилась бы вполнѣ удовлетворительная система отмѣтокъ, преимущества которой уже доказаны опытомъ Западной Европы и которая, вмѣстѣ съ тѣмъ, вполнѣ удовлетворяетъ требованіямъ теоріи.

Прочіе же виды отмѣтокъ, признаваемые проектомъ, должны или отпасть какъ отмѣтка въ обезпеченіе правъ продавца, или же получить другое названіе, какъ отмѣтка о старшинствѣ и отмѣтка о принудительномъ отчужденіи. А отмѣтка объ обезпеченіи иска должна быть открыто признана принудительнымъ залогомъ.

Въ заключеніе слѣдуетъ указать еще на то, что не вполнѣ удовлетворительны и постановленія проекта о внесеніи отмѣтокъ. Таковое, именно, допускается по распоряженію суда или начальника вотчиннаго установленія, а въ одномъ случаѣ также и по одностороннему требованію заинтересованнаго лица [1]). Напротивъ, внесеніе отмѣтки не допускается на основаніи взаимнаго соглашенія сторонъ. Это мотивируется [2]) опасеніемъ, что стороны, въ такомъ случаѣ, нерѣдко ограничатся внесеніемъ отмѣтки и не позаботятся о внесеніи соотвѣтствующей записи. Благодаря этому вотчинныя книги будутъ заполнены отмѣтками, „условный, неопредѣленный характеръ коихъ совершенно не соотвѣтствуетъ значенію“ книги, „какъ достовѣрнаго и безспорнаго источника свѣдѣній о юридическомъ положеніи имѣнія“. Другими словами, редакціонная комиссія опасалась созданія такого порядка, который представлялъ бы собой извѣстную аналогію къ существующему нынѣ неформальному поземельному обороту.

Такой результатъ, безспорно, былъ бы въ высшей степени нежелателенъ. Однако, возможность злоупотребленій легко можетъ быть устранена признаніемъ силы за внесенными по соглашенію сторонъ отмѣтками только въ теченіе опредѣленнаго, не слишкомъ продолжительнаго времени, при-

1) ВУ. 146—161, 171, 175, 177, 384, 385.

2) Объясненія 1893 г. 1, стр. 115 сл., 1896 г. 1, стр. 124 сл.

мѣрно, въ теченіе двухъ лѣтъ. А польза отъ добровольнаго внесенія отмѣтокъ будетъ несомнѣнная [1]), въ особенности по отношенію къ обезпеченію отмѣтками обязательственныхъ правъ на установленіе вотчинныхъ правъ. При сохраненіи же нынѣшней нормировки стороны будутъ вынуждены или отказаться отъ достиженія заслуживающихъ полнаго одобренія цѣлей, или же вести фиктивный процессъ. А если будутъ признаны отмѣтки въ обезпеченіе правъ по найму и арендѣ, то допущеніе добровольнаго внесенія ихъ совершенно неминуемо [2]).

§ 25. Функціи отмѣтки по проекту.

Особаго вниманія заслуживаетъ вопросъ о томъ, какими функціями нашъ проектъ ВУ. надѣлилъ отмѣтку?

Согласно ст. 5 и 13 [3]), цѣлью отмѣтки является обезвреживаніе распоряженій, направленныхъ противъ обезпечиваемаго права. Слѣдовательно, устраняется то проявленіе публичной вѣры вотчинной книги, которое извѣстно подъ названіемъ безповоротности. Большей же силы за отмѣткой признать нельзя, въ частности, нельзя признать за ней силу устранить достовѣрность книги, насколько послѣдняя проявляется какъ презумпція въ пользу записаннаго права. Это вытекаетъ какъ изъ молчанія о томъ проекта, такъ и изъ соображеній, опирающихся на сущность института отмѣтки: для преслѣдуемыхъ

1) BGB. 885, 899 и ZGB. 959 flg. безусловно допускаютъ внесеніе отмѣтокъ по соглашенію сторонъ. Притомъ было обращено, при составленіи BGB., вниманіе на возможность злоупотребленій Prot. III, S. 115 flg. Однако, комиссія пришла къ выводу, что опасность, могущая быть сопряженною съ этимъ, вполнѣ искупается практическими удобствами.

2) Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить, что принятая проектомъ ВУ. точка зрѣнія не выдержана въ проектѣ ГУ. 1905 г. А именно, въ ст. 1780 признается возможность внесенія отмѣтки, на основаніи договора запродажи, по соглашенію сторонъ. Ср. ст. 255 проекта кн. V ГУ. 1913 г.

3) Ср. также оговорку, имѣющуюся въ ст. 16. Впрочемъ, слѣдовало бы или вставить ту же оговорку и въ ст. 17, или же совершенно опустить ее, такъ какъ выраженная ею мысль разумѣется сама собой.

имъ цѣлей вполнѣ достаточно устраненія безповоротности. Устраненіе же презумпціи привело бы къ полному подрыву значенія вотчинной книги. Къ тому же, достовѣрность записей покоится на тѣхъ формальныхъ и матеріальныхъ гарантіяхъ, при которыхъ происходитъ внесеніе. Этихъ гарантій при внесеніи отмѣтки нѣтъ. Слѣдовательно, нѣтъ и основанія придавать ей силу, равную силѣ записи.

Съ другой стороны, не можетъ быть распространенія на отмѣтку публичной вѣры ни въ одномъ изъ ея проявленій. Это было бы и нецѣлесообразно, и необосновано. Оборотъ этого не требуетъ, такъ какъ нѣтъ рѣчи о доброй вѣрѣ пріобрѣтателя права, обезпеченнаго отмѣткой. Одинъ фактъ обезпеченія его въ такой, именно, формѣ показываетъ съ очевидностью, что дѣло идетъ о спорномъ правѣ или о правѣ, не установленномъ окончательно. А далѣе, сохраненіе достовѣрности въ тѣсномъ смыслѣ за записями исключаетъ возможность распространенія ея на отмѣтку, оспаривающую вѣрность записи. Къ тому же, подобная достовѣрность была бы лишена основанія въ виду упомянутаго уже отсутствія гарантій правильности отмѣтки.

Отмѣтка, такимъ образомъ, не признается достовѣрною и не можетъ привести къ безповоротному пріобрѣтенію обезпечиваемаго ею права. Но она, проявляясь въ смыслѣ возраженія германскаго права, оглашаетъ существующее вотчинное право и простираетъ на него гласность вотчинной книги, благодаря чему, согласно ст. 6, и въ этомъ отношеніи не допускается ссылка на невѣдѣніе содержанія книги [1]). Если же отмѣтка обезпечиваетъ обязательственное право на установленіе вотчиннаго права, то одно оглашеніе его не могло бы привести къ цѣли, такъ какъ знаніе о существованіи обязательственнаго права не нарушаетъ доброй вѣры пріо-

1) Этотъ выводъ логически неизбѣженъ, хотя и слѣдуетъ отмѣтить, что при буквальномъ толкованіи ст. 6 могутъ возникнуть сомнѣнія, благодаря неопредѣленной терминологіи проекта. Объ этомъ см. ниже.

брѣтателя и, слѣдовательно, не препятствуетъ наступленію безповоротности. Но, такъ какъ, по проекту, подобный результатъ наступаетъ, то необходимо признать, что отмѣткою создается, какъ было изложено выше, въ связи съ изложеніемъ нормъ германскаго права, особое вещное обезпечительное право. Однако это право, будучи строго акцессорнымъ, не придаетъ главному праву никакихъ свойствъ, какихъ оно не имѣетъ само по себѣ. Оно лишь защищаетъ его противъ публичной вѣры вотчинной книги. Въ этомъ и заключается его сущность: отмѣтка создаетъ особое обезпечительное право и, вмѣстѣ съ тѣмъ, оглашаетъ его. И, благодаря именно этому, устраняется дѣйствіе публичной вѣры вотчинной книги.

Если отмѣтка охраняетъ, такимъ образомъ, обезпечиваемое право, то она, вмѣстѣ съ тѣмъ, должна охранять за нимъ также и опредѣленное старшинство. Это выводъ логически неизбѣжный, такъ какъ вотчинное право an und für sich, независимо отъ опредѣленнаго старшинства, существовать не можетъ. Значеніе и цѣнность вотчинныхъ правъ опредѣляются, напротивъ, именно старшинствомъ, и охрана ихъ имѣетъ смыслъ лишь при условіи охраненія одновременно и старшинства. Это и признается особо ст. 13,2.

Иное приходится сказать только по отношенію къ праву собственности. Какъ право абсолютное, оно не только въ старшинствѣ не нуждается, но и не можетъ быть приведено съ нимъ въ связь. Но право собственности, со своей стороны, поражается всякимъ вотчиннымъ правомъ, устанавливаемымъ въ той же недвижимости. Слѣдовательно, охрана права собственности должна приводить къ отраженію внесенія вотчинныхъ правъ въ данной недвижимости. Этотъ выводъ и признается ст. 13,1.

Слѣдуетъ прибавить, что проектъ ВУ. изъ функцій отмѣтки имѣлъ въ виду, прежде всего, функцію сохраненія старшинства, такъ какъ лишь о ней упоминается особо.

Дѣйствительно, можно признать, что эта функція является практически наиболѣе важною: обезпечиваемое право охраняется и охраняется съ опредѣленнымъ старшинствомъ.

Извѣстныя затрудненія представляетъ собой другой вопросъ. Внесенныя въ вотчинную книгу права, согласно ст. 8, не утрачиваются силою давности. Естественно возникаетъ вопросъ, относится ли это постановленіе также и къ правамъ, внесеннымъ въ видѣ отмѣтки. Съ чисто теоретической точки зрѣнія этотъ вопросъ можетъ рѣшаться и отрицательно и положительно, и, дѣйствительно, новѣйшіе кодексы разошлись въ его рѣшеніи [1]).

Однако, въ пользу отрицательнаго рѣшенія, кажется, говорятъ все же болѣе вѣскіе аргументы. А именно, изъятіе внесенныхъ посредствомъ записи правъ отъ дѣйствія давности признается въ виду необходимости сосредоточить въ вотчинной книгѣ всѣ свѣдѣнія о правовомъ положеніи недвижимости. Между тѣмъ, отмѣтки касаются, именно, правъ

1) ZGB. не содержитъ по этому вопросу особаго постановленія. И такъ какъ по ZGB. 873 изъятіе внесенныхъ въ книгу правъ вообще не имѣетъ самостоятельнаго значенія, а вытекаетъ лишь изъ публичной вѣры вотчинной книги, и такъ какъ защитой таковой пользуются лишь записи, а не отмѣтки, то необходимо притти къ заключенію, что для правъ отмѣченныхъ не существуетъ исключенія изъ общей нормы. BGB., напротивъ, постановляетъ въ ст. 902, что права, записанныя въ книгу, дѣйствію давности не подлежатъ и что права, обезпеченныя возраженіемъ, приравниваются, въ этомъ отношеніи, къ правамъ записаннымъ. Это постановленіе мотивируется указаніемъ на то, что права, обезпеченныя возраженіемъ, пользуются тою же гласностью, какъ права записанныя, что они, далѣе, отличаются отъ нихъ только тѣмъ, что они доказаны еще не вполнѣ, и что они, наконецъ, въ случаѣ окончательнаго внесенія, пользуются старшинствомъ по моменту внесенія возраженія — Mot. III, S. 254. Нельзя сказать, чтобы эти аргументы были убѣдительны. Кромѣ того, необходимо обратить вниманіе на то, что права, обезпеченныя отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ слова, отъ дѣйствія давности не изъяты. Это вытекаетъ непосредственно изъ ст. 902, говорящей только о правахъ, обезпеченныхъ возраженіемъ. Ср. также Prot. III, S. 117. Во всякомъ случаѣ, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ чисто положительной нормой, отнюдь не вытекающей изъ существа вотчинной системы и, въ частности, изъ существа института отмѣтки.

или не внесенныхъ, или не подлежащихъ даже внесенію въ видѣ записи. Ихъ внѣкнижное прекращеніе нисколько не противорѣчитъ интересамъ вотчиннаго оборота и никоимъ образомъ не можетъ нарушать публичной вѣры вотчинной книги. Напротивъ, слѣдуетъ даже сказать, что подчиненіе дѣйствію давности не внесенныхъ посредствомъ записи правъ вполнѣ отвѣчаетъ интересамъ вотчиннаго оборота, такъ какъ, благодаря отмѣткѣ, создается неопредѣленность положенія, которая весьма часто фактически однозначуща съ закрытіемъ вотчинной книги. Ясно, что продленіе такого положенія не можетъ считаться желательнымъ.

Слѣдуетъ прибавить, что отмѣтка, по самому своему назначенію, должна быть средствомъ противъ опасности публичной вѣры вотчинной книги. Погасительная же давность дѣйствуетъ совершенно независимо отъ публичной вѣры и даже не имѣетъ прямой связи съ нею. Слѣдовательно, и нельзя приписывать отмѣткѣ задачу охранять обезпечиваемое право отъ дѣйствія давности. Иначе пришлось бы видѣть въ отмѣткѣ не то, чѣмъ она является теперь, а средство для приданія не внесеннымъ правамъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, силы правъ внесенныхъ. Но этимъ, очевидно, обезцѣнивалось бы и подрывалось значеніе вотчинной системы и, въ частности, принципа внесенія.

Какъ же рѣшается этотъ вопросъ въ проектѣ ВУ.?

Прямого отвѣта мы въ немъ не находимъ. И нельзя не отмѣтить, что общая невыдержанность терминологіи проекта отзывается по этому вопросу особенно сильно. Дѣло въ томъ, что совершенно не выяснено, что такое разумѣетъ проектъ вообще, а въ частности въ ст. 8, подъ правами внесенными. Изъ ст. 5 можно сдѣлать выводъ, что внесеніе является родовымъ понятіемъ, обнимающимъ какъ внесеніе записи, такъ и внесеніе отмѣтки. Это вытекаетъ, по крайней мѣрѣ, изъ первыхъ двухъ фразъ статьи. Въ третьей фразѣ той же статьи, напротивъ, говорится объ охраненіи

возраженій противъ правъ внесенныхъ, т. е. внесенныхъ посредствомъ записи. Такое же видовое значеніе придается этому термину и въ ст. 13. Далѣе же, постановленіе ст. 6 о гласности правъ, называемыхъ опять таки внесенными, по необходимости должно быть отнесено, какъ было изложено выше, и къ правамъ отмѣченнымъ, между тѣмъ какъ ст. 7, провозглашающая принципъ достовѣрности для правъ внесенныхъ, по существу дѣла, можетъ быть отнесена только къ правамъ записаннымъ.

Эта невыдержанность терминологіи является сама по себѣ значительнымъ недостаткомъ. Притомъ она могла бы быть устранена безъ затрудненій: стоило бы только послѣдовательно провести тотъ намекъ, который имѣется въ ст. 5 и говорить, съ одной стороны, о внесенныхъ правахъ, какъ понятіи общемъ, а съ другой — о правахъ отмѣченныхъ или записанныхъ.

Во всякомъ же случаѣ, послѣдствіемъ этой шаткости терминологіи является необходимость рѣшать и вопросъ объ изъятіи отъ дѣйствія давности отмѣченныхъ правъ на основаніи общихъ соображеній. А это обстоятельство дастъ возможность сдѣлать тѣ выводы, которые болѣе всего отвѣчаютъ какъ общему характеру института отмѣтки, такъ и практическимъ потребностямъ. Другими словами, въ виду молчанія проекта, можно съ полнымъ правомъ утверждать, что права, обезпеченныя отмѣткой, независимо отъ того, обладаютъ ли они характеромъ вотчиннымъ или обязательственнымъ, отъ дѣйствія давности не изъяты.

Въ конечномъ результатѣ можно сказать, такимъ образомъ, что постановленія проекта о функціяхъ отмѣтки даютъ, несмотря на свою неполноту, возможность притти къ удовлетворительнымъ результатамъ. Но, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ подчеркнуть, что и ученіе о нихъ нуждается, какъ вообще все ученіе объ отмѣткахъ, въ самой серьезной и тщательной переработкѣ.

IV. Второстепенные принципы.

§ 26. Спеціальность.

Уже въ введеніи къ настоящей главѣ было указано, что такъ называемая спеціальность не является особымъ самостоятельнымъ принципомъ, а лишь второстепеннымъ и вспомогательнымъ, непосредственно вытекающимъ, къ тому же, изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры вотчинной книги. Можно даже сказать, что, въ извѣстномъ смыслѣ, спеціальность представляетъ собой лишь техническое правило.

Но, какъ бы то ни было, спеціальность проявляется въ двухъ направленіяхъ: во-первыхъ, необходимо, чтобы каждое вносимое въ книгу право относилось къ одной опредѣленной недвижимости, и, во-вторыхъ, чтобы каждое право имѣло вполнѣ опредѣленный объемъ и опредѣленное содержаніе. Обосновывать эти правила нѣтъ необходимости. Совершенно ясно, что лишь при соблюденіи ихъ вотчинная книга можетъ являться той твердой опорой для вотчиннаго оборота, каковою она должна быть для достиженія цѣлей вотчинной системы. Слѣдуетъ прибавить, что эти правила настолько разумѣются сами собой, что ихъ, быть можетъ, и не выставляли бы особо, если бы они не были формулированы, первоначально, въ цѣляхъ противодѣйствія нормамъ римскаго права, въ частности столь пагубной для поземельнаго кредита системѣ генеральныхъ ипотекъ [1]).

Въ виду такого возникновенія ихъ, главное значеніе они имѣютъ по отношенію къ залоговому праву. Но все же они не лишены значенія и для всей вотчинной системы. Это проявляется, въ проектѣ ВУ., во-первыхъ, въ постановленіи ст. 2, относящейся ко всѣмъ вотчиннымъ правамъ и гласящей, что „для каждаго имѣнія, сельскаго или городского, ведется особая вотчинная книга“ [1]). Въ связи съ принципомъ внесенія, отсюда явствуетъ, что по проекту ВУ., такъ же, какъ по другимъ новѣйшимъ кодексамъ [2]), проводится мысль, что вотчинныя права должны относиться къ одной опредѣленной недвижимости.

Что же касается опредѣленности самаго права, то соотвѣтствующее правило выставляется прямо только по отношенію къ залогу. А именно, въ ст. 48 сказано, что „залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ“. Относительно же другихъ правъ аналогичнаго правила нѣтъ въ проектѣ. Но тѣмъ не менѣе, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что оно безусловно признается. Это вытекаетъ изъ того, что проектъ сталъ на точку зрѣнія такъ наз. numerus clausus вотчинныхъ правъ, т. е. онъ признаетъ лишь опредѣленныя категоріи ихъ съ опредѣленнымъ содержаніемъ, какъ и указано въ ст. 1 и 24. Само собой разумѣется, что можно спорить противъ подобнаго ограниченія воли сторонъ. Можно утверждать, что неправильно отказывать во внесеніи вотчинныхъ правъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ, но вырабатываемыхъ самой жизнью [3]). Но, съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что отказъ отъ принципа numerus clau-

1) См. объ этомъ курсы и учебники германскаго права. Ср. также Объясненія 1893 г. I, стр. 85 сл., 1896 г. I, стр. 93 сл., Ж. О. К., стр. 43 сл., Записка, стр. 28 сл.

1) Въ связи съ этой статьей находится и извѣстный споръ о возможности введенія у насъ вотчинной системы, несмотря на отсутствіе кадастра. Литература по этому вопросу указана выше, § 1. Этой же статьей устанавливается, между прочимъ, дѣлопроизводственный принципъ веденія вотчинныхъ книгъ по такъ наз. Realfolien.

2) Нѣкоторыя затрудненія вызываетъ въ этомъ отношеніи лишь допускаемая германскимъ правомъ совокупная ипотека — ср. BGB. 1132. Она предусматривалась также и въ проектѣ ВУ. 1893 г. — см. ст. 52 и Объясненія I, стр. 311 сл. Въ проектѣ 1896 г. ея, напротивъ, уже нѣтъ въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву, ср. ст. 49 и 54 и Объясненія I, стр. 325. Нѣтъ ея и въ раздѣлѣ I проекта 1907 г. Но см. ВУ. 209 и 210, согласно которымъ совокупная ипотека устанавливается вслѣдствіе дробленія участка. Ср. объ этомъ вопросѣ ниже, т. II, § 66.

3) Ср. Gierke, Der Entwurf eines BGB., S. 280, гдѣ и указаны прочіе противники этого принципа. Ср., съ другой стороны, BGB. Mot. III, S. 3.

sus однозначущъ съ отказомъ отъ принципа специальности. При полной свободѣ частныхъ лицъ придавать вотчинный характеръ какимъ угодно правоотношеніямъ нельзя ожидать, чтобы соблюдалось требованіе строгой опредѣленности по содержанію и объему вносимыхъ правъ [1]). А въ результатѣ вотчинная книга была бы обезцѣнена въ значительной степени.

Можно, такимъ образомъ, установить, что принципъ специальности проводится проектомъ вполнѣ удовлетворительно.

§ 27. Старшинство.

Неизбѣжность установленія опредѣленнаго старшинства между внесенными въ вотчинную книгу правами не можетъ подлежать спору. Она непосредственно вытекаетъ изъ признанія принциповъ внесенія и публичной вѣры вотчинной книги, и нѣтъ, поэтому, законодательства, опирающагося на вотчинную систему, которое отрицало бы необходимость соблюденія старшинства между вотчинными правами [2]).

На такую же почву сталъ и нашъ проектъ ВУ. Исходной точкой служитъ ему, при этомъ, ст. 10, гласящая, что „обремененіе имѣнія залогомъ или инымъ вотчиннымъ правомъ не служитъ препятствіемъ ни къ отчужденію имѣнія, ни къ дальнѣйшему обремененію его вотчинными правами“.

Статья эта разсматривается въ матеріалахъ къ проекту

1) Нѣкоторое отступленіе отъ принципа numerus clausus имѣется лишь въ томъ отношеніи, что содержаніе отдѣльныхъ сервитутовъ не предопредѣляется закономъ — ср. ВУ. 24, 3, гдѣ дается только примѣрное перечисленіе сервитутовъ. Однако, такое отступленіе неизбѣжно и имѣется также въ другихъ кодексахъ — см. BGB. 1018, ZGB. 730. Ср. ниже, § 35.

2) И матеріалы къ проекту, высказывающіеся, въ общемъ, далеко нелаконично о „главныхъ основаніяхъ проекта ВУ.“, ограничиваются здѣсь, въ виду ясности вопроса, немногими сравнительно словами — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 87 сл., 1896 г. I, стр. 95 сл., Ж. О. К., стр. 44, Записка, стр. 29.

въ связи съ послѣдующими ст. 11 и 12 [1]) и признается въ нихъ одной изъ нормъ, регулирующихъ, именно, дѣйствіе принципа старшинства. Между тѣмъ, она въ сущности къ этому принципу вовсе не относится. Напротивъ, она создаетъ лишь возможность примѣненія его — ибо, если бы вотчинная книга закрывалась благодаря установленію какого либо обремененія, то ни о какомъ старшинствѣ не могло бы быть рѣчи. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя, однако, не сомнѣваться въ желательности помѣщенія въ проектѣ этой статьи. Ея содержаніе чисто дидактическое, а по отношенію къ дѣйствующему праву и полемическое. Между тѣмъ, едва ли необходимо особо оговаривать подобное отступленіе отъ дѣйствующаго права, тѣмъ болѣе, что оно непосредственно вытекаетъ изъ принциповъ вотчинной реформы. Практическихъ же недоразумѣній отъ исключенія ст. 10 бояться нечего, такъ какъ уже одинъ фактъ нормировки института старшинства не оставляетъ сомнѣнія въ воззрѣніяхъ проекта ВУ. на дальнѣйшее обремененіе недвижимости [2]).

Если же ст. 10 является ненужною, то слѣдующая затѣмъ ст. 11,1 въ состояніи вызвать даже серьезныя недоумѣнія. На первый взглядъ она можетъ произвести впечатлѣніе, будто ею устанавливается безповоротность пріобрѣтенныхъ вотчинныхъ правъ по отношенію къ новому собственнику недвижимости, являющемуся преемникомъ установителя данныхъ правъ [3]). На дѣлѣ, однако, объ этомъ и рѣчи быть не можетъ. И изъ матеріаловъ къ проекту [4]) вытекаетъ съ полною ясностью, что составители проекта желали устано-

1) Ср. мѣста, указанныя въ предыдущемъ примѣчаніи, и, кромѣ того, Объясненія 1893 г. I, стр. 128 сл., 1896 г. I, стр. 140 сл.

2) На ненужность ст. 10 указано уже въ Св. Зам., № 93.

3) Такъ именно ст. 11, 1 была понята г. Сарандо, Проектъ ВУ., Ж. М. Ю. 1900, 2, стр. 1 сл. Ср., впрочемъ, и Св. Зам., № 95.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 128 сл., 1896 г. I, стр. 140 сл., Ж. О. К., стр. 71.

вить въ ст. 11,1 лишь норму, согласно коей права, которыя записаны до внесенія новаго собственника, обязательны для послѣдняго до того момента, когда онъ, опираясь на ст. 15, докажетъ, что они недѣйствительны. Другими словами, авторы проекта желали примѣнить принципъ старшинства также и къ отношеніямъ между собственникомъ и носителями вотчинныхъ правъ, обременяющихъ его недвижимость.

Однако, не говоря даже о возможности недоразумѣній вслѣдствіе неудачной формулировки этой статьи, она и сама по себѣ покоится на неправильной или неточной мысли. Дѣло въ томъ, что причиной, по которой внесенныя въ книгу права обязательны для каждаго собственника, является вовсе не принципъ старшинства, а вотчинный характеръ этихъ правъ. Достаточно извѣстно, что этотъ характеръ проявляется именно въ томъ, что устанавливается непосредственное отношеніе между носителемъ права и вещью, независимо отъ личности собственника. Это — элементарная истина, не нуждающаяся въ особомъ выраженіи въ законѣ. Принципъ же старшинства примѣняется только къ правамъ въ чужой вещи, въ обширномъ смыслѣ слова, для опредѣленія существующаго между ними взаимоотношенія. Слѣдовательно, ст. 11,1 даже съ чисто логической точки зрѣнія не можетъ служить исходной точкой для нормировки старшинства. Она не нужна и вредна и потому должна быть уничтожена при окончательной формулировкѣ проекта.

Такимъ образомъ, остается лишь ст. 12,1, дѣйствительно регулирующая принципъ старшинства. Этотъ принципъ высказывается въ ней съ полною ясностью и опредѣленностью, но, къ сожалѣнію, не съ достаточной полнотой. Дѣло въ томъ, что отдѣлъ „Общихъ положеній“ долженъ, очевидно, содержать именно тѣ нормы, которыя имѣютъ одинаковое значеніе для всѣхъ институтовъ, разсматриваемыхъ затѣмъ въ спеціальной части. Въ данномъ случаѣ, слѣдовательно, институтъ старшинства, имѣющій одинаковое значеніе для

правъ въ чужой недвижимости и для залогового права, долженъ получить нормировку непремѣнно въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“. Между тѣмъ, ст. 12,1 содержитъ лишь общій тезисъ, а развивается онъ дальше не только въ томъ же самомъ духѣ, но и одними и тѣми же словами въ двухъ статьяхъ спеціальной части: ст. 12 высказываетъ принципъ, по которому удовлетвореніе по внесеннымъ правамъ происходитъ „въ порядкѣ старшинства, опредѣляемомъ временемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу“. Ст. же 28 и 63 объявляютъ, первая для правъ въ чужомъ имѣніи, вторая — для ипотеки, во-первыхъ, что старшинство пріобрѣтается независимо отъ того, вносится ли право первоначально въ видѣ записи или отмѣтки, а во-вторыхъ, что старшинство правъ, внесенныхъ въ одинъ день, опредѣляется послѣдовательностью внесенія.

Эта погрѣшность противъ законодательной экономіи могла бы быть устранена безъ затрудненій путемъ перенесенія въ ст. 12,1 содержанія второй части ст. 28 и 63[1]). Первая же часть обѣихъ статей могла бы вообще отпасть, такъ какъ въ ней лишь повторяется уже сказанное ясно и опредѣленно въ ст. 13,2, трактующей о значеніи отмѣтокъ. И, такъ какъ въ ст. 28,1 и 63,1 рѣчь идетъ, въ сущности, не о старшинствѣ какъ таковомъ, а, напротивъ, о значеніи отмѣтокъ для пріобрѣтенія старшинства, то, очевидно, это правило и должно быть помѣщено въ статьѣ, говорящей ex professo объ отмѣткахъ. Въ результатѣ получилось бы не только улучшеніе системы проекта, но также довольно значительное сокращеніе[2]).

Но ст. 12,1 нуждается не только въ такомъ дополненіи. Недостаткомъ является и то, что въ ней не предусмотрѣна возможность уступки старшинства и сохраненія старшинства

1) Ср. Св. Зам., № 119. Ср. ниже, § 31 и т. II, § 69.

2) При соотвѣтствующей формулировкѣ ст. 12, 1 могла бы отпасть также ст. 66, постановляющая, что по принципу старшинства разрѣшаются и столкновенія между правами третьяго и четвертаго отдѣловъ.

для внесенія вотчиннаго права, которое должно, по соглашенію сторонъ, пользоваться старшинствомъ передъ правомъ, вносимымъ раньше его. И то и другое предусматривается только для ипотеки [1]). Между тѣмъ, практическая потребность въ этомъ можетъ встрѣтиться также и для вотчинныхъ правъ другого рода, въ частности, напр., для вотчинныхъ выдачъ. Законодатель же не имѣетъ никакой причины не удовлетворять этой потребности. А при молчаніи ВУ., практика, вѣроятно, не допуститъ распространительнаго толкованія нормъ, выставленныхъ только для ипотеки [2]) [3]).

Наконецъ, слѣдуетъ еще замѣтить, что нѣсколько особымъ характеромъ отличаются ст. 11,2 и 12,2, трактующія объ отвѣтственности новаго собственника за казенныя и другія публично-правовыя недоимки и о старшинствѣ ихъ. Этимъ статьямъ, въ сущности, не мѣсто въ проектѣ, регулирующемъ гражданско-правовыя отношенія. Редакціонная комиссія, помѣщая ихъ, руководилась, быть можетъ, мыслью, что видимая абсолютность вотчинной системы могла бы привести, въ противномъ случаѣ, къ недоразумѣніямъ [4]). Но вѣдь и

1) Ст. 65 и 68 сл. — ВУ. 67 допускаетъ, впрочемъ, уступку старшинства вотчиннымъ вѣрителемъ въ пользу вотчиннаго права въ чужомъ имѣніи, но не наоборотъ и не въ отношеніи между двумя правами въ чужомъ имѣніи. Къ тому же, проектъ не пользуется, по этому случаю, терминомъ „уступка старшинства". Ср. ниже, т. II, § 69.

2) Ср. BGB. 880, 881. Напротивъ, ZGB. 813 предусматриваетъ сохраненіе старшинства только для ипотекъ, но см. объ уравненіи съ ними вотчинныхъ выдачъ Wieland, Sachenrecht ad 782, P. 4. Объ уступкѣ старшинства ZGB. вообще не содержитъ особыхъ правилъ, но допустимость ея по отношенію не только къ ипотекамъ, но и къ правамъ въ чужой вещи не подлежитъ сомнѣнію — ср. Ostertag, Sachenrecht ad 963, P. 36, ad 965, P. 22.

3) О желательности дальнѣйшаго дополненія правилъ о старшинствѣ, касающагося просроченныхъ платежей по внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ, сказано ниже въ § 28.

4) Изъ матеріаловъ — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 129 сл., 1896 г. I, стр. 140 сл., Ж. О. К., стр. 72 сл., ср. также Св. Зам., № 136 (авторомъ этого замѣчанія, вступающимся за интересы казны, является юрисконсультъ министерства земледѣлія и государственныхъ имуществъ), отзывъ министра финансовъ, стр. 91 сл. — получается впечатлѣніе, что наибольшее вниманіе по поводу этого вопроса было посвящено охранѣ фискальныхъ интересовъ, между тѣмъ какъ цивилистическая точка зрѣнія даже не затрогивается.

о другихъ аналогичныхъ вопросахъ, напр., о публично-правовыхъ ограниченіяхъ права собственности, въ современныхъ гражданскихъ кодексахъ не упоминается [1]). А что касается, въ частности, старшинства недоимокъ, то о нихъ умѣстно говорить въ ППВ., въ отдѣлѣ о распредѣленіи цѣны, вырученной публичной продажей [2]).

Въ виду этого, было бы желательно, чтобы при окончательной редакціи ВУ. совершенно отказались отъ помѣщенія въ немъ подобныхъ правилъ. А если это будетъ сочтено невозможнымъ, то было бы, пожалуй, наиболѣе цѣлесообразно отвести имъ особую статью и выдѣлить ихъ, такимъ образомъ, изъ состава цивилистическихъ нормъ.

§ 28. Изъятіе отъ дѣйствія давности.

Изъ самой сущности вотчинной системы неизбѣжно вытекаетъ требованіе, чтобы внесенныя въ книгу права были изъяты отъ дѣйствія давности. Иначе создалась бы вторая, внѣкнижная система вотчинныхъ правъ, которая устраняла бы дѣйствіе принциповъ внесенія и публичной вѣры.

Обоснованность этого положенія была вполнѣ сознаваема составителями нашего проекта [3]), и въ ст. 8 былъ ясно выраженъ общій принципъ, господствующій въ этомъ отношеніи. Однако, предположенія редакціонной комиссіи были встрѣчены отчасти живою и даже рѣзкою оппозиціею. Было выставлено требованіе сохраненія, въ частности, пріобрѣта-

1) Къ принудительной ипотекѣ, вносимой для обезпеченія публично-правовыхъ требованій, это, разумѣется, не относится, такъ какъ она является вполнѣ институтомъ гражданскаго права.

2) Ср. проектъ ППВ. 197.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 95 сл., 1896 г. I, стр. 103 сл., Ж. О. К., стр. 59 сл., Записка, стр. 29.

тельной давности, при чемъ были выдвинуты какъ общіе аргументы въ пользу этого института, такъ и доводы, опирающіеся на нѣкоторыя особенности русской жизни [1]).

Аргументы первой категоріи получили наиболѣе рѣзкое выраженіе въ указаніи на невозможность „противопоставить бумажное производство, какимъ является запись въ вотчинную книгу“, фактическому отношенію лица въ вещи, на каковомъ покоится институтъ давности.

Само собой разумѣется, однако, что это утвержденіе можетъ быть устранено простымъ указаніемъ на то, что главная функція давности заключается въ окончательномъ установленіи ясныхъ и опредѣленныхъ правоотношеній. При господствѣ же вотчинной системы, эта функція переходитъ къ вотчиннымъ книгамъ. И опытъ западно-европейскихъ государствъ доказываетъ, что такимъ путемъ вполнѣ достигается желанная цѣль. Насколько же въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ вотчинныя книги не могутъ выполнить этой задачи, настолько и остается въ силѣ внѣкнижная давность. Но ея роль уже исключительно дополнительная и служебная, и она никоимъ образомъ не можетъ вступать въ соперничество съ вотчинными книгами.

Гораздо болѣе вѣса имѣютъ тѣ аргументы, которые ссылаются на особыя условія землевладѣнія въ Россіи, въ частности, на отсутствіе точныхъ границъ [2]). Благодаря послѣднему обстоятельству, объекты внесенныхъ въ книгу правъ не могутъ быть вполнѣ опредѣленными. А въ случаѣ спора, границы могутъ быть выяснены, по мнѣнію противниковъ устраненія давности, только ссылкой на давность.

Кажется, что вопросъ этотъ поставленъ не совсѣмъ правильно. Слѣдуетъ имѣть въ виду то основное положеніе, что достовѣрность вотчинной книги относится исключительно къ сообщаемымъ ею юридическимъ свѣдѣніямъ. При такихъ условіяхъ, вопросъ о границахъ сводится къ вопросу о томъ, въ составъ какого участка входитъ спорная полоса земли. А это вопросъ совершенно иного порядка, никакого отношенія къ вотчинной книгѣ не имѣющій. И если нельзя разрѣшить его на основаніи межевыхъ плановъ, то его приходится рѣшать на основаніи общихъ принциповъ гражданскаго процесса [1] [2]).

1) Св. Зам., №№ 90, 91, отзывъ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 9 сл., Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права I, стр. 304 сл., Верблювскій, Проектъ ВУ., Сборникъ Правовѣдѣнія 1895, 4, стр. 215 сл.

2) Нѣкоторыя другія возраженія покоятся на неправильномъ пониманіи тѣхъ рамокъ, въ которыхъ отмѣняется дѣйствіе давности. См. объ этомъ Объясненія 1893 г. I, стр. 99 сл., 1896 г. I, стр. 107 сл.

1) На такой способъ рѣшенія было указано уже въ опредѣленіи II Департамента Правительствующаго Сената отъ 6 ноября 1887 г. за № 4437, цитированномъ на стр. 10 отзыва министра внутреннихъ дѣлъ. Если же онъ оказался, по утвержденію отзыва, негоднымъ, то причину тому слѣдуетъ видѣть лишь въ неправильномъ пониманіи его судебными мѣстами. Разумѣется, мыслимо, что „представляется совершенно невозможнымъ установить, въ чьемъ дѣйствительномъ владѣніи находился тотъ или другой мелкій участокъ земли, часто въ нѣсколько квадратныхъ саженъ, нѣсколько десятковъ лѣтъ тому назадъ“. Однако, не въ этомъ вѣдь дѣло. Обязанность доказыванія лежитъ, какъ извѣстно, на невладѣющемъ истцѣ. Если ему не удается доказать своего права на спорный участокъ, то послѣдній остается, очевидно, за отвѣтчикомъ — чѣмъ и рѣшается весь споръ. Допущеніе же давностнаго завладѣнія не измѣнило бы, вопреки мнѣнію отзыва, положенія дѣлъ. Ср., впрочемъ, по этому поводу Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 238 flg. — Вопросъ о неопредѣленности границъ побудилъ большинство особой комиссіи предложить такую формулировку ст. 8, по которой отъ дѣйствія давности изъемлются показанныя въ планѣ границы — Ж. О. К., стр. 65. Но министръ юстиціи, — Записка, стр. 33 сл. — на основаніи вполнѣ убѣдительныхъ аргументовъ, присоединился къ мнѣнію меньшинства, изложенному въ Ж. О. К., стр. 61 сл. — Мало удовлетворительнымъ является рѣшеніе, предложенное г. Верблювскимъ, l. c.: онъ предлагаетъ признать дѣйствіе давности между сторонами съ тѣмъ, чтобы она дѣйствовала по отношенію къ третьимъ пріобрѣтателямъ лишь послѣ внесенія пріобрѣтенныхъ по давности правъ въ вотчинную книгу. Такимъ путемъ была бы создана совершенно нежелательная двойственность вотчинныхъ правъ, хотя и нельзя отрицать, что относительность принципа внесенія дѣлаетъ такой порядокъ возможнымъ.

2) Приведенныя соображенія направлены противъ устраненія пріобрѣтательной давности. Противъ устраненія погасительной давности имѣется лишь одно возраженіе — Св. Зам., № 91. Ср., по этому поводу, Объясненія 1893 г. I, стр. 103 сл., 1896 г. I, стр. 110 сл.

Если, такимъ образомъ, исходной точкой служитъ принципіальное изъятіе внесенныхъ правъ отъ дѣйствія давности, то, съ другой стороны, не можетъ подлежать сомнѣнію, что это изъятіе абсолютнымъ быть не должно. Напротивъ, нѣкоторая роль сохраняется за давностью и при вотчинной системѣ, но, какъ было уже указано, роль лишь дополнительная и служебная. А именно, насколько вотчинныя книги, въ силу фактически создающихся отношеній, не въ состояніи установить ту опредѣленность правоотношеній, къ которой стремится законодательство, настолько и отводится извѣстный просторъ институту давности. Это признается западными кодексами [1]), на этой же точкѣ зрѣнія стоитъ принципіально и нашъ проектъ.

Правда, изъятія изъ общаго принципа, выставленнаго въ ст. 8, помѣщены не въ отдѣлѣ „Общихъ положеній", а въ спеціальной части проекта. По отношенію къ одному изъ нихъ, такое распредѣленіе является вполнѣ подходящимъ, такъ какъ оно касается лишь права собственности [2]). Остальныя же два постановленія, содержащія, по мнѣнію составителей проекта, исключенія изъ принципа ст. 8, относятся ко всѣмъ вообще вотчиннымъ правамъ и должны быть, поэтому, помѣщены въ отдѣлѣ „Общихъ положеній", — если только они вообще должны быть оговорены особо [3]).

Дѣло въ томъ, что, согласно ст. 22, право собственности, присужденное по судебному рѣшенію или пріобрѣтенное на другомъ, кромѣ договора, основаніи и не внесенное въ книгу, утрачивается силою давности. Это правило, съ одной стороны, должно, очевидно, имѣть значеніе не только для права собственности, но также и для правъ въ чужой недвижимости. Съ другой же стороны, нельзя не замѣтить, что оно вовсе не является исключеніемъ изъ общаго правила ст. 8,

1) Ср. BGB. 902, 900, 901, ZGB. 973, 661, 662, 731,3, 807.
2) ВУ. 23.
3) Ср. ниже, § 32.

такъ какъ ст. 22 говоритъ вѣдь о правахъ не внесенныхъ. На нихъ, слѣдовательно, дѣйствіе ст. 8 распространяться вовсе не можетъ, и по отношенію къ нимъ остаются въ силѣ нормы общаго гражданскаго права. Особое же упоминаніе объ этомъ является совершенно излишнимъ [1]).

То же самое приходится сказать о ст. 31. Согласно ей, платежи по вотчиннымъ выдачамъ, просроченные болѣе чѣмъ за два года и не внесенные въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, подлежатъ дѣйствію давности. По ст. 33, однако, это правило простирается также и на другіе періодическіе платежи, внесенные въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Аналогичное постановленіе о процентахъ по залоговымъ требованіямъ имѣется въ ст. 64 и 77 п. 2. Слѣдовательно, высказанное по отношенію къ платежамъ по вотчиннымъ выдачамъ правило относится ко всѣмъ вообще періодическимъ платежамъ по внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ. А поэтому слѣдовало бы формулировать соотвѣтствующее общее правило и помѣстить его въ отдѣлѣ „Общихъ положеній".

Однако, съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что и тутъ нѣтъ исключенія изъ общаго правила ст. 8. Напротивъ, періодическіе платежи, какъ таковые, въ книгу не вносятся и должны поэтому подлежать, въ силу общихъ принциповъ, дѣйствію давности. Если же просроченные за послѣдніе два года платежи изъемлются отъ дѣйствія давности, то это является послѣдствіемъ положительной нормы, признающей за ними старшинство главнаго права [2]) и выраженной особо для вотчинныхъ выдачъ въ ст. 30, а для ипотекъ въ ст. 64 и 77 п. 2 и распространенной ст. 33 на другіе періодическіе платежи. Слѣдовательно, въ особомъ выраженіи нуждается не правило о подчиненіи дѣйствію давности просроченныхъ платежей, а, напротивъ, лишь правило о распро-

1) Ср. Св. Зам., №№ 114, 115. См., однако, BGB. 901, 2.
2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 206 сл., 387 сл., 1896 г. I, стр. 228 сл., 394 сл. Ср., впрочемъ, по этому вопросу, сказанное ниже, § 30, т. II, § 69.

страненіи на нѣкоторые изъ нихъ старшинства главнаго права.

Такое правило, дѣйствительно, должно быть помѣщено въ проектѣ и притомъ, именно, въ видѣ общаго правила, касающагося періодическихъ платежей по всѣмъ внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ. Но оно будетъ относиться уже не къ правиламъ о дѣйствіи давности, а къ правиламъ о старшинствѣ вотчинныхъ правъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ, однако, указать на желательность введенія въ проектъ одной новой статьи, относящейся къ вопросу о давности. Необходимо считаться, по примѣру новѣйшихъ западныхъ кодексовъ[1]), съ возможностью, что внесенное въ вотчинную книгу право окажется недѣйствительнымъ вслѣдствіе какихъ либо недостатковъ сдѣлки. Тогда данное право не возникаетъ или не переходитъ къ дестинатару, несмотря на то, что оно фактически осуществляется имъ. Дѣйствительность же оно можетъ пріобрѣсти лишь благодаря переходу къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю. Между тѣмъ, очевидно, необходимо создать, кромѣ того, еще путь къ исцѣленію присущихъ данному праву недостатковъ и на тотъ случай, когда не послѣдуетъ дальнѣйшаго отчужденія его. А это возможно только посредствомъ признанія положенія, что лицо, въ пользу коего неправильно внесено вотчинное право, пріобрѣтаетъ таковое путемъ осуществленія его въ теченіе давностнаго срока.

По отношенію къ праву собственности это правило можетъ быть выведено изъ общихъ принциповъ: если, именно, право собственника въ смыслѣ матеріальнаго права не внесено въ вотчинную книгу, то нѣтъ препятствій къ пріобрѣтенію его другимъ лицомъ. И то обстоятельство, что это другое лицо само внесено въ книгу, не является тому препят-

1) BGB. 900, ZGB. 661 упоминаетъ только о правѣ собственности. Но допустимость аналогичнаго примѣненія этой нормы и къ правамъ въ чужой вещи находится внѣ сомнѣнія.

ствіемъ. Но по отношенію къ правамъ въ чужой вещи, давность, какъ извѣстно, дѣйствующимъ правомъ не признается способомъ пріобрѣтенія ихъ, и проектъ ВУ. по этому вопросу ничего не измѣняетъ. Между тѣмъ, безспорно желательно, чтобы и по отношенію къ нимъ былъ установленъ способъ, коимъ устранялся бы разладъ между вотчинной книгой и матеріальнымъ правоположеніемъ[1])[2]). Слѣдовательно, здѣсь давность будетъ исполнять именно ту служебную и вспомогательную по отношенію къ вотчинной книгѣ роль, которая должна возлагаться на нее при дѣйствіи вотчинной системы.

Дѣйствіе давности при господствѣ вотчинной системы регулировалось бы, такимъ образомъ, въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“ проекта ВУ. одною статьей, выражающей общій принципъ изъятія внесенныхъ правъ отъ дѣйствія давности, и одною дальнѣйшею статьей, признающей дѣйствіе общей внѣкнижной давности въ цѣляхъ согласованія книги съ матеріальнымъ правомъ.

1) При этомъ слѣдовало бы особо упомянуть о томъ, что старшинство права опредѣляется по моменту первоначальнаго внесенія, какъ то и дѣлаетъ BGB. — Впрочемъ, если и слѣдовало отмѣтить, по этому поводу, что предлагаемая въ текстѣ норма находилась бы въ противорѣчіи съ дѣйствующимъ правомъ, не признающимъ пріобрѣтенія сервитутовъ посредствомъ давностнаго владѣнія, то, съ другой стороны, необходимо имѣть въ виду, что тутъ дѣло идетъ о давности особаго рода, потребность въ признаніи которой вызывается особенностями вотчинной системы, въ виду чего ее и обозначаютъ въ германской литературѣ терминомъ „Tabulararsitzung“.

2) Кажется умѣстнымъ указать, по этому поводу, что невозможно выставить сколько нибудь опредѣленныя правила, имѣющія силу разъ на всегда, для рѣшенія вопроса о томъ, является ли какая либо норма излишней въ виду того, что она можетъ быть выведена изъ общихъ принциповъ или слѣдуетъ высказывать ее особо. Рѣшающее значеніе, въ этомъ отношеніи, должно быть признано за тактомъ законодателя, т. е. за моментомъ вполнѣ субъективнымъ. Понятно, что, въ виду этого, и критика законопроекта не можетъ быть свободна отъ того же субъективнаго элемента. А далѣе, отсюда вытекаетъ, что нѣтъ налицо противорѣчія, если въ одномъ случаѣ рекомендуется дѣлать частные выводы въ самомъ законѣ, а въ другомъ — предоставлять ихъ наукѣ и практикѣ.

Право собственности и права въ чужомъ имѣніи.

I. О редакціи гл. I и II.

§ 29. Предварительныя замѣчанія.

Главы I и II раздѣла I проекта ВУ., посвященныя праву собственности и правамъ въ чужой недвижимости, или, какъ выражается проектъ, согласно принятой имъ терминологіи, правамъ въ чужомъ имѣніи, не преслѣдуютъ цѣли внести измѣненія въ матеріальное гражданское право. Авторамъ проекта совершенно чужда мысль придать этимъ институтамъ иной объемъ или иное содержаніе, чѣмъ они имѣютъ по дѣйствующему праву. Все сводится къ приспособленію къ вотчинной системѣ институтовъ, регулируемыхъ съ матеріально-правовой стороны дѣйствующими Гражданскими законами, путемъ установленія порядка и условій записки ихъ въ вотчинную книгу.

Что редакціонная комиссія поставила себѣ именно такую ограниченную задачу, прямо высказывается только по отношенію къ правамъ въ чужой недвижимости[1]). Но по всему характеру входящихъ въ гл. I нормъ очевидно, что то же самое приходится сказать и по отношенію къ праву

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 173 сл., ср. стр. 50 сл. и 267 сл., 1896 г. I, стр. 196 сл., ср. стр. 63 сл. и 285 сл. См. также Ж. О. К., стр. 117.

собственности. Можно, впрочемъ, прибавить, что редакціонная комиссія руководствовалась при этомъ, повидимому, примѣромъ составителей прусскаго закона о пріобрѣтеніи права собственности 5 мая 1872 г., преслѣдовавшаго, въ общемъ, тѣ же самыя цѣли, какъ и нашъ проектъ ВУ. и оказавшаго, какъ извѣстно, вообще не малое вліяніе на нашъ проектъ.

Почти излишне говорить, что, при такой постановкѣ задачи, разсматриваемыя главы проекта, по сравненію съ остальными отдѣлами его, должны производить нѣсколько своеобразное впечатлѣніе. Въ то время, какъ „Введеніе“ къ проекту, содержащее „общія положенія“, даетъ болѣе или менѣе стройное изложеніе основныхъ началъ вотчинной системы, а гл. IV старается нормировать съ возможною полнотой залоговое право, эти двѣ главы даютъ лишь отрывочныя постановленія, касающіяся, къ тому же, лишь одной стороны затрагиваемыхъ институтовъ. Извѣстное сходство онѣ имѣютъ только съ гл. III. Ибо въ послѣдней, трактующей о правахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ, также нѣтъ исчерпывающей нормировки указанныхъ правъ. Но эти права все же разсматриваются съ матеріально-правовой точки зрѣнія. Признавая, въ частности, возможность внесенія ихъ въ вотчинную книгу, гл. III устанавливаетъ и послѣдствія внесенія, чѣмъ, въ сущности, создаетъ и нормируетъ новый для русскаго права институтъ. Главы I и II, напротивъ, стараются избѣжать по возможности всякихъ вторженій въ область матеріальнаго права, благодаря чему онѣ и производятъ впечатлѣніе отрывочности и неполноты.

Изъ проявленнаго редакціонною комиссіей отношенія къ этому вопросу нельзя не вывести заключенія, что редакціонная комиссія считала вполнѣ примиримымъ съ вотчинной системой дѣйствующее иммобиліарное право, за исключеніемъ лишь права залогового. А такъ какъ на комиссію была возложена задача составлять не вотчинное право,

а именно вотчинный уставъ, то, съ этой точки зрѣнія, не приходится винить ее за неполноту и отрывочность нормъ о правѣ собственности и правахъ въ чужомъ имѣніи. Слѣдуетъ, напротивъ, признать, что эти кажущіеся недостатки являются, при такихъ условіяхъ, плодомъ законодательной экономіи, безусловно заслуживающей похвалы.

Другой вопросъ, разумѣется, — насколько эта исходная точка редакціонной комиссіи правильна[1]). Кажется, однако, что съ нею можно, въ общемъ, согласиться. Несмотря на безспорную неудовлетворительность нашихъ Гражданскихъ законовъ, проявляющуюся, какъ извѣстно, и въ области иммобиліарнаго права, все же нѣтъ основанія предполагать, что возникнутъ затрудненія именно на этой почвѣ. Правда, нѣкоторые недостатки дѣйствующаго матеріальнаго права сохранятся и послѣ вступленія въ силу ВУ.[2]). Но это никоимъ образомъ не свидѣтельствуетъ о невозможности введенія вотчинной системы при частичномъ сохраненіи дѣйствующихъ матеріально-правовыхъ нормъ.

Однако, если и признать правильность исходной точки, избранной редакціонною комиссіей, то все же необходимо выставить рядъ возраженій противъ выработанныхъ комиссіей нормъ именно съ методологической точки зрѣнія. И какъ это ни неожиданно въ виду безспорной отрывочности и кажущейся неполноты разсматриваемыхъ главъ, возраженія эти сводятся, прежде всего, къ тому, что въ эти главы вошло немалое число нормъ, которыя являются отчасти неумѣстными въ данномъ отдѣлѣ проекта, отчасти же вообще излишними. Другими словами, приходится требовать исключенія ряда статей, хотя, при исполненіи этого требованія,

1) Нельзя не высказать сожалѣнія по поводу того, что редакціонная комиссія не сочла нужнымъ обосновать ближе эту исходную точку. Сказаннаго по этому поводу въ Объясненіяхъ — см. приведенныя въ предыдущемъ примѣчаніи мѣста — едва ли достаточно.

2) Ср., въ частности, сказанное ниже по поводу ст. 24, п. 3 и 25.

своеобразно отрывочный и неполный характеръ гл. I и II, съ внѣшней стороны, будетъ бросаться еще болѣе въ глаза, чѣмъ нынѣ.

При такихъ условіяхъ, необходимо выдѣлить сначала тѣ статьи, которыя должны быть устранены. Только послѣ этого окажется возможнымъ приступить къ изложенію и къ оцѣнкѣ содержанія нашихъ главъ.

Дѣло въ томъ, что редакціонная комиссія ввела въ гл. I и II рядъ постановленій, которыя никоимъ образомъ не могутъ быть признаны умѣстными въ спеціальной части проекта, такъ какъ онѣ содержатъ ничто иное, какъ примѣненіе общихъ принциповъ вотчинной системы къ отдѣльнымъ вотчиннымъ правамъ. Притомъ эти принципы, даже въ приданной имъ прикладной формѣ, имѣютъ значеніе не только для одного изъ разсматриваемыхъ въ спеціальной части правъ. А въ виду этого ясно, что подобныя нормы должны быть перенесены въ общую часть проекта, въ такъ наз. „Введеніе“ [1]).

§ 30. Ст. 20, 21 и 27.

Только что сказанное относится, прежде всего, къ ст. 20 и 21 съ одной стороны, къ ст. 27 съ другой.

Въ первыхъ двухъ высказывается принципъ, что право собственности въ случаѣ добровольнаго отчужденія пріобрѣтается со времени внесенія пріобрѣтателя въ вотчинную книгу, между тѣмъ какъ во всѣхъ прочихъ случаяхъ пріобрѣтеніе совершается независимо отъ внесенія. И то же начало, согласно послѣдней изъ указанныхъ статей, примѣняется аналогично къ установленію и отчужденію правъ въ чужомъ имѣніи.

Нельзя не замѣтить, что въ этихъ статьяхъ выражаются не нормы, касающіяся права собственности или правъ въ

1) На это обстоятельство вкратцѣ указано уже выше въ §§ 27 и 28.

чужомъ имѣніи въ особенности, а, напротивъ, выражается общій принципъ относительной силы внесенія въ вотчинную книгу, принципъ, легшій въ основаніе всей системы проекта ВУ. [1]).

Въ самомъ дѣлѣ, какъ извѣстно, этотъ принципъ устанавливается въ общей формѣ въ ст. 3 ВУ. Правда, сказаннаго тутъ было бы далеко недостаточно для выясненія затронутаго вопроса, и для устраненія всякихъ сомнѣній необходимо ближайшее изложеніе избраннаго начала. Но это изложеніе безспорно должно быть дано именно въ общей части. Разъ въ современныхъ законодательствахъ вообще признается не только полезность, но даже необходимость подобной общей части [2]), и разъ редакціонная комиссія стала на эту же точку зрѣнія, то не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что общія начала не должны помѣщаться въ спеціальныхъ частяхъ закона.

Нельзя упускать изъ виду и желательность возможнаго сокращенія закона. А эта цѣль, очевидно, не достигается, если нормы, которыя должны быть выведены за скобки и помѣщены одинъ разъ въ общей части, формулируются въ примѣненіи къ частнымъ случаямъ и помѣщаются нѣсколько разъ въ различныхъ отдѣлахъ части спеціальной. Въ данномъ же случаѣ нельзя возражать противъ этого утвержденія и указаніемъ на то, что принципъ относительной силы внесенія къ залоговому праву не относится [3]). Это лишь исключеніе, которое можетъ быть оговорено тотчасъ же въ общей части. Но оно можетъ быть упомянуто, разумѣется, также и въ главѣ, посвященной залоговому праву.

1) Ср. выше, § 11.

2) ZGB., какъ извѣстно, общей части не имѣетъ. Но это объясняется, съ одной стороны, исторіей его возникновенія, между тѣмъ какъ, съ другой стороны, надо имѣть въ виду, что въ немъ имѣется особый отдѣлъ о лицахъ. Ср. Rümelin, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen ZGB., S. 4.

3) ВУ. 47.

Въ виду изложеннаго нельзя не высказать пожеланія, чтобы ст. 20, 21 и 27, насколько ими выражается общій принципъ относительной силы внесенія въ вотчинную книгу, были исключены изъ I раздѣла проекта и включены въ составъ ст. 3. Благодаря этому, отпала бы и необходимость въ двухъ нормахъ второстепеннаго значенія, высказываемыхъ въ третьемъ абзацѣ ст. 21 и во второмъ абзацѣ ст. 27 [1]). Ибо если въ ст. 21,3 сказано, что „распоряжаться имѣніемъ по вотчинной книгѣ собственникъ можетъ лишь со времени внесенія его въ вотчинную книгу“, то это является лишь повтореніемъ того, что сказано уже въ ст. 9. И если подобное повтореніе еще можетъ быть оправдываемо при помѣщеніи ст. 21 въ спеціальной части проекта, то всякая необходимость въ немъ уже окончательно отпадаетъ при правильномъ распредѣленіи нормъ по отдѣламъ ВУ. И то же самое приходится сказать по поводу постановленія ст. 27,2, согласно которому въ случаѣ пріобрѣтенія права въ чужомъ имѣніи „въ отношеніи третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ права по вотчинной книгѣ, оно (т. е. право въ чужомъ имѣніи) до внесенія имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если во время установленія ихъ правъ было имъ извѣстно“. Ибо это постановленіе вытекаетъ безспорно изъ нормъ общей части о значеніи добросовѣстности при пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ.

Въ связи съ этимъ слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что разсматриваемыя статьи не вполнѣ безупречны и съ редакціонной точки зрѣнія.

Это относится, во-первыхъ, къ ст. 21. Дѣло въ томъ, что редакціонная комиссія вообще питала нѣкоторое пристрастіе къ установленію перечней. Въ проектѣ ГУ. можно указать цѣлый рядъ статей, въ которыхъ дается не научное

1) О нормѣ, выраженной въ послѣдней фразѣ ст. 27,2 будетъ сказано ниже, въ § 37.

опредѣленіе понятія, а замѣчается, напротивъ, попытка къ выясненію его путемъ каталогизаціи всѣхъ, по возможности, подвидовъ даннаго понятія [1]). То же самое пристрастіе, хотя, въ общемъ, на проектѣ ВУ. оно и отразилось въ гораздо меньшей мѣрѣ, все же провляется въ ст. 21, дающей перечень основаній пріобрѣтенія права собственности, кромѣ добровольнаго отчужденія. При этомъ, какъ видно изъ формулировки этой статьи въ проектѣ 1893 и 1896 гг., редакціонная комиссія стремилась дать исчерпывающій перечень. Примѣрный характеръ перечень получилъ лишь благодаря поправкамъ особой комиссіи, вставившей слова „какъ то“ и „и т. п.“ [2]). Но въ сущности, отъ этого дѣло не выиграло, ибо, строго говоря, примѣрному перечню мѣсто въ законѣ еще менѣе, чѣмъ исчерпывающему. Послѣдній, правда, является болѣе опаснымъ, но съ формальной точки зрѣнія онъ все же болѣе удовлетворителенъ и не вноситъ въ законъ, подобно примѣрному, неумѣстнаго дидактическаго элемента.

Неудовлетворительна, во-вторыхъ, и ст. 20, въ которой приводится рядъ примѣровъ для выясненія понятія добровольнаго отчужденія. Правда, кромѣ того, тутъ упоминается еще и объ общемъ понятіи. Но именно благодаря этому, указанные въ проектѣ примѣры окончательно пріобрѣтаютъ дидактическій характеръ.

Неудовлетворительность съ редакціонной точки зрѣнія этихъ двухъ статей бросается въ глаза тѣмъ болѣе, что совершенно аналогичныя нормы въ ст. 27 комиссіи удалось формулировать, не прибѣгая ни къ какимъ примѣрамъ, про-

1) Ср. напр. ГУ. 31 сл. Въ этомъ сказалось, очевидно, вліяніе дѣйствующихъ Гражданскихъ законовъ, страдающихъ, какъ извѣстно, тѣмъ же недостаткомъ обобщеній.

2) См. Ж. О. К., стр. 97. Особая Комиссія, правда, утверждаетъ, что и редакціонная комиссія желала дать лишь примѣрный перечень. Однако, изъ Объясненій нельзя усмотрѣть доказательствъ въ пользу этого мнѣнія, а формулировка самаго проекта рѣзко противорѣчитъ такому предположенію.

стымъ упоминаніемъ объ установленіи или отчужденіи правъ „по договору“ и „по другому, кромѣ договора, основанію“.

Однако, нельзя умолчать и о томъ, что, съ другой стороны, въ ст. 27 допущенъ одинъ промахъ, который въ ст. 21; хотя и имѣлся по первымъ двумъ редакціямъ, но былъ исправленъ особою комиссіей, между тѣмъ какъ въ ст. 27 онъ былъ сохраненъ. Дѣло въ томъ, что первоначально въ обѣихъ статьяхъ говорилось о пріобрѣтеніи правъ „до внесенія въ вотчинную книгу“. Особая же комиссія обратила вниманіе на неточность этого выраженія [1]) и предложила поставить на его мѣсто слова „независимо отъ внесенія“, что, разумѣется, болѣе удовлетворительно. Однако, разсматривая ст. 27, комиссія очевидно проглядѣла, что въ ней имѣется то же неточное выраженіе, которое, благодаря этому, и было сохранено.

Наконецъ, слѣдуетъ указать еще и на неудовлетворительность, съ редакціонной точки зрѣнія, одного оборота, которымъ проектъ пользуется какъ въ ст. 20, такъ и въ ст. 27. Онъ говоритъ, что право собственности и права съ чужой недвижимости пріобрѣтаются „со времени внесенія пріобрѣтателя въ вотчинную книгу“. Благодаря этому остается недоговореннымъ, въ силу какого собственно юридическаго факта происходитъ пріобрѣтеніе. Было бы, несомнѣнно, правильнѣе утверждать, что оно совершается „въ силу“ или „вслѣдствіе“ внесенія. Правда, возникновенія на этой почвѣ практическихъ недоразумѣній не приходится опасаться. Но требованія elegantiae juris тутъ, очевидно, не соблюдены. А кромѣ того, предлагаемая формулировка явно способствуетъ воззрѣнію, противъ котораго, уже по другому поводу, сама редакціонная комиссія протестуетъ довольно энергично, говоря [2]), что „подъ внесеніемъ залога слѣдуетъ

1) Ж. О. К., стр. 97 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277, 1896 г. I, стр. 294.

понимать не простое лишь оглашеніе права, уже возникшаго ранѣе, не укрѣпленіе права", а именно, „необходимое условіе его возникновенія" [1]).

Такимъ образомъ, слѣдовало бы не только перенести въ общую часть ст. 20, 21 и 27, но кромѣ того, подвергнуть ихъ тщательному редакціонному пересмотру.

§ 31. Ст. 28 и 30.

Нельзя, далѣе, не выставить возраженій и противъ ст. 28, гласящей, что старшинство правъ въ чужомъ имѣніи опредѣляется днемъ ихъ внесенія въ вотчинную книгу, причемъ безразлично, происходитъ ли внесеніе въ видѣ записи или отмѣтки, обращенной впослѣдствіи въ запись. А далѣе сказано въ этой же статьѣ, что при внесеніи правъ въ одинъ и тотъ же день, старшинство ихъ опредѣляется послѣдовательностью внесенія, если только не оговорено противное.

Уже выше [2]) было указано на то, что слѣдовало бы использовать норму, содержащуюся во второй части ст. 28, для болѣе полнаго и точнаго изложенія принципа старшинства, нынѣ далеко недостаточно нормируемаго въ ст. 12,1. Но совершенно независимо отъ этого, слѣдуетъ сказать, что и вообще ст. 28 не мѣсто въ спеціальной части. Правила о старшинствѣ имѣютъ значеніе не только для правъ въ чужомъ имѣніи въ тѣсномъ смыслѣ слова, но также и для залога. Къ тому же, такъ наз. принципъ старшинства вотчинныхъ правъ является однимъ изъ руководящихъ началъ всей вотчинной системы. И хотя онъ и не имѣетъ самостоятельнаго значенія, вытекая непосредственно изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры вотчинной книги, тѣмъ не менѣе безъ него вотчинная система не можетъ быть осуществлена. Благодаря этому, необходимо нормировать его въ общей части, или, по терминологіи проекта ВУ., въ „Введеніи".

Но кромѣ того, нельзя не обратить вниманія и въ этомъ параграфѣ на то, что первый абзацъ ст. 28 въ сущности вовсе не трактуетъ о старшинствѣ, а напротивъ устанавливаетъ лишь равноцѣнность записи и отмѣтки, съ точки зрѣнія старшинства. Онъ, слѣдовательно, повторяетъ лишь правило ст. 13, о которомъ даже излишне говорить, что оно ни при какихъ условіяхъ не можетъ быть отнесено къ спеціальной части.

Первый абзацъ ст. 28 можетъ, такимъ образомъ, совершенно отпасть, между тѣмъ какъ второй долженъ быть отнесенъ къ ст. 12, ex professo трактующей о старшинствѣ, тѣмъ болѣе, что ст. 12 въ своей нынѣшней редакціи далеко не удовлетворительна. При этомъ опять таки приходится подчеркнуть, что отъ этого не только выиграла бы система проекта, но получилась бы также экономія мѣста.

Затѣмъ слѣдуетъ обратить вниманіе еще на оговорку, имѣющуюся въ ст. 28,2: „если въ вотчинной книгѣ не будетъ оговорено, что они имѣютъ равное старшинство". При настоящемъ положеніи дѣла эта оговорка дѣйствительно необходима, такъ какъ въ области вотчиннаго права свобода договоровъ не признается и благодаря этому, при отсутствіи оговорки, соглашенія о старшинствѣ были бы недопустимы. Но такая необходимость вызвана, именно, лишь упомянутымъ уже въ своемъ мѣстѣ пробѣломъ проекта: нѣтъ постановленія, допускающаго въ принципѣ уступку старшинства по отношенію ко всѣмъ вообще правамъ въ чужомъ имѣніи. Слѣдовательно, при желательномъ вообще восполненіи этого пробѣла, могла бы отпасть и указанная оговорка.

Вопросу о старшинствѣ правъ въ чужомъ имѣніи посвящена также и ст. 30 въ первой своей части, затронутая въ другой связи уже выше [1]). Она гласитъ, что

1) Ср. также формулировку ст. 47 и сказанное по этому поводу ниже, т. II, § 56.

2) Ср. § 27.

1) См. § 28.

старшинство, присвоенное вотчинной выдачѣ, распространяется и на просроченные платежи за послѣдніе два года. А во второй фразѣ той же статьи сказано, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи пользуются, если они будутъ внесены, съ согласія собственника имѣнія или по постановленію суда, въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, старшинствомъ со времени этого внесенія.

Съ этой статьей необходимо сопоставить ст. 64 проекта ВУ. [1]), содержащую вполнѣ аналогичное постановленіе о процентахъ по обезпеченнымъ ипотекой требованіямъ. По этому поводу уже было указано въ своемъ мѣстѣ на желательность объединенія этихъ нормъ въ одной статьѣ, которая должна бы быть помѣщена въ общей части.

Въ самомъ дѣлѣ, установленіе такого общаго правила для всѣхъ періодическихъ платежей [2]) по внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ настоятельно требуется соображеніями цѣлесообразности. Съ одной стороны, необходимо дать вѣрителю извѣстную гарантію въ томъ, что онъ не понесетъ ущерба отъ того, что не прибѣгнетъ немедленно къ понудительному взысканію, лишь только должникъ допуститъ просрочку. Ибо нельзя не поощрять снисходительнаго, до извѣстной степени, отношенія вѣрителя къ должнику въ интересахъ народнаго хозяйства, а въ частности землевладѣнія, не говоря уже объ этической точкѣ зрѣнія. Съ другой же стороны, необходимо поставить въ опредѣленныя рамки гарантію, даваемую вѣрителю въ этомъ отношеніи, такъ какъ иначе могутъ потерпѣть ущербъ послѣдующіе кредиторы. Поэтому старшинствомъ должны пользоваться просроченные платежи лишь за опредѣленный, не слишкомъ продолжительный періодъ, дабы послѣдующіе вѣрители имѣли полную возможность учесть тотъ рискъ, которому они подвергаются. При этомъ, однако, само собой разумѣется, что

1) Ср. также ст. 77.
2) Ср. также ст. 33.

опредѣленіе льготнаго для просроченныхъ платежей срока можетъ быть сдѣлано только положительнымъ законодательствомъ. Если же швейцарское право опредѣляетъ его въ три года [1]), а германское [2]) въ два и если проектъ ВУ. слѣдуетъ примѣру послѣдняго, то о предпочтительности того или другого постановленія спорить едва ли возможно [3]).

Съ другой стороны слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что требованіе помѣщенія этой нормы въ общей части матеріально-правового закона не можетъ опираться на примѣръ современныхъ кодексовъ. Такъ, швейцарское уложеніе высказываетъ относящуюся сюда норму отдѣльно для вотчинной выдачи и для ипотечныхъ процентовъ [4]). Но оно поступило такъ, повидимому, потому, что въ немъ вообще нѣтъ общей части къ вотчинному праву, которая содержала бы нормы матеріальнаго права. Что же касается германскаго права, то оно имѣетъ одну общую для всѣхъ видовъ періодическихъ платежей норму. Но ее помѣстили не въ уложеніи, а въ положеніи о порядкѣ взысканія. Причиной тому послужило, вѣроятно, то соображеніе, что разсматриваемая норма проявляетъ свое дѣйствіе, именно, при публичной продажѣ.

Кажется, однако, что съ этимъ трудно согласиться. Можно сказать, что принципъ старшинства вообще проявляется практически лишь при публичной продажѣ. Тѣмъ не менѣе, онъ, безспорно, имѣетъ матеріальное значеніе. Поэтому слѣдуетъ признать, что германское законодательство поступило вполнѣ правильно, посвящая ему рядъ статей въ отдѣлѣ „общихъ положеній о правахъ въ недвижимости“ въ гражданскомъ уложеніи [5]). И нѣтъ никакой причины,

1) ZGB. 790, 791.
2) ZwVG. 10, P. 4.
3) Объ исчисленіи этого двухгодичнаго срока см. ниже, т. II, § 79.
4) ZGB. 790, 791, 818.
5) BGB. 873 flg.

почему бы здѣсь же не могла быть помѣщена и норма о старшинствѣ просроченныхъ платежей. Правда, въ защиту точки зрѣнія германскаго законодательства можно было бы привести еще и то соображеніе, что кредиторъ, въ интересахъ сохраненія признаваемой за нимъ льготы, обязанъ заявить о недоимкѣ въ опредѣленный срокъ. Иначе просроченные платежи лишаются старшинства [1]). Такимъ образомъ, будто бы устанавливается тѣснѣйшая связь между старшинствомъ и публичной продажей. Однако, такое утвержденіе едва ли могло бы быть признано убѣдительнымъ. Дѣло въ томъ, что обязанность заявленія возлагается на вѣрителя въ чисто практическихъ цѣляхъ, на что и указываютъ Объясненія къ проекту ППВ. [2]), послѣдовавшему въ этомъ отношеніи примѣру германскаго права [3]): фактъ просрочки платежей не можетъ быть усмотрѣнъ изъ вотчинной книги и предположеніе о ней не можетъ быть выставлено. Между тѣмъ необходимо выяснить, имѣются ли недоимки, такъ какъ иначе нельзя установить низшую цѣну, за которую можетъ быть продана недвижимость. Слѣдовательно, обязанность заявленія нисколько не затрагиваетъ матеріально-правового характера нормы о старшинствѣ просроченныхъ платежей.

Въ результатѣ, такимъ образомъ, нельзя не признать, что составители проекта поступили вполнѣ правильно, помѣщая разсматриваемую норму въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву — въ противоположность германскому законодательству. Но такъ какъ въ проектѣ — въ противоположность вотчинному праву швейцарскаго уложенія — имѣется общая часть, то именно въ ней слѣдовало помѣстить и эту норму. И тогда, разумѣется, она имѣла бы отношеніе уже не къ однѣмъ вотчиннымъ выдачамъ, но также

1) ZwVG. 45.
2) Объясненія 1893 г., стр. 52 сл., 1896 г., стр. 60 сл.
3) Ср. ст. 103, 104, 114, 115, 200, 201, 204, 205.

и къ процентамъ по ипотечнымъ долгамъ, другими словами, ко всѣмъ періодическимъ платежамъ, вытекающимъ изъ внесеннаго въ вотчинную книгу по третьему или четвертому отдѣлу права [1]) [2]).

Въ связи съ этимъ нельзя, впрочемъ, не указать еще и на то, что вторая фраза ст. 30, равно какъ и вторая фраза ст. 64 не только совершенно излишня, но даже и неумѣстна. Излишня она потому, что никакому сомнѣнію не подлежитъ и не можетъ подлежать, что „платежи, просроченные болѣе чѣмъ за два года“, если они „будутъ, съ согласія собственника имѣнія или по постановленію суда, внесены въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги“ — „пользуются старшинствомъ со времени этого внесенія“. Вѣдь здѣсь высказывается лишь элементарное положеніе залогового права. Неумѣстность же этой фразы заключается въ томъ, что она, въ сущности, вовсе не выставляетъ юридической нормы, а лишь даетъ сторонамъ или даже одному вѣрителю, совѣтъ, который, кромѣ ст. 30 и 64, повторяется, впрочемъ, еще и въ ст. 37 и 42 по отношенію къ наемнымъ деньгамъ, уплаченнымъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ или ранѣе назначеннаго въ договорѣ срока и по отношенію къ досрочнымъ платежамъ по договорамъ продажи лѣса на срубъ. Между тѣмъ, дѣло идетъ о самомъ обыкновенномъ и весьма распространенномъ на практикѣ

1) На первый взглядъ, было бы мыслимо возраженіе, что при отсутствіи конструктивной тождественности между платежами по вотчиннымъ выдачамъ и процентами по ипотечнымъ долгамъ предлагаемое въ текстѣ слияніе нормъ, касающихся этихъ институтовъ, является принципіально недопустимымъ. Однако, это возраженіе было бы неосновательно, такъ какъ при конструкціи вотчинной выдачи, принятой проектомъ ВУ., эта тождественность имѣется налицо. Ср. объ этомъ ниже, § 36.

2) Ст. 64 приписываетъ равное съ капитальной суммой старшинство не только процентамъ за послѣдніе два года, но, кромѣ того, еще издержкамъ взысканія. Ср. также ст. 77,3 и проектъ ППВ. 103. Не вполнѣ понятно, отчего эта льгота не распространяется также и на вѣрителя по вотчинной выдачѣ.

способъ обезпеченія вѣрителя путемъ установленія залога въ обезпеченіе обновленнаго обязательства. И если проектъ, согласно ст. 202, предполагаетъ обставить внесеніе подобнаго залога нѣсколько упрощенными формами, то вполнѣ достаточно упомянуть объ этомъ въ той части проекта, которая посвящена формальному праву. Съ точки зрѣнія же матеріальнаго права отсюда не вытекаетъ необходимости ни выдѣлять этотъ залогъ въ особый видъ, ни особо обращать вниманіе сторонъ на возможность его установленія.

Въ виду этого нельзя даже высказать пожеланіе, чтобы это правило, повторяемое въ проектѣ не менѣе четырехъ разъ, получивъ болѣе общую формулировку, было перенесено въ общую часть ВУ. Напротивъ, единственно цѣлесообразнымъ является полное его исключеніе.

§ 32. Ст. 22 и 31.

Если, такимъ образомъ, слѣдуетъ совершенно отбросить постановленіе второй части ст. 30 и перенести въ общую часть ст. 28 и 30,1, развивающія общій для всѣхъ вотчинныхъ правъ принципъ старшинства, то нельзя согласиться на введеніе въ спеціальную часть проекта также и двухъ дальнѣйшихъ статей, говорящихъ о примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ принципа изъятія отъ дѣйствія давности внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ. Строго говоря, обѣ эти статьи трактуютъ даже не о примѣненіи указаннаго принципа къ внесеннымъ правамъ, а о непримѣненіи его къ правамъ не внесеннымъ, т. е. говорятъ нѣчто, само собой разумѣющееся.

Рѣчь идетъ о ст. 22 и 31. Ихъ ненадобность въ достаточной степени выяснилась уже выше: совершенно понятно, что подъ защитой ст. 8 не могутъ находиться ни право собственности, пріобрѣтенное внѣ книги и въ книгу не внесенное, ни платежи по вотчиннымъ выдачамъ, просроченные болѣе чѣмъ за два года и не внесенные въ вотчинную книгу

въ видѣ особой статьи. Поэтому остается лишь добавить одно соображеніе.

Если бы, именно, законодатель, опасаясь могущихъ возникнуть на практикѣ недоразумѣній, пожелалъ формулировать норму, подобную ст. 22, несмотря на очевидную ея ненадобность, то онъ не долженъ былъ отнести ее исключительно къ праву собственности. По проекту, именно, и права въ чужомъ имѣніи могутъ быть пріобрѣтаемы внѣ книги. Слѣдовательно, и они могутъ подлежать дѣйствію давности, если не будутъ внесены въ вотчинную книгу. И возможность недоразумѣній по отношенію къ нимъ ничуть не меньшая, чѣмъ по отношенію къ праву собственности. Въ виду этого, въ случаѣ сохраненія ст. 22, слѣдовало бы придать ей болѣе общую формулировку и вмѣстѣ съ тѣмъ перенести ее въ общую часть, т. е. въ „Введеніе“.

То же самое приходится сказать и о ст. 31: въ случаѣ сохраненія выраженной въ ней нормы, слѣдовало бы отнести ее не только къ платежамъ по вотчиннымъ выдачамъ, но и къ другому еще виду періодическихъ платежей, вытекающихъ изъ внесеннаго въ книгу права, т. е. къ процентамъ по ипотечному долгу. И въ такомъ случаѣ также было бы необходимо перенесеніе ея въ общую часть.

Впрочемъ, съ редакціонной точки зрѣнія, слѣдуетъ признать крайне неумѣстными вставленныя въ ст. 31 слова: „и не внесенные въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги въ видѣ лежащаго на имѣніи долга“. Вѣдь просроченный платежъ по вотчинной выдачѣ, внесенный въ четвертый отдѣлъ книги, уже утратилъ характеръ просроченнаго платежа и обратился въ ипотечный долгъ. Онъ находится поэтому всецѣло подъ дѣйствіемъ ст. 8 и изъятъ отъ дѣйствія давности. Но это разумѣется само собой и никоимъ образомъ не нуждается въ особомъ упоминаніи.

Этимъ можетъ быть закончено разсмотрѣніе гл. I и II съ чисто редакціонной точки зрѣнія. Въ результатѣ его

получается необходимость требовать исключенія изъ гл. I ст. 20, 21, 22, а изъ гл. II ст. 27, 28, 30 и 31, такъ какъ въ нихъ предписывается лишь примѣненіе къ частнымъ случаямъ основныхъ началъ вотчинной системы. Поэтому, онѣ должны быть перенесены въ общую часть, при чемъ слѣдовало бы придать имъ иную и болѣе общую формулировку. Ст. же 22, 30,2 и 31 могли бы быть исключены вовсе.

Послѣ подобной расчистки можно обратиться уже къ изложенію и разбору остальныхъ нормъ по существу.

II.

§ 33. Право собственности.

Гл. I, трактующая о правѣ собственности, благодаря исключенію изъ ея состава ст. 20, 21 и 22, получила бы еще болѣе неполный и отрывочный видъ, чѣмъ она имѣетъ въ настоящее время. Однако, какъ было указано уже выше, это обстоятельство не можетъ имѣть существеннаго значенія въ виду вполнѣ опредѣленныхъ цѣлей, которыя преслѣдуются этою главой.

Такимъ образомъ, изъ предполагаемыхъ нынѣшнимъ проектомъ ВУ. статей, въ составѣ гл. I остается всего лишь одна ст. 23, гласящая, что право собственности въ недвижимости можетъ быть пріобрѣтаемо по давности владѣнія послѣ того, какъ умеръ внесенный въ книгу собственникъ.

Правда, оставаясь на почвѣ строгой послѣдовательности, можно было бы утверждать, что и ст. 23 излишня. Какъ было указано уже прежними критиками проекта [1]) и какъ упомянуто даже самою редакціонной комиссіей [2]), нѣтъ основанія примѣнять въ данномъ случаѣ постановленіе ст. 8 объ изъятіи отъ дѣйствія давности внесенныхъ

1) Св. Зам., №№ 114, 115, 116.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 171, 1896 г. I, стр. 194.

въ вотчинную книгу правъ. Дѣло въ томъ, что со смертью собственника отпадаетъ прежній субъектъ права. Если же наслѣдники не будутъ внесены въ вотчинную книгу, то, очевидно, о наличности внесеннаго права говорить не приходится. При этомъ, разумѣется, совершенно безразлично, создастся ли такое положеніе за неимѣніемъ наслѣдниковъ, за фактическою неявкою ихъ или за нежеланіемъ ихъ принять необходимыя для внесенія ихъ въ вотчинную книгу мѣры. Во всякомъ случаѣ, недвижимость будетъ подлежать дѣйствію давности.

Какъ видно, такое рѣшеніе вытекаетъ изъ самаго существа вопроса. Тѣмъ не менѣе, трудно согласиться съ требованіемъ исключенія также и этой статьи, такъ какъ за отсутствіемъ ея могутъ возникнуть на практикѣ затрудненія. Едва ли можно быть увѣреннымъ въ томъ, что вотчинныя установленія и суды всегда придутъ къ правильному рѣшенію вопроса и не будутъ введены въ заблужденіе тѣмъ обстоятельствомъ, что право умершаго собственника продолжаетъ значиться въ вотчинной книгѣ. А результатомъ этого, съ точки зрѣнія права, было бы то, что данная недвижимость будетъ изъята изъ оборота, между тѣмъ какъ фактически кто либо завладѣетъ ею въ цѣломъ или въ части, не имѣя, однако, возможности быть внесеннымъ въ книгу и распоряжаться недвижимостью по книгѣ.

Въ поддержку такого воззрѣнія можно, впрочемъ, сослаться и на примѣръ западныхъ законодательствъ. Какъ германское уложеніе [1]), такъ и швейцарское [2]) содержатъ норму, вполнѣ аналогичную ст. 22. И тутъ, слѣдовательно, опасались практическихъ осложненій, несмотря на то, что западно-европейскіе юристы въ значительной своей части были знакомы съ вотчинной системой еще до вступленія въ силу BGB. и ZGB.

1) BGB. 927.
2) ZGB. 662.

Въ виду этого, требованіе исключенія ст. 22 кажется чрезмѣрнымъ ригоризмомъ и остается лишь указать на то, что къ смерти въ этомъ отношеніи слѣдовало бы приравнять и другія явленія, обыкновенно приравниваемыя ей закономъ, какъ то: безвѣстное отсутствіе, поступленіе въ монашество и лишеніе всѣхъ правъ состоянія. На это, хотя и тщетно, было указываемо уже раньше [1]). Редакціонная же комиссія [2]) сочла умѣстнымъ умолчать объ этихъ явленіяхъ, такъ какъ значеніе ихъ подлежитъ выясненію въ законодательныхъ актахъ, изданіе которыхъ должно послѣдовать въ будущемъ. Позволительно, однако, сомнѣваться въ правильности такой точки зрѣнія, въ результатѣ которой получается явный пробѣлъ въ законѣ, восполнять который поневолѣ придется практикѣ.

Вотъ, въ сущности, и все, что приходится сказать о правѣ собственности съ точки зрѣнія будущаго ВУ. Остается развѣ упомянуть и здѣсь о предложенной выше [3]) рецепціи постановленій германскаго и швейцарскаго уложеній [4]), касающихся давностнаго пріобрѣтенія по вотчинной книгѣ, такъ наз. Tabularersitzung. Но соотвѣтствующую статью все же слѣдовало бы помѣстить въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“, хотя она и имѣла бы значеніе, главнымъ образомъ, для права собственности.

Гл. I должна была бы состоять, такимъ образомъ, всего изъ одной статьи, касающейся вопроса о давностномъ владѣніи, какъ средствѣ пріобрѣтенія права собственности. Во всѣхъ же прочихъ отношеніяхъ право собственности въ недвижимости регулировалось бы на основаніи, съ одной стороны, общей части ВУ., съ другой, — дѣйствующихъ Законовъ гражданскихъ.

1) Св. Зам., № 90, 1.
2) Объясненія 1896 г. I, стр. 194.
3) § 28.
4) BGB. 900, ZGB. 661.

III. Права въ чужомъ имѣніи.

§ 34. Предварительныя замѣчанія.

Гораздо болѣе полный, чѣмъ глава о правѣ собственности, видъ будетъ имѣть, даже по исключеніи излишнихъ и неумѣстныхъ статей, гл. II, посвященная правамъ въ чужомъ имѣніи. Въ ней сохранится, прежде всего, ст. 24. Затѣмъ, до сихъ поръ не приходилось возражать противъ слѣдующихъ пяти статей: 25, 26, 29, 32 и 33. Кромѣ того, должна быть принята во вниманіе еще послѣдняя фраза ст. 27.

Однако, предварительно необходимо обратить вниманіе на неудачную надпись, данную редакціонной комиссіей главѣ II. Надпись эта гласитъ „о правахъ въ чужомъ имѣніи или объ ограниченіяхъ права собственности“. Даже излишне говорить, сколь неумѣстно такое сопоставленіе — тѣмъ болѣе, что уже въ Замѣчаніяхъ на проектъ 1893 г. было указано на это [1]). Однако, редакціонная комиссія при составленіи проекта 1896 г. сочла возможнымъ сохранить прежнее заглавіе, хотя ей и не удалось обосновать свое рѣшеніе сколько нибудь убѣдительными аргументами [2]). А особая комиссія на этотъ вопросъ не обратила даже вниманія.

Остается только пожелать, чтобы этотъ промахъ былъ исправленъ въ окончательной редакціи ВУ.

Сюда же относится упрекъ [3]), выставленный противъ проекта въ томъ, что въ число правъ въ чужомъ имѣніи не включено право залога, которое, напротивъ, ставится рядомъ съ ними какъ самостоятельная категорія. Однако, этому упреку едва ли слѣдуетъ придавать значеніе. Даже если оставить въ сторонѣ вопросъ о томъ, является ли со-

1) Св. Зам., № 73 (стр. 90).
2) Объясненія 1896 г. I, стр. 198 сл., ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 174 сл.
3) Св. Зам., № 73 (стр. 89).

временное право залога правомъ въ чужой вещи или же абсолютнымъ правомъ на цѣнность вещи [1]), кажется вполнѣ допустимымъ понимать терминъ „права въ чужомъ имѣніи“ также и въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, при чемъ право залога не входитъ въ это понятіе. И это тѣмъ болѣе, что на этой почвѣ не можетъ возникать никакихъ недоразумѣній [2]).

§ 35. Права въ чужомъ имѣніи.

Если, обратиться, затѣмъ, къ содержанію гл. II, то слѣдуетъ сказать, что прежде всего большой интересъ представляетъ ст. 24. При этомъ необходимо отмѣтить, въ первую голову, что она, взятая вмѣстѣ со ст. 1 ВУ., косвенно выражаетъ извѣстный принципъ современнаго вотчиннаго права, согласно которому свобода договоровъ не признается въ области иммобиліарнаго права, а допускаются ко внесенію лишь строго опредѣленныя закономъ по своему содержанію вотчинныя права, т. е. такъ наз. принципъ numeri clausi [3]) [4]). Но если даже оставить въ сторонѣ этотъ вопросъ, не имѣющій непосредственнаго отношенія къ темѣ настоящаго параграфа [5]), то все же слѣдуетъ сказать, что ст. 24 даетъ богатый матеріалъ и притомъ не только съ точки зрѣнія при-

1) Ср. ниже, т. II, §§ 48 сл.

2) Очень можетъ быть, впрочемъ, что редакціонная комиссія послѣдовала въ этомъ отношеніи примѣру прусскаго закона о пріобрѣтеніи права собственности 1872 г., устанавливающаго слѣдующія подраздѣленія: Von dem Erwerb des Eigentums an Grundstücken. Von den dinglichen Rechten an Grundstücken. Von dem Recht der Hypothek und der Grundschuld. Von dem Bergwerkseigentum und selbständigen Gerechtigkeiten. Allgemeine Bestimmungen.

3) Ср. выше, § 26.

4) По этому поводу слѣдуетъ, впрочемъ, указать на то, что этотъ принципъ нарушается въ проектѣ ГУ.: ст. 1774 упоминаетъ о внесеніи въ вотчинную книгу права преимущественной покупки, о каковомъ не говорится въ ст. 917 ГУ., тождественной по содержанію со ст. 24 ВУ. и выставляющей, слѣдовательно, также принципъ numeri clausi.

5) Ср., однако, сказанное ниже, въ § 38.

способленія дѣйствующаго права къ вотчинной системѣ. Именно, сопоставляя въ этой статьѣ признаваемыя нашимъ дѣйствующимъ правомъ права въ чужой недвижимости, редакціонная комиссія должна была поневолѣ совершить извѣстное вторженіе въ область матеріальнаго права, такъ какъ иначе не было бы возможности вообще подвести подъ дѣйствіе вотчинной системы эту далеко недостаточно регулируемую дѣйствующимъ правомъ область.

Правда, редакціонная комиссія соблюдала при этомъ крайнюю осторожность и искала опоры для матеріальнаго содержанія ст. 24 въ цѣломъ рядѣ постановленій дѣйствующаго права, а также въ данныхъ практики, извлеченныхъ изъ нотаріальныхъ архивовъ. Но ей все же пришлось, хотя бы съ внѣшней стороны, привести къ одному знаменателю разсѣянныя по всему Своду Законовъ постановленія о правахъ въ чужой недвижимости. И само собой разумѣется, что со стремленіемъ комиссіи къ такой цѣли можно только согласиться.

Большія въ этомъ отношеніи затрудненія представляетъ собой уже поставленное комиссіей во главѣ ст. 24 „право отдѣльнаго владѣнія, вѣчнаго, пожизненнаго или срочнаго“. Какъ явствуетъ изъ Объясненій [1]), комиссія вполнѣ сознавала, что дѣйствующее право не знаетъ такого владѣнія, какъ цѣльнаго и самостоятельнаго института. Она констатируетъ даже, что извѣстные нашимъ законамъ отдѣльные виды такого владѣнія „не составляютъ законченной формы вотчинныхъ правъ, а скорѣе являются способомъ хозяйственнаго управленія и извлеченія доходовъ изъ недвижимыхъ имуществъ разными вѣдомствами, состоящими на особыхъ и исключительныхъ правахъ, или же имѣютъ значеніе особаго способа поземельнаго устройства цѣлыхъ разрядовъ народонаселенія, какъ, напр., бывшихъ крѣпостныхъ крестьянъ

1) 1893 г. I, стр. 176 сл., 1896 г. I, стр. 199 сл.

Закавказья, единовѣрцевъ и старообрядцевъ въ сѣверо-западныхъ и бѣлорусскихъ губерніяхъ", и т. д. Однако, на ряду съ этимъ, существуютъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, безспорно и виды вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія на гражданско-правовомъ основаніи, какъ, напр., чиншевое право и вообще правоотношенія, возникающія на практикѣ на основаніи ст. 514 т. X ч. 1. Свѣдѣнія о цѣломъ рядѣ случаевъ именно такого отдѣльнаго владѣнія и приводятся въ Объясненіяхъ, черпавшихъ данныя изъ нотаріальныхъ архивовъ [1]). Само собой разумѣется при этомъ, что нормировка этихъ весьма разнообразныхъ по своему содержанію правоотношеній не входила въ задачи редакціонной комиссіи, а должна была быть предоставлена будущему ГУ. [2]). Но уже одно упоминаніе объ этомъ институтѣ, дѣлаемое въ такой формѣ, не можетъ не оказать извѣстнаго вліянія и на матеріальное право и не увеличить значенія этого института на практикѣ.

Однако, подъ отдѣльнымъ владѣніемъ проектъ разумѣетъ не только институты упомянутаго до сихъ поръ типа, а вводитъ сюда и „право пожизненнаго или срочнаго владѣнія", совпадающее съ понятіемъ пользовладѣнія. Такая классификація можетъ показаться, на первый взглядъ, мало удовлетворительной. Согласно схемѣ, выработанной римскимъ правомъ и принятой также и новѣйшими кодексами [3]), мы привыкли причислять пользовладѣніе къ сервитутамъ.

Здѣсь, разумѣется, не мѣсто для изслѣдованія причинъ, по которымъ римское право придерживалось именно такой классификаціи. Но онѣ безспорно вытекаютъ изъ особенностей историческаго развитія и носятъ чисто положительный характеръ. Идейной же необходимости въ такой классификаціи, во всякомъ случаѣ, не существуетъ. И если доктрина римскаго права въ группѣ jura in re прово-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 181 сл., 1896 г. I, стр. 204 сл.
2) Ср. ст. 927 сл.
3) Ср. BGB., 3 Buch, 5 Abschnitt, ZGB. 21 Titel, 2 Abschnitt.

дитъ грань между сервитутами, съ одной стороны, эмфитевзисомъ и суперфиціэсомъ, — съ другой, то ясно, что критеріемъ при этомъ служитъ, прежде всего, объемъ правомочій, признаваемыхъ за носителемъ права. А если вообще признавать эту точку зрѣнія, то трудно спорить и противъ воззрѣнія, что пользовладѣніе стоитъ ближе къ эмфитевзису и суперфиціэсу, чѣмъ къ сервитутамъ.

Слѣдовательно, едва ли приходится возражать противъ точки зрѣнія, принятой нашимъ проектомъ, тѣмъ болѣе, что въ ея пользу говоритъ и терминологія дѣйствующаго права, не знающая пользовладѣнія, а лишь пожизненное владѣніе [1]).

Но вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо указать на желательность нѣкотораго дополненія п. 1 ст. 24. Во-первыхъ, послѣ изданія закона 23 іюня 1912 г. слѣдуетъ внести сюда также и право застройки, которое по всему своему характеру относится къ правамъ въ чужой вещи и въ частности, ближе всего подходитъ къ понятію отдѣльнаго владѣнія.

Во-вторыхъ, слѣдуетъ, допустить возможность заведенія особой вотчинной книги для права отдѣльнаго владѣнія. Правда, на практикѣ этою возможностью будутъ пользоваться лишь для нѣкоторыхъ его видовъ. Критеріемъ при этомъ будутъ служить соображенія экономическаго характера. Но если данный видъ права отдѣльнаго владѣнія по характеру своему можетъ быть обременяемъ другими правами и если такое обремененіе является желательнымъ, то законодательство должно, очевидно, способствовать удовлетворенію имѣющейся потребности. Въ частности, можно указать на потребность лицъ, пользующихся правомъ отдѣльнаго владѣнія или правомъ застройки, въ ипотечномъ кредитѣ. Мыслима, впрочемъ, и желательность установленія другихъ правъ, какъ, напр., сервитутовъ [2]).

1) X т. I ч., ст. 116, 118, 533,1 сл., 1070, 1141, 1148 прим., 1157.
2) Открытіе для права застройки особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, а также обремененіе этого права залогомъ и другими

Заведеніе въ такомъ случаѣ особой вотчинной книги необходимо потому, что объектомъ обремененія является, именно, право отдѣльнаго владѣнія или право застройки. Слѣдовательно, данныя обремененія и не могутъ быть вносимы въ ту вотчинную книгу, которая посвящена самой недвижимости. Это сознавалось, впрочемъ, самими составителями проекта ВУ., и поэтому они въ отдѣлъ проекта, посвященный формальному праву, ввели особый раздѣлъ V: „о вотчинныхъ книгахъ на принадлежащіе казнѣ или городу участки, состоящіе въ вѣчномъ отдѣльномъ владѣніи постороннихъ лицъ".

Это самъ по себѣ фактъ, безспорно отрадный, тѣмъ болѣе, что содержаніе особой вотчинной книги нормируется вполнѣ удовлетворительно: во второй отдѣлъ книги, вмѣсто свѣдѣній о правѣ собственности, вносятся свѣдѣнія о правѣ отдѣльнаго владѣнія, въ третій — ограниченія сего права, размѣръ оброковъ и т. д., въ четвертый — залоговыя требованія, обременяющія право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не указать на то, что постановленія раздѣла V страдаютъ однимъ серьезнымъ недостаткомъ.

Этотъ недостатокъ заключается въ томъ, что постановленія проекта разсчитаны на слишкомъ узкій кругъ явленій. Въ особой вотчинной книгѣ могутъ нуждаться не только вѣчные, но и срочные отдѣльные владѣльцы и притомъ не только такіе, которые пріобрѣли свое право отъ казны или города. Эти условія, слѣдовательно, должны были бы отпасть и заведеніе особой вотчинной книги должно быть признано допустимымъ въ пользу всѣхъ управомоченныхъ по п. 1 ст. 24 ВУ. лицъ. Опасаться какихъ либо вредныхъ по-

вещными правами предусматриваетсяи закономъ 23 іюня 1912 г. въ ст. 26 и 2. Ср., впрочемъ, о затрудненіяхъ, связанныхъ съ вторымъ изъ этихъ вопросовъ Гойхбаргъ, Законъ о правѣ застройки, стр. 38 сл., прим., Выдринъ и Вилейкинъ, Законъ о правѣ застройки, стр. 18 сл., бар. Симолинъ, Право застройки, Вѣстн. Гр. Пр. 1913, 7, стр. 36 сл.

слѣдствій отъ этого не приходится, такъ какъ характеръ права, подлежащій обремененію, явствуетъ изъ вотчинной книги. Если же данное право въ отдѣльномъ случаѣ не будетъ являться подходящимъ объектомъ для обремененія [1]), то, съ одной стороны, управомоченный не будетъ просить о заведеніи особой книги, а съ другой, онъ не найдетъ желающихъ пріобрѣтать права въ его правѣ [2]).

Болѣе спеціальный характеръ носитъ упоминаемое въ п. 2 ст. 24 право на разработку нѣдръ земли [3]). Однако, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что и тутъ имѣется налицо право въ чужой вещи [4]). Безспорно и оно нуждается въ нормировкѣ съ цивилистической точки зрѣнія, но и тутъ эта задача должна быть предоставлена будущему уложенію [5]).

Напротивъ, большой интересъ съ точки зрѣнія гражданскаго права представляетъ слѣдующій затѣмъ пунктъ ст. 24, причисляющій къ правамъ въ чужомъ имѣніи сервитуты и тутъ же, въ поясненіе этого, не встрѣчающагося, какъ извѣстно, въ X т., термина прибавляющій: „то есть право участія частнаго, право угодій и вообще вотчинныя права,

1) Таковымъ окажется, напр., въ большинствѣ случаевъ право пожизненнаго пользовладѣнія, благодаря неопредѣленности момента его прекращенія.

2) Германское право предусматриваетъ возможность заведенія особой вотчинной книги для права застройки (Erbbaurecht) — ср. BGB. 1012 flg., GBO. 7. Ср. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht I, S. 604 flg., II, S. 692, гдѣ имѣется и образецъ вотчинной книги, заведенной для права застройки.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 183 сл., 1896 г. I, стр. 205 сл.

4) Таковымъ оно является, безъ сомнѣнія, по отношенію къ разрабатываемому участку. Вопросъ же о характерѣ права на самыя ископаемыя, какъ вещнаго права присвоенія ср. Stobbe-Lehmann, Handbuch, II, 1, S. 80, 532 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 493 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 629 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 312 flg., а въ русской литературѣ Удинцевъ, Русское горноземельное право, стр. 37 сл., Вормсъ и Ельяшевичъ, Комментарій, вып. II, стр. 300 — этимъ не затрогивается. Ср. также Удинцевъ, Право на разработку нѣдръ земли, Юр. Изв. 1913, 1, 2.

5) Ср. ГУ. 952 сл.

установляемыя въ одномъ имѣніи для другого имѣнія или въ пользу извѣстнаго лица и учрежденія".

Нельзя не отмѣтить, что здѣсь имѣется несомнѣнное вторженіе проекта ВУ. въ область матеріальнаго права. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ признать, что по этому вопросу комиссія находилась въ крайне затруднительномъ положеніи и что избранный ею выходъ является вполнѣ удачнымъ. Правда, на первый взглядъ, можетъ показаться и излишней и неправильной попытка опредѣлить обходнымъ путемъ столь твердо установленный въ доктринѣ институтъ, каковымъ является сервитутъ. Къ тому же, едва ли можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что право участія частнаго и право угодій считаются нашимъ законодательствомъ институтами далеко не совпадающими. Подъ понятіе сервитута подходитъ, какъ извѣстно, лишь второй изъ нихъ, между тѣмъ какъ первый, по легальному опредѣленію, совпадаетъ съ понятіемъ законнаго ограниченія собственности [1]). Это признается и литературой [2]), хотя, вмѣстѣ съ тѣмъ, ею и отмѣчается, что вся эта область регулирована далеко неудовлетворительно, что исходная точка не выдерживается самимъ закономъ и что, кромѣ того, принятая закономъ терминологія весьма неудачна. Однако, нельзя не принять, при этомъ, въ соображеніе и того, что подъ правомъ участія частнаго практика весьма нерѣдко разумѣетъ не ограниченіе права собственности, а, напротивъ, субъективное право, установленіемъ котораго устраняется законное ограниченіе, т. е. такое право, которое по своему характеру и является, именно, сервитутомъ [3]). Къ

1) Ср. X т. 1 ч., стт. 432, 433, 442 сл., 452 сл.

2) Ср., напр., Анненковъ, Система II, стр. 348 сл., Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права I, стр. 458 сл., Мейеръ, Русское гражд. право, стр. 255 сл., Шершеневичъ, Учебникъ (8 изд.), стр. 258 сл., Кассо, Русское поземельное право, стр. 76 сл., 202 сл.

3) Ср. Гуляевъ, Право участія частнаго въ практикѣ Гражд. Касс. Деп. Прав. Сената, Вопросы Права 1912, II, стр. 1 сл.

тому же и самъ законъ подъ правомъ участія частнаго, несомнѣнно, подчасъ разумѣетъ сервитутное право [1]).

При такомъ положеніи дѣла, дѣйствительно, кажется наиболѣе подходящимъ для проекта отказаться отъ запутанной терминологіи дѣйствующаго права и избрать новую исходную точку, согласную съ требованіями юридической доктрины. Правда, такимъ образомъ создается нѣкоторое противорѣчіе между дѣйствующими Гражданскими законами и проектомъ ВУ. Однако, вся эта область и въ настоящее время полна противорѣчій, вызванныхъ неудачными постановленіями закона. Предположенія же проекта ничуть не увеличиваютъ ихъ числа, а, напротивъ, являются первымъ шагомъ къ устраненію всей имѣющейся путаницы.

Въ виду этого нельзя не привѣтствовать рѣшенія редакціонной комиссіи, благодаря которому въ наше право, наконецъ, вводится вполнѣ ясное понятіе сервитута съ рѣзкимъ противоставленіемъ ему понятія законнаго ограниченія права собственности. Притомъ въ понятіи сервитута, согласно указанію п. 3 ст. 24, объединяются какъ право участія частнаго, насколько оно имѣетъ сервитутный характеръ, такъ и право угодій и встрѣчающіяся, кромѣ того, на практикѣ многочисленныя сервитутныя права, указываемыя въ матеріалахъ къ проекту на основаніи данныхъ, извлеченныхъ изъ нотаріальныхъ архивовъ [2]).

Въ виду того особаго положенія дѣла, съ которымъ по этому вопросу приходилось считаться редакціонной комиссіи, необходимо отказаться и отъ тѣхъ возраженій, съ редакціонной точки зрѣнія, которыя при иныхъ условіяхъ пришлось бы выставить противъ формулировки п. 3. Замѣчаемое вообще пристрастіе комиссіи къ установленію перечней вмѣсто выставленія общихъ понятій въ данномъ

1) X т. 1 ч., ст. 575, 576, 606.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 190 сл., 1896 г. I, стр. 212 сл.

случаѣ вполнѣ умѣстно. Вполнѣ умѣстно и то, что приводятся, въ качествѣ примѣровъ, отдѣльные сервитуты. Возражать приходится развѣ противъ даваемой тутъ же характеристики реальнаго сервитута, какъ права, устанавливаемаго въ одномъ имѣніи „для другого имѣнія“. Благодаря этому можетъ получиться впечатлѣніе, будто комиссія признаетъ субъектомъ такого сервитута самый господствующій участокъ. Само собой разумѣется, что дѣло лишь въ неточности выраженія. Однако, столь же ясно, что эта неточность должна быть исправлена въ окончательной редакціи ВУ.[1]). Впрочемъ, исправленію подлежитъ еще и другая неточность, касающаяся также обозначенія управомоченнаго по сервитуту: сопоставленіе лица, подъ каковымъ, очевидно, разумѣется, лицо физическое, съ учрежденіемъ неудовлетворительно, такъ какъ послѣднее выраженіе, по довольно твердо установившейся терминологіи, охватываетъ лишь одинъ изъ видовъ юридическихъ лицъ. Было бы вполнѣ достаточно говорить здѣсь просто о лицѣ.

§ 36. Въ частности, вотчинныя выдачи.

Среди перечисленныхъ въ ст. 24 правъ въ чужой недвижимости особый интересъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, особыя затрудненія представляетъ институтъ вотчинныхъ выдачъ, ко-

1) Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить еще разъ по этому поводу, сколь неудачно заглавіе, данное комиссіей главѣ II. Если комиссія рѣшилась внести, съ матеріальной точки зрѣнія, ясность въ эту область даже вопреки дѣйствующему праву, то тѣмъ менѣе понятно, отчего она снова сама затемняетъ терминологически тотъ же вопросъ, отождествляя права въ чужомъ имѣніи и ограниченія права собственности.

Что касается, впрочемъ, терминологіи проекта, то, пожалуй, небезинтересенъ фактъ, что редакціонная комиссія первоначально желала избѣжать иностраннаго термина „сервитутъ“ и предпочла говорить въ проектѣ 1893 г. о „вотчинныхъ повинностяхъ“. Однако, возраженія, выставленныя противъ такой терминологіи въ Св. Зам., — №№ 73 (стр. 89), 76, 77 — очевидно, убѣдили комиссію въ непригодности ея и въ проектѣ 1896 г. термина „вотчинныя повинности“ уже нѣтъ.

торый до сихъ поръ въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ упоминался только мимоходомъ[1]), но встрѣчался на практикѣ далеко не рѣдко, какъ явствуетъ изъ свѣдѣній, извлеченныхъ редакціонною комиссіей изъ нотаріальныхъ архивовъ[2]). Поэтому и нельзя не привѣтствовать, что комиссія упомянула о немъ особо и тѣмъ создала почву для дальнѣйшаго его развитія.

Правда, вмѣстѣ съ тѣмъ неизбѣжно возникаетъ вопросъ о конструкціи этого института. Это вопросъ въ высшей степени спорный въ литературѣ германскаго права, въ которомъ онъ играетъ, какъ извѣстно, несравненно большую роль, чѣмъ у насъ[3]). Однако, нельзя не признать, что понятіе вотчинной выдачи какъ таковое далеко не связано съ одною опредѣленною конструкціей. Если, согласно задачамъ настоящаго изслѣдованія, оставить въ сторонѣ исторію института и обратиться къ праву лишь двухъ новѣйшихъ кодексовъ, то оказывается, что и здѣсь онъ получилъ конструкцію далеко не одинаковую.

Дѣло въ томъ, что германское уложеніе признаетъ вотчинную выдачу реальнымъ обремененіемъ недвижимости[4]). При этомъ, однако, за отсутствіемъ условія о противномъ, собственникъ отвѣчаетъ лично за отдѣльные платежи[5]). Слѣдовательно, отдѣльные платежи являются личнымъ долгомъ собственника, снабженнымъ вещнымъ обезпеченіемъ. Правда, по идеѣ самаго института, на первомъ планѣ стоитъ именно это вещное обезпеченіе или, говоря точнѣе, обремененіе недвижимости[6]). Но результатъ остается однимъ и

1) См. X т. ч., ст. 1069, 1086, 1328, 1388.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 197 сл., 1896 г. I, стр. 219 сл.

3) Ср. объ этомъ вопросѣ Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 49 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 703 flg. и указанную у нихъ литературу.

4) BGB. 1105. — Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 710 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 650 flg., Crome, System III, S. 609 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 430 flg., Kober, Sachenrecht, S. 648 flg.

5) BGB. 1108.

6) Это подчеркиваетъ съ особою рѣзкостью Gierke, l. c.

тѣмъ же, тѣмъ болѣе, что въ случаѣ просрочки болѣе чѣмъ за два года, отдѣльные платежи совершенно утрачиваютъ характеръ реальнаго обремененія и принимаютъ уже исключительно характеръ личнаго долга [1]).

Иную исходную точку избрало уложеніе швейцарское [2]). Правда, оно также считаетъ вотчинную выдачу, какъ таковую, реальнымъ обремененіемъ недвижимости. Но оно не признаетъ личной отвѣтственности собственника за отдѣльные платежи, и вѣритель можетъ искать удовлетворенія также и за нихъ исключительно изъ недвижимости [3]). Однако, отдѣльный платежъ, просроченный болѣе чѣмъ за три года, превращается въ личный долгъ собственника, лишенный всякой связи съ недвижимостью [4]).

Если, затѣмъ, поднять вопросъ о предпочительности одной изъ этихъ конструкцій, то слѣдуетъ, кажется, высказаться за конструкцію германскаго права. Она основывается на послѣдовательномъ и вполнѣ логическомъ развитіи, заключающемся въ постепенномъ ослабленіи обезпеченности отдѣльнаго платежа. По швейцарскому уложенію, напротивъ, имѣется рѣзкое измѣненіе правъ вѣрителя по вотчинной выдачѣ. Кредиторъ можетъ требовать удовлетворенія первоначально только изъ недвижимости и не имѣетъ никакого личнаго права противъ собственника. Съ момента же истеченія опредѣленнаго срока, его строго реальное право превращается въ чисто личное.

Съ цивильно-политической точки зрѣнія такая нормировка можетъ быть оправдываема: ея смыслъ заключается въ избѣжаніи накопленія недоимокъ на недвижимости, существованіе которыхъ, съ одной стороны, не можетъ быть усмо-

1) ZwVG. 10.

2) Ср. Tuor, Das neue Recht, S. 439 flg., Wieland, Sachenrecht, S. 200 flg., 273 flg.

3) ZGB. 791,1.

4) ZGB. 791,2.

трѣно изъ вотчинной книги, а съ другой стороны, противорѣчило бы интересамъ другихъ вещно-управомоченныхъ. Но та же цѣль могла бы быть достигнута, съ сохраненіемъ строго реальнаго характера обремененія, путемъ признанія сокращенной давности, благодаря которой права вѣрителя погашались бы совершенно, хотя бы послѣ истеченія только трехъ лѣтъ.

Однако, трудно отрицать, что подобная норма не отвѣчала бы экономическимъ интересамъ обѣихъ заинтересованныхъ сторонъ. Но въ такомъ случаѣ слѣдовало, кажется, отказаться отъ строго реальнаго характера института и принять конструкцію германскаго уложенія, вмѣсто того, чтобы признать превращеніе реальнаго права въ личное, благодаря одному истеченію времени. Такимъ путемъ, правда, достигается та двоякая цѣль, къ которой стремились, повидимому, редакторы швейцарскаго уложенія: сохраняется конструкція вотчинной выдачи, какъ строго реальнаго права и осуществляется опредѣленный хозяйственный результатъ. Но отъ этого, безъ сомнѣнія, страдаетъ elegantia jūris и страдаетъ безъ достаточныхъ основаній. Какъ показываетъ примѣръ германскаго уложенія, существуетъ полная возможность поставить институтъ вотчинной выдачи на нѣсколько иную, но столь же твердую и исторически равно обоснованную почву, не насилуя при этомъ юридической логики и все же достигая тѣхъ же экономическихъ результатовъ. Къ тому же нельзя не прибавить, что едва ли существуютъ сколько нибудь вѣскіе аргументы противъ личной отвѣтственности собственника также и за не просроченные платежи.

Какъ же рѣшенъ этотъ вопросъ нашимъ правомъ?

Дѣйствующее право вовсе не обращаетъ на него вниманія. Точно также нельзя найти на него отвѣта и въ данныхъ практики, сообщаемыхъ редакціонною комиссіей. Между тѣмъ, проектъ ВУ., несмотря на ограниченность своихъ задачъ, не могъ обойти полнымъ молчаніемъ этотъ во-

просъ. Иначе оказалось бы невозможнымъ приспособить этотъ институтъ къ вотчинной системѣ. Ибо отъ принятія той или иной конструкціи зависитъ, понятнымъ образомъ, и отношеніе къ цѣлому ряду отдѣльныхъ вопросовъ, нормировка которыхъ является необходимостью уже съ чисто практической точки зрѣнія. Естественно, что одно то обстоятельство, что редакціонной комиссіи въ п. 4 ст. 24 приходилось фиксировать понятіе вотчинной выдачи и объяснить его съ цѣлью избѣжанія на практикѣ недоразумѣній, заставило ее принять въ этомъ отношеніи опредѣленную точку зрѣнія.

Изъ п. 4 ст. 24 можно усмотрѣть, что вотчинныя выдачи признаются лежащими на имѣніи выдачами деньгами или натурою въ пользу извѣстнаго лица или учрежденія.

Съ редакціонной точки зрѣнія приходится, по этому поводу, отмѣтить, прежде всего, что имѣющееся и тутъ, такъ же, какъ въ п. 3 ст. 24, сопоставленіе лица съ учрежденіемъ неудачно. Но кромѣ того, слѣдовало бы указать и на то, что управомоченнымъ можетъ быть — на практикѣ это встрѣчается далеко нерѣдко и предусматривается самимъ проектомъ ВУ. въ ст. 33 — не только „извѣстное лицо“, какъ таковое, а также собственникъ извѣстной недвижимости [1]). Иначе, при узкомъ толкованіи ВУ. практикой, могутъ получиться весьма нежелательныя послѣдствія.

Но важнѣе этихъ редакціонныхъ недостатковъ, разумѣется, то, что въ указанныхъ словахъ проекта, дѣйствительно, заключается, хотя и неполное, опредѣленіе разсматриваемаго института. А именно, вотчинныя выдачи признаются обременепіемъ недвижимости, каковымъ онѣ являются и по праву новѣйшихъ кодексовъ. Однако, само собой разумѣется, что одного этого недостаточно, такъ какъ вопросъ о характерѣ платежей или, выражаясь точнѣе, о характерѣ права на отдѣльные платежи по вотчинной выдачѣ остается совершенно открытымъ. Правда, изъ п. 4 можно было бы сдѣлать заключеніе, что мы имѣемъ дѣло со строго реальною обязанностью и что, слѣдовательно, не признается личной отвѣтственности собственника. Но такой выводъ, былъ бы, очевидно, слишкомъ поспѣшнымъ. Слѣдуетъ, напротивъ, привлечь для выясненія характера нашего института и дальнѣйшія отдѣльныя постановленія проекта — тѣмъ болѣе, что и легальное опредѣленіе германскаго уложенія, имѣющееся въ ст. 1105, выясняетъ лишь одну сторону вопроса.

1) Ср. ZGB. 782, 2.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ разсматривавшихся уже выше ст. 30,1 и 31 явствуетъ, что вещнымъ обремененіемъ имѣнія являются только платежи, просроченные не болѣе чѣмъ за два года. Просроченные же за большій срокъ перестаютъ тяготѣть на недвижимости. При этомъ слѣдуетъ подчеркнуть два момента, во-первыхъ, тотъ, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи лишаются не только старшинства основного права, но лишаются и всякаго вещнаго обезпеченія. Если, именно, обращать вниманіе только на ст. 30,1, то можно было бы притти также и къ противоположному выводу. Однако, такой выводъ привелъ бы, прежде всего, къ непреодолимымъ затрудненіямъ. Возникаетъ вопросъ, какимъ же старшинствомъ, въ такомъ случаѣ, должны пользоваться эти платежи? А затѣмъ, такой выводъ опровергался бы, во-первыхъ, ст. 30,2, правда, совершенно ненужной, но все же предусматривающей внесеніе просроченныхъ платежей въ виду особой статьи и доставленіе имъ, такимъ путемъ, вещнаго обезпеченія и опредѣленнаго старшинства, во-вторыхъ, ст. 31, явно признающею просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи невнесенными въ вотчинную книгу, и наконецъ, ст. 200 проекта ШВ., окончательно устраняющею всякія сомнѣнія. Тутъ, именно, говорится, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи удовлетворяются наравнѣ съ требованіями личныхъ вѣрителей. Слѣдовательно, вполнѣ ясно,

что указанные платежи совершенно утрачиваютъ характеръ обремененія недвижимости.

Второй же моментъ, имѣющій значеніе для даннаго вопроса, заключается въ томъ, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи являются личнымъ долгомъ просрочившагося собственника. Это явствуетъ не только изъ указаннаго только что постановленія ППВ., но также и изъ ст. 31 ВУ. Именно, если бы мы имѣли дѣло здѣсь съ сокращенною давностью — что теоретически было бы вполнѣ допустимо — то должна была бы отпасть не только ст. 200 ППВ., но также и ст. 31 ВУ., такъ какъ и послѣдняя разсчитана, очевидно, на признаніе просроченныхъ платежей личнымъ долгомъ собственника.

Однако, все это не рѣшаетъ основного вопроса и, въ частности, не рѣшаетъ вопроса о характерѣ платежей не просроченныхъ или просроченныхъ не болѣе чѣмъ за два года. Какъ показываетъ примѣръ швейцарскаго уложенія, признаніе просроченныхъ платежей личнымъ долгомъ собственника не исключаетъ возможности признанія не просроченныхъ платежей строго реальнымъ обременениемъ, соединеннаго съ отрицаніемъ личной отвѣтственности собственника.

Отрицательное отношеніе къ такой конструкціи, хотя, къ сожалѣнію, и не достаточно рѣшительное, проявляется уже въ ст. 32,1 ВУ. Согласно этой статьѣ сингулярный преемникъ собственника отвѣчаетъ за просроченные при его предшественникахъ платежи только за послѣдніе два года, между тѣмъ какъ универсальный преемникъ отвѣчаетъ за всѣ вообще платежи.

Второе изъ этихъ постановленій содержитъ, съ одной стороны, лишнее подтвержденіе нормы, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи являются личнымъ долгомъ собственника, а съ другой стороны, оно не отводитъ особаго мѣста платежамъ, просроченнымъ не болѣе чѣмъ за два года. Слѣдовательно, и они признаются личнымъ долгомъ наслѣдниковъ, а поэтому и самого просрочившагося собственника. Что же касается первой фразы ст. 32,1, то и тутъ возлагается личная отвѣтственность за платежи, просроченные не болѣе чѣмъ за два года, на сингулярнаго преемника просрочившаго собственника. Нѣтъ, очевидно, никакихъ основаній предполагать, что проектъ желаетъ возложить на преемника такую отвѣтственность, какая не лежала на самомъ просрочившемъ. Слѣдовательно, отсюда нельзя не сдѣлать вывода, что собственникъ недвижимости, обремененной вотчинною выдачей, отвѣчаетъ лично также и за просроченныя не болѣе чѣмъ за два года выдачи.

Правда, въ проектѣ это прямо не говорится и если привлечь къ выясненію смысла ст. 32,1 матеріалы, то получается впечатлѣніе, что составители проекта вопроса о личной отвѣтственности собственника вовсе въ виду не имѣли [1]) и что съ этой точки зрѣнія, формулировка разсматриваемой статьи имѣетъ болѣе или менѣе случайный характеръ. Поэтому было бы, пожалуй, недостаточно осторожно по сравнительно важному вопросу основываться лишь на этой формулировкѣ. Слѣдуетъ, напротивъ, искать другихъ болѣе вѣскихъ доказательствъ.

Но таковыхъ изъ текста ВУ., къ сожалѣнію, почерпнуть невозможно. Тѣмъ не менѣе нельзя не выставить предположенія, что проектъ признаетъ личную отвѣтственность собственника за всѣ вообще платежи по вотчиннымъ выдачамъ. Дѣло въ томъ, что нѣтъ никакого основанія

1) Ср. Объясненіе 1893 г. I, стр., 210 сл., 1896 г., I, стр., 232. Тутъ, послѣ ссылки на ст. 30, говорится, что „новый собственникъ имѣнія обязанъ отвѣчать за просроченные при его предшественникахъ платежи по вотчиннымъ выдачамъ только за послѣдніе два года“. А цитированныя тутъ же статьи мѣстнаго прибалтійскаго права и саксонскаго и германскаго уложеній ровно ничего не выясняютъ, такъ какъ онѣ между собой расходятся, при чемъ, въ частности, германское уложеніе возлагаетъ на собственника личную отвѣтственность исключительно за просроченные имъ самимъ платежи.

предполагать, что проектъ избралъ изъ двухъ возможныхъ конструкцій ту, которая, очевидно, менѣе удачна и, вмѣстѣ съ тѣмъ, болѣе искусственна. И разъ проектъ признаетъ личную отвѣтственность собственника за платежи, просроченные болѣе чѣмъ за два года, то, до доказательства противнаго, необходимо предполагать, что такая же отвѣтственность признается и по отношенію къ платежамъ не просроченнымъ. Иначе оставался бы открытымъ, также какъ по швейцарскому праву, вопросъ о томъ, какимъ образомъ строго реальное право, благодаря истеченію времени, можетъ превратиться въ право личное.

Въ виду этого нельзя не предполагать, что наша редакціонная комиссія приняла ту же конструкцію института вотчинной выдачи, которая признается германскимъ уложеніемъ. Другими словами, и по проекту ВУ. вотчинная выдача является такимъ обремененіемъ недвижимости, въ силу котораго управомоченное лицо можетъ требовать произведенія ему опредѣленныхъ періодическихъ выдачъ деньгами или натурою. За указанныя періодическія выдачи отвѣчаетъ собственникъ лично, а по просрочкѣ болѣе чѣмъ за два года право на полученіе ихъ лишается реальнаго характера и превращается въ личное требованіе противъ собственника.

Для полноты изложенія и для избѣжанія недоразумѣній можно еще добавить, что право не на отдѣльные платежи или выдачи, а на вотчинную выдачу, какъ таковую, является правомъ строго реальнымъ. Это положеніе пріобрѣтаетъ практическое значеніе тогда, когда обремененное имѣніе поступаетъ въ публичную продажу и когда вырученною цѣною не покрывается самое право вотчинной выдачи[1]). Въ такомъ случаѣ управомоченный долженъ удовольствоваться тѣмъ, что приходится на его долю, и не

1) Ср. проектъ ППВ. 206.

имѣетъ права взыскивать недостатокъ съ прежняго собственника [1]). Правда, и это не высказывается прямо въ проектѣ ВУ. Но это вытекаетъ изъ поясненія института вочинныхъ выдачъ, даваемаго въ ст. 24 п. 4, ибо въ иномъ смыслѣ нельзя понимать утвержденія проекта, что выдачи „лежатъ на имѣніи“. А затѣмъ, нельзя не обратить вниманія на то, что только такая конструкція согласна съ понятіемъ объ этомъ институтѣ, выработаннымъ наукою [2]).

Такимъ образомъ, проектъ даетъ возможность конструировать институтъ вотчинныхъ выдачъ, несмотря на то, что редакціонная комиссія избѣжала формулировать прямо свое воззрѣніе на него. И хотя, въ сущности, и тутъ полу-

1) Напротивъ, недополученное вѣрителемъ по просроченнымъ не болѣе чѣмъ за два года платежамъ можетъ быть взыскано путемъ личнаго иска, на основаніи личной отвѣтственности собственника и несмотря на то, что и по этимъ платежамъ отвѣчаетъ недвижимость. Слѣдуетъ указать, впрочемъ, и на то, что по проекту ВУ. не можетъ быть рѣшенъ вопросъ, имѣетъ ли личная отвѣтственность вѣрителя лишь дополнительный характеръ или стоитъ она на одной доскѣ съ реальною отвѣтственностью недвижимости. По всему характеру института вотчинной выдачи, какъ реальнаго обремененія, слѣдовало бы скорѣе предполагать первое, причемъ можно указать также и на аналогію съ постановленіемъ ст. 101 ВУ. — ср. ниже, т. II, §§ 82, 88 сл. Въ этомъ же смыслѣ вопросъ рѣшается и проектомъ ГУ., ст. 1030 котораго гласитъ: „За выдачи, просроченныя собственникомъ во время принадлежности ему обремененнаго имѣнія, онъ отвѣчаетъ этимъ имѣніемъ, а при недостаточности такового — всѣмъ своимъ имуществомъ“.

2) Правильность изложенной конструкціи вотчинной выдачи подтверждается, до извѣстной степени, постановленіями проекта ГУ. Это касается, въ частности, вопроса о личной отвѣтственности собственника. Здѣсь въ ст. 1029 уже прямо сказано, что „собственникъ имѣнія, обремененнаго вотчинной выдачей, обязанъ производить опредѣленныя повременныя выдачи“. Ср. также упомянутую въ предыдущемъ примѣчаніи ст. 1030. Трудно предположить, чтобы редакціонная комиссія желала установить въ одномъ изъ выработанныхъ ею проектовъ одно понятіе института, а въ другомъ другое. Нежеланіе же комиссіи измѣнять въ ВУ. матеріальное право — чѣмъ мотивировалось бы расхожденіе между двумя проектами — по отношенію къ вотчинной выдачѣ едва ли могло сыграть какой либо ролн, въ виду упомянутаго выше въ текстѣ обстоятельства, что правовая природа этого института дѣйствующимъ правомъ вовсе не устанавливается.

чается вторженіе въ область матеріальнаго права, все же винить за это редакціонную комиссію не приходится, такъ какъ она иначе не могла достигнуть и своей непосредственной цѣли.

Однако, нельзя не высказать, вмѣстѣ съ тѣмъ, даже того, что редакціонной комиссіи слѣдовало пойти въ этомъ направленіи нѣсколько дальше. Дѣло въ томъ, что она, какъ было изложено, становится по отношенію къ разсматриваемому институту на вполнѣ опредѣленную точку зрѣнія. Но какова эта точка, приходится выяснить по косвеннымъ указаніямъ проекта. Въ проектѣ, именно, введены нормы, которыя регулируютъ нѣсколько отдѣльныхъ конкретныхъ вопросовъ, могущихъ возникнуть на практикѣ. Тѣ же самые вопросы, однако, разрѣшались бы гораздо проще, если бы было установлено принципіальное воззрѣніе проекта на весь институтъ. А кромѣ того, на практикѣ можетъ возникнуть еще цѣлый рядъ подобныхъ вопросовъ, не предусмотрѣнныхъ редакціонною комиссіей. Ихъ пришлось бы рѣшать обходнымъ путемъ, извлекая сначала изъ детальныхъ нормъ проекта общее начало и затѣмъ лишь примѣняя послѣднее къ отдѣльному случаю. Даже если отказаться, по этому поводу, отъ аргументаціи съ точки зрѣнія научнаго достоинства проекта и принять въ соображеніе лишь практическіе моменты, то всетаки приходится сказать, что редакціонная комиссія напрасно избѣгала столь тщательно прямого установленія конструкціи разсматриваемаго института. Разъ она, въ сущности, все же устанавливаетъ таковую, то было бы, очевидно, гораздо цѣлесообразнѣе дать прямо разрѣшеніе возникающихъ принципіальныхъ вопросовъ. А то обстоятельство, что задачи ВУ. состоятъ лишь въ приспособленіи дѣйствующаго права къ вотчинной системѣ, не должно было являться помѣхой. Ибо безъ болѣе точнаго выясненія существа института, примѣняемаго на практикѣ, но почти не затронутаго законодательствомъ, невозможно его существованіе при дѣйствіи вотчинной системы.

Все сказанное относится, прежде всего, къ вопросу о характерѣ права на отдѣльныя выдачи. Проектъ даетъ о немъ, какъ мы видѣли, нѣсколько детальныхъ постановленій, но онъ не выясняетъ его характера. Между тѣмъ, если бы было выражено прямо, что по отдѣльнымъ выдачамъ признается личная отвѣтственность собственника и что по просроченнымъ болѣе чѣмъ за два года платежамъ существуетъ исключительно личная отвѣтственность, то не было бы ни малѣйшей необходимости въ изложенныхъ въ проектѣ детальныхъ постановленіяхъ.

При такомъ положеніи дѣла, было бы уже совершенно ясно, что нѣтъ рѣшительно никакой причины, по которой слѣдовало бы помѣщать въ проектѣ ст. 30,2 и 31 [1]). Ибо если просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи являются личнымъ долгомъ собственника, то, съ одной стороны, не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что подобный долгъ можетъ быть обезпеченъ залогомъ и будетъ пользоваться, въ такомъ случаѣ, старшинствомъ со времени внесенія въ четвертый отдѣлъ книги. Съ другой же стороны, не стоитъ даже упоминать о томъ, что чисто личное право вѣрителя по вотчинной выдачѣ подлежитъ дѣйствію давности и никоимъ образомъ не можетъ быть подчинено дѣйствію ст. 8 ВУ., трактующей объ изъятіи отъ дѣйствія давности внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ.

Напротивъ, лишь отчасти излишней оказалась бы ст. 32,1. А именно, если характеръ права на отдѣльные платежи будетъ выясненъ, то вторая ея фраза можетъ отпасть безъ всякаго вреда для дѣла. Ибо отвѣтственность наслѣдниковъ просрочившаго собственника является естественнымъ послѣдствіемъ личной отвѣтственности послѣдняго. Лич-

1) Ср. выше, § 34.

ная же отвѣтственность сингулярнаго преемника за платежи, просроченные не болѣе чѣмъ за два года, разумѣется, должна быть особо оговорена, такъ какъ она вытѣкаетъ изъ нормы, имѣющей чисто положительный характеръ. Можно, впрочемъ, прибавить, что она является, съ точки зрѣнія цѣлесообразности, вполнѣ удачною, такъ какъ ею значительно облегчается положеніе управомоченнаго, между тѣмъ какъ интересы обязаннаго отъ этого едва ли могутъ серьезно пострадать [1]).

Затѣмъ, независимо отъ этого, слѣдуетъ требовать исключенія также и ст. 32,2 и 33.

Дѣло въ томъ, что ст. 32,2 освобождаетъ отъ отвѣтственности за просроченные платежи пріобрѣтателя недвижимости по публичной продажѣ и по принудительному отчужденію недвижимости. Что касается перваго, то слѣдуетъ сказать, что его свобода отъ отвѣтственности вытекаетъ изъ самой сущности его положенія: на удовлетвореніе долговъ и недоимокъ должна итти сумма, вырученная при публичной продажѣ. И если даже не можетъ возникнуть мысль возложить на пріобрѣтателя отвѣтственность за капитальные долги, не покрытые покупною цѣною, то столь же ясно, что не можетъ быть такой отвѣтственности и по отношенію къ недоимкамъ по періодическимъ платежамъ. Ибо не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что пріобрѣтатель по публичной продажѣ обязанъ исключительно ко внесенію предложенной имъ на торгѣ цѣны [2]). Къ тому же, проектъ

1) Этимъ, разумѣется, не затрагивается ни право вѣрителя по вотчинной выдачѣ обращаться съ личнымъ искомъ къ самому просрочившему собственнику, ни, тѣмъ болѣе, право пріобрѣтателя обремененной недвижимости требовать возмѣщенія уплаченной суммы отъ него же на основаніи существующихъ между ними договорныхъ отношеній. Правда, при признаніи лишь дополнительнаго характера личной отвѣтственности, вѣритель по вотчинной выдачѣ и въ этомъ случаѣ сможетъ предъявить личный искъ къ прежнему собственнику лишь дополнительно, т. е. при недостаточности имѣнія.

2) Особое упоминаніе по этому случаю объ оставляемыхъ на имѣніи долгахъ кажется излишнимъ. Ср., впрочемъ, текстъ къ слѣдующему примѣчанію.

ППВ. прямо говоритъ, что „по оставленнымъ на имѣніи долгамъ и вотчиннымъ выдачамъ покупщикъ обязанъ платить проценты и производить выдачи за время со дня постановленія опредѣленія объ утвержденіи имѣнія“ [1]).

Не можетъ быть сомнѣнія и въ томъ, что совершенно аналогичное положеніе возникаетъ при принудительномъ отчужденіи, хотя дѣйствующіе Гражданскіе законы объ этомъ и не упоминаютъ [2]). Поэтому вполнѣ понятно, что особая комиссія [3]) пожелала подвести подъ одну норму оба случая. Это желаніе вытекаетъ, слѣдовательно, изъ вполнѣ правильной мысли. Но оно привело, тѣмъ не менѣе, лишь къ прибавленію еще одного лишняго постановленія. И если слѣдуетъ отбросить ст. 32,2 въ формулировкѣ редакціонной комиссіи, въ которой говорится только о пріобрѣтателѣ по публичной продажѣ, то то же самое приходится сказать о ней въ томъ видѣ, который она получила благодаря дополненію, введенному особою комиссіей.

Наконецъ, послѣдняя статья гл. II, ст. 33, оказывается уже совершенно излишней. Она гласитъ, что періодическіе платежи, установленные въ видѣ вознагражденія за пользованіе реальными сервитутами, вносятся въ третій отдѣлъ вотчинной книги господствующаго участка. Нельзя не сказать, что въ этомъ постановленіи нѣтъ никакой необходимости, такъ какъ съ перваго взгляда ясно, что здѣсь имѣется типичный случай вотчинной выдачи. Въ самомъ дѣлѣ, если въ интересахъ одного имѣнія устанавливаются сервитуты въ другомъ и если въ вознагражденіе за это устанавливаются періодическіе платежи, то, за исключеніемъ самыхъ рѣдкихъ случаевъ, обусловливаемыхъ какими нибудь индивидуальными особенностями, стороны всегда пожелаютъ обременить этими платежами господствующій участокъ, такъ какъ они,

1) Ст. 177.

2) Ср., впрочемъ, X т. 1 ч., ст. 589, п. 2.

3) Ж. О. К., стр. 105 сл.

именно, и являются эквивалентомъ выгодъ, доставляемыхъ участку путемъ установленія сервитута [1]). А разъ имѣется налицо это намѣреніе, то оно можетъ быть осуществляемо только путемъ установленія вотчинной выдачи, вносимой въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Слѣдовательно, и нѣтъ никакой причины упоминать объ этомъ особо въ законѣ, тѣмъ болѣе, что выставляемое проектомъ ВУ. понятіе вотчинной выдачи вполнѣ подходитъ и для даннаго случая.

Правда, предусматриваемые въ ст. 33 случаи не имѣются въ перечнѣ встрѣчающихся на практикѣ вотчинныхъ выдачъ, даваемомъ въ Объясненіяхъ [2]). Но вѣдь этотъ перечень, помѣщенный не въ самомъ законопроектѣ, а въ матеріалахъ къ нему, не могъ бы имѣть въ этомъ отношеніи никакого значенія, даже тогда, когда онъ былъ бы исчерпывающимъ — каковымъ онъ на дѣлѣ не является.

Столь же неубѣдительно было бы указаніе на то, что въ ст. 33 говорится отчасти о выдачахъ, являющихся эквивалентомъ за такіе сервитуты, которые регулируются не Законами гражданскими, а Уставомъ сельскаго хозяйства [3]), при чемъ можно было бы еще прибавить, что эти сервитуты обладаютъ нѣсколько аномальнымъ характеромъ въ виду возможности установленія ихъ помимо согласія собственника служащаго участка [4]). Однако, даже излишне говорить, что характеръ правового института не опредѣляется помѣщеніемъ его въ томъ или другомъ отдѣлѣ законодательства и что подобный аргументъ особенно неубѣдителенъ для нашего права, кодификація котораго, какъ извѣстно, далеко не отличается выдержанностью и послѣдовательностью. Во всякомъ же случаѣ, указанные въ ст. 33 сервитуты неоспоримо являются именно сервитутами и вознагражденіе за установленіе ихъ не можетъ не быть признаваемо вотчинной выдачей. Слѣдовательно, и нѣтъ никакой необходимости въ особомъ разрѣшеніи со стороны закона вносить эти платежи въ вотчинную книгу. Если же составители проекта опасались возникновенія на практикѣ недоразумѣній, то представлялась полная возможность упомянуть объ этой категоріи вотчинныхъ выдачъ въ инструкціи вотчиннымъ учрежденіямъ, а въ крайнемъ случаѣ, въ дѣлопроизводственныхъ правилахъ самого ВУ. Но помѣщать эту норму въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву, ни въ коемъ случаѣ не слѣдовало.

1) Въ виду возраженій, выставленныхъ выше противъ редакціи ст. 24 п. 3, кажется не лишнимъ подчеркнуть, что олицетвореніе участка допускается здѣсь исключительно ради удобства изложенія.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 197 сл., 1896 г. I, стр. 219 сл.

3) Ст. 236 сл.

4) Объ этомъ ср. ниже.

Тѣмъ менѣе имѣлась необходимость особо оговорить, какъ то дѣлается во второй фразѣ ст. 33, что „означенные періодическіе платежи подлежатъ дѣйствію правилъ о вотчинныхъ выдачахъ“. Разъ эти платежи вносятся въ третій отдѣлъ вотчинной книги, то они, даже независимо отъ приведенныхъ только что соображеній, ничѣмъ инымъ не могутъ считаться, какъ, именно, вотчинными выдачами, и никакимъ инымъ правиламъ, кромѣ правилъ о вотчинныхъ выдачахъ, подлежать не могутъ. Слѣдовательно, это замѣчаніе проекта опять таки совершенно излишне. Къ тому же, оно поневолѣ вызываетъ представленіе, будто здѣсь налицо законная фикція и будто проектъ не считаетъ этихъ платежей настоящими вотчинными выдачами, а лишь подчиняетъ ихъ тѣмъ же правиламъ [1]).

То же самое приходится сказать и объ упоминаемыхъ особо въ ст. 33 „ежегодныхъ взносахъ въ пользу казны или

1) Въ матеріалахъ къ проекту не имѣется никакихъ соображеній, касающихся этой статьи и поэтому невозможно выяснить, чѣмъ руководились, при формулировкѣ ея, составители проекта. Въ проектахъ 1893 и 1896 гг. ея вовсе нѣтъ. Она появляется лишь въ редакціи 1906 г., т. е. въ проектѣ, составленномъ особой комиссіей. Можно лишь предполагать, что ст. 33 была введена въ дополненіе ст. 26, составленной также особой комиссіей — объ этомъ см. ниже, § 37.

города за право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія". Эти взносы, правда, въ одномъ отношеніи отличаются отъ основного вида вотчинныхъ выдачъ: ими обременяется не самый участокъ, а право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія[1]). Но такъ какъ это право, въ случаѣ заведенія для него особой вотчинной книги, уподобляется недвижимости[2]), то и тутъ никакихъ сомнѣній быть не можетъ и особое постановленіе о томъ, что указанные взносы записываются въ третьемъ отдѣлѣ книги и „подлежатъ дѣйствію правилъ о вотчинныхъ выдачахъ", является, поэтому, совершенно излишнимъ.

Въ виду всего этого, нельзя не высказаться за исключеніе изъ проекта ст. 33.

§ 37. Ст. 25, 26, 27,3 и 29.

Остается разсмотрѣть еще неподвергнутыя до сихъ поръ разбору статьи 25, 26 и 29, а также послѣднюю фразу ст. 27.

Всѣ эти постановленія касаются такихъ институтовъ, которые авторами проекта считались законными ограниченіями права собственности или же законными сервитутами. При этомъ, они объявляются отчасти подлежащими, отчасти неподлежащими внесенію въ вотчинную книгу. Во всякомъ же случаѣ, они пользуются старшинствомъ передъ прочими правами, обременяющими данную недвижимость.

Однако, если ознакомиться ближе съ содержаніемъ указанныхъ статей, то возникаетъ рядъ сомнѣній, вызываемыхъ, прежде всего, тѣмъ обстоятельствомъ, что исходная точка авторовъ проекта не можетъ быть признана правильной, другими словами, что цѣлая группа регулируемыхъ тутъ сервитутовъ не можетъ быть, вопреки мнѣнію составителей проекта, отнесена къ категоріи законныхъ. Кромѣ того, одинъ институтъ, признаваемый законнымъ ограниченіемъ права собственности, таковымъ ни въ коемъ случаѣ не является.

1) Ср. сказанное выше, въ § 35, по поводу п. 1 ст. 24.

2) Въ BGB. 1017 прямо сказано: „Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften". Но необходимости въ особомъ постановленіи такого рода не имѣется.

Первая изъ указанныхъ статей постановляетъ, что законныя ограниченія права собственности и лежащіе на имѣніи казенные и общественные сборы въ вотчинную книгу не вносятся.

Это принципъ, проводимый также и другими современными законодательствами, хотя и не всегда высказываемый[1]). И говоря строго, слѣдуетъ сказать, что умолчаніе о немъ даже болѣе правильно. Вѣдь, въ сущности, такъ наз. ограниченія права собственности являются ничѣмъ инымъ, какъ имманентными границами права собственности[2]). Слѣдовательно, и нѣтъ необходимости вносить ихъ. При этомъ, однако, публичность вотчинной книги нисколько не страдаетъ, такъ какъ знаніе законныхъ границъ права должно быть предполагаемо настолько же, какъ знаніе содержанія права — въ противномъ случаѣ приходилось бы вносить въ книгу также и опредѣленіе послѣдняго[3]). Въ виду этого соображенія слѣдовало бы, пожалуй, высказаться за исключеніе ст. 25. Но при новизнѣ у насъ вотчиннаго дѣла можно признать допустимымъ и ея сохраненіе[4]).

1) ZGB. 680 прямо высказываетъ этотъ принципъ, при чемъ, однако, предусматривается и возможность исключеній, оправдываемыхъ практическими соображеніями. BGB., напротивъ, этого вопроса совершенно не касается.

2) Ср. Crome, System III, S. 268.

3) Ср. также замѣчаніе Дернбурга, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 135: „Über der Publizität der Grundbücher steht die Publizität des Gesetzes", высказанное, правда, по нѣсколько иному поводу. Ср. также Св. Зам., № 73 (стр. 90), гдѣ высказывается предположеніе, что необходимость въ ст. 25 вызвана лишь неточнымъ заглавіемъ гл. II, смѣшивающимъ права въ чужомъ имѣніи и ограниченія права собственности.

4) Интересно отмѣтить, что въ ст. 25 право участія частнаго считается ограниченіемъ права собственности, между тѣмъ какъ оно въ п. 3 ст. 24 признается сервитутомъ. Этимъ лишній разъ иллюстрируется путаница, господствующая въ этой области.

Болѣе серьезныя сомнѣнія вызываетъ ст. 26. Первая ея фраза, вставленная по настоянію министра земледѣлія и государственныхъ имуществъ [1]), требуетъ внесенія въ вотчинную книгу постановленія лѣсоохранительнаго комитета, возлагающаго на собственника обязанность возобновить истребленный въ имѣніи лѣсъ. Особая комиссія нашла возможнымъ согласиться съ этимъ пожеланіемъ [2]). Она, правда, полагала, что ограниченія, касающіяся пользованія лѣсами, являются законными ограниченіями права собственности и поэтому не подлежатъ внесенію. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, она приняла въ соображеніе то, что пріобрѣтателю можетъ не быть извѣстно о постановленіи лѣсоохранительнаго комитета, и согласилась, поэтому, съ предположеніемъ отзыва.

Аргументація эта не вполнѣ правильна. Дѣло въ томъ, что обязанность возобновленія истребленнаго лѣса, правда, вытекаетъ изъ законнаго ограниченія права собственности. Но она сама таковою не является и вообще не имѣетъ частно-правового характера. Она представляетъ собою, напротивъ, публично-правовую обязанность [3]), возложенную, къ тому же, на собственника не непосредственно закономъ, а постановленіемъ государственнаго учрежденія. Съ другой стороны, однако, трудно не согласиться съ конечнымъ выводомъ особой комиссіи, такъ какъ дѣйствительно серьезныя соображенія практическаго характера говорятъ въ пользу внесенія этой обязанности въ вотчинную книгу.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не сказать, что открытымъ остается вопросъ, въ какой отдѣлъ вотчинной книги

1) Отзывъ, стр. 6.

2) Ж. О. К., стр. 98 сл.

3) Ее слѣдовало бы отнести къ вотчиннымъ повинностямъ публичнаго права (Reallasten des öffentlichen Rechts — ср. Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 42 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 700 flg.

должна вноситься соотвѣтствующая статья. Проектъ имѣетъ въ виду, очевидно, третій отдѣлъ, такъ какъ въ гл. II разсматриваются относящіяся именно сюда права и обязанности. Между тѣмъ, согласно ст. 120 ВУ., сюда вносятся „ограниченія права собственности (права въ чужомъ имѣніи) и права по договорамъ найма имѣнія и продажи лѣса на срубъ“ [1]). Обязанность же возобновленія лѣса ни подъ одно изъ этихъ понятій не подходитъ. И нельзя даже сказать, чтобы она представляла, по своему характеру, аналогію одному изъ нихъ. Но, съ другой стороны, слѣдуетъ признать, что трудно подыскать для ея внесенія болѣе подходящій отдѣлъ вотчинной книги. Въ виду этого можно было бы примириться со внесеніемъ обязанности возобновленія лѣса именно въ третій отдѣлъ — но съ тѣмъ условіемъ, чтобы въ ст. 120 было особо оговорено, что сюда вносится, кромѣ упомянутыхъ статей, еще и статья о возобновленіи лѣса. Это имѣло бы, разумѣется, лишь формальное значеніе. Но все же такимъ путемъ былъ бы устраненъ несомнѣнный недостатокъ проекта.

Нѣчто иное приходится сказать о второй фразѣ ст. 26: ею предписывается внесеніе въ книгу сервитутовъ, установленныхъ для государственной или общественной пользы путемъ принудительнаго отчужденія [2]), а также сервитутовъ, установленныхъ съ цѣлью „устройства на чужой землѣ канавъ и другихъ водопроводныхъ сооруженій для осушительныхъ, оросительныхъ или обводнительныхъ цѣлей“, согласно закону 20 мая 1902 г.[3]). Особая комиссія выставила эту норму по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ она формулировала первую фразу этой же статьи [4]). Она

1) Не лишне указать на то, что и здѣсь повторяется то же смѣшеніе понятій ограниченія права собственности и права въ чужомъ имѣніи.

2) Зак. гражд., ст. 575, 576, 606.

3) Уст. сельскаго хозяйства, ст. 236 сл.

4) Ж. О. К., стр. 99 сл.

исходила, при этомъ, изъ мысли, что здѣсь имѣются налицо законные сервитуты, которые, въ сущности, не подлежатъ внесенію. Но такъ какъ внесеніе ихъ является желательнымъ по практическимъ соображеніямъ, то это должно быть особо оговорено въ законѣ.

Однако, эта мысль ошибочна, такъ какъ тутъ нѣтъ вовсе законныхъ сервитутовъ. Вѣдь подъ законнымъ сервитутомъ разумѣютъ сервитутъ, возникающій непосредственно въ силу закона. Упоминаемые же въ ст. 26 сервитуты отнюдь не возникаютъ такимъ путемъ, а устанавливаются или въ порядкѣ верховнаго управленія или же по постановленію государственнаго учрежденія [1]). Ихъ, слѣдовательно, можно уподобить лишь судебнымъ сервитутамъ [2]). И такой способъ возникновенія никоимъ образомъ не придаетъ имъ особаго характера. Въ частности же, не приходится говорить о необходимости изъятія ихъ отъ внесенія въ вотчинную книгу или же, въ данномъ случаѣ, о необходимости особой оговорки, если внесеніе ихъ считается желательнымъ. Слѣдовательно, вся вторая фраза ст. 26 лишена содержанія и должна быть исключена.

Къ сожалѣнію, приходится, однако, сказать, что неправильное воззрѣніе особой комиссіи на характеръ только что разсмотрѣнныхъ обремененій отразилось не только на второй фразѣ ст. 26, но привело и къ крайне неудачной формулировкѣ двухъ дальнѣйшихъ постановленій. А именно, въ послѣдней фразѣ ст. 27 сказано: „Сервитуты и ограниченія, установленные въ имѣніи въ силу закона,

1) Ср., съ одной стороны, ст. 576 Зак. гражд. и ст. 11 Зак. осн., а съ другой ст. 236 сл., въ особенности 260 сл., 275 сл. Уст. сельскаго хозяйства.

2) Особая комиссія была введена въ заблужденіе, очевидно, тѣмъ обстоятельствомъ, что указанные сервитуты устанавливаются помимо воли собственника служащаго участка. Въ Ж. О. К., стр. 99 имѣется, по крайней мѣрѣ, намекъ на то, будто она отождествляла установленіе сервитута въ силу закона и установленіе его помимо воли собственника.

признаются обязательными въ отношеніи каждаго собственника и другихъ лицъ, имѣющихъ права на имѣніе, хотя бы сіи сервитуты и ограниченія не были внесены въ вотчинную книгу“, а ст. 29 постановляетъ, что указанные сервитуты „пользуются старшинствомъ передъ всѣми внесенными въ вотчинную книгу правами, хотя бы послѣднія были записаны или обезпечены по вотчинной книгѣ ранѣе внесенія въ нее означенныхъ сервитутовъ“.

Соображенія, изложенныя въ Журналѣ Особой Комиссіи [1]), не оставляютъ никакихъ сомнѣній въ томъ, что оба эти постановленія разсчитаны, именно, на обязанность возобновленія лѣса, на сервитуты, установленные путемъ принудительнаго отчужденія и на водопроводные сервитуты. Если оставить, при этомъ, въ сторонѣ даже то обстоятельство, что обязанность возобновленія лѣса уже никоимъ образомъ не подходитъ подъ понятіе сервитута и что, слѣдовательно, ст. 29, вопреки волѣ особой комиссіи, не можетъ быть примѣнена къ ней, то всетаки достиженіе цѣлей, преслѣдуемыхъ проектомъ, поставлено въ прямую зависимость отъ усвоенія практикой того же неправильнаго взгляда, какимъ руководилась особая комиссія [2]). Если же практикой будетъ выяснено, что тутъ нѣтъ вовсе законныхъ сервитутовъ, то прямымъ послѣдствіемъ будетъ лишеніе двухъ разсматриваемыхъ нормъ всякаго значенія. Между тѣмъ, объ этомъ приходилось бы серьезно жалѣть. Ибо матеріальное содержаніе ихъ безусловно заслуживаетъ одобренія: указанныя обремененія служатъ непосредственно общественнымъ интересамъ. Относительно обязанности во-

1) Ж. О. К., стр. 99 сл.

2) Между тѣмъ, соображенія составителей законопроекта или даже самого законодателя, не выраженныя въ законѣ, не имѣютъ, какъ извѣстно, обязательной силы для толкованія закона. Въ виду же трудности раздобыть матеріалы къ проекту ВУ., можно предсказать съ полною увѣренностью, что соображенія редакціонной и особой комиссій едва ли окажутъ большое вліяніе на нашу практику, если только литература не будетъ придавать имъ преувеличеннаго значенія.

зобновленія лѣса и предусмотрѣнныхъ ст. 575, 576 и 606 т. X ч. 1 обремененій это ясно безъ дальнѣйшихъ поясненій. Но то же самое можно сказать и о водопроводныхъ сервитутахъ, хотя они и устанавливаются въ непосредственныхъ интересахъ собственника господствующаго участка, т. е. частнаго лица. Но рѣшающую роль и тутъ играютъ интересы общественные. Ибо согласно закону, устройство водопроводныхъ сооруженій, помимо согласія собственника, допускается лишь тогда, когда этого настоятельно требуютъ интересы агрикультуры. А въ виду этого можно вполнѣ согласиться съ желаніемъ проекта придать имъ силу и безъ внесенія въ вотчинную книгу [1]) и присвоить имъ старшинство передъ прочими правами [2]). Но иная, болѣе правильная формулировка обѣихъ нормъ является настоятельною необходимостью.

Въ результатѣ послѣднихъ трехъ параграфовъ приходится, слѣдовательно, сказать, что и гл. II должна быть подвержена переработкѣ. Необходимо не только исключеніе

1) На первый взглядъ, правильность этого утвержденія можетъ показаться сомнительной. Если, именно, ст. 26 допускаетъ внесеніе опредѣленныхъ обремененій, то, казалось бы, за ними слѣдовало бы признать силу и лишь въ зависимости отъ внесенія или отъ знанія о нихъ пріобрѣтателя. Однако, особый характеръ этихъ обремененій оправдываетъ подобное исключеніе, при чемъ, разумѣется, за добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ обремененной недвижимости сохраняется право требовать отъ своего контрагента возмѣщенія понесенныхъ убытковъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, правда, придется признать, что внесеніе имѣетъ въ данномъ случаѣ сингулярный характеръ. Не имѣя рѣшительно никакого юридическаго значенія, оно совершается исключительно въ виду практической цѣлесообразности. Впрочемъ, если придерживаться буквальнаго смысла разсматриваемыхъ постановленій, то можно было бы притти и къ выводу, что данныя обремененія, правда, имѣютъ силу независимо отъ внесенія, но что преимущественное старшинство пріобрѣтается ими лишь благодаря внесенію. Но такое толкованіе было бы, очевидно, слишкомъ искусственнымъ.

2) Практическое значеніе эта норма пріобрѣтаетъ, какъ указывается и особой комиссіей, лишь въ случаѣ публичной продажи при возникновеніи, на основаніи ст. 105 ППВ., вопроса объ уничтоженіи даннаго обремененія.

статей, повторяющихъ и развивающихъ лишь основные принципы вотчинной системы. Кромѣ того, должны быть исключены, какъ излишнія, ст. 32, съ сохраненіемъ, однако, первой ея фразы, и 33, при чемъ, правда, должно быть высказано пожеланіе, чтобы была введена новая статья, ясно опредѣляющая характеръ права на отдѣльные платежи по вотчиннымъ выдачамъ. Равно должна отпасть ст. 26,2. Остающіяся же засимъ статьи 24, 25, 26,1, 27,3 и 29 нуждаются въ тщательной переработкѣ.

§ 38. „Засореніе права собственности".

Появившіяся до сихъ поръ въ печати и упомянутыя въ предыдущихъ параграфахъ критическія замѣчанія, направленныя противъ гл. I и II раздѣла I ВУ., касаются формальныхъ или матеріальныхъ недостатковъ отдѣльныхъ постановленій, вошедшихъ въ эти главы. Однако, можно встрѣтиться также и съ воззрѣніемъ, что эти главы, а въ частности гл. II, должны быть всецѣло отклонены по принципіальнымъ соображеніямъ.

Такое воззрѣніе защищается въ отзывѣ на проектъ ВУ. министра финансовъ [1]), при чемъ какъ само это воззрѣніе, такъ и аргументы въ пользу его почерпнуты изъ двухъ рѣчей, сказанныхъ П. П. Цитовичемъ въ засѣданіи Особаго совѣщанія, учрежденнаго въ 1898 г. при министерствѣ финансовъ для разсмотрѣнія проекта ВУ. [2]). Правда, министръ финансовъ отказался впослѣдствіи отъ принципіальныхъ возраженій, выставленныхъ имъ противъ проекта [3]). Можно предполагать, что этотъ отказъ простирается и на только что указанныя возраженія. Но съ объективной точки зрѣнія, онѣ сохраняютъ, тѣмъ не менѣе, свое значеніе.

1) Стр. 79 сл.

2) Стенографическій отчетъ, стр. 99 сл. и 107 сл. О соотношеніи между отзывомъ министра финансовъ и отчетомъ особаго совѣщанія см. выше, § 7.

3) Ж. О. К., стр. 35.

Министръ финансовъ исходитъ изъ двухъ положеній. По его мнѣнію, слѣдуетъ признать, во-первыхъ, что „недвижимость есть собственность особаго рода и потому каждая страна имѣетъ опредѣленный режимъ недвижимой собственности, допускающій лишь опредѣленныя права и сдѣлки по недвижимости". Проектъ ВУ., напротивъ, усвоилъ точку зрѣнія, что „при посредствѣ вотчинныхъ установленій всякій можетъ дѣлать со своей недвижимостью, что ему заблагоразсудится".

Благодаря этому, говорится далѣе въ отзывѣ, открывается просторъ „засоренію права собственности" т. е. допускается возможность установленія цѣлаго ряда вотчинныхъ правъ, изъ которыхъ однѣ, какъ, напр., вѣчное отдѣльное владѣніе, приводятъ къ раздвоенію права собственности, между тѣмъ какъ другія закрѣпощаютъ землю и связываютъ собственника. Притомъ сервитуты, въ частности, создаютъ нежелательную сложность отношеній, а вотчинныя выдачи увеличиваютъ задолженность недвижимости. Нецѣлесообразность же подобнаго засоренія права собственности доказана опытомъ Западной Европы. Во Франціи было ликвидировано закрѣпощеніе земли разомъ, благодаря революціи, Германія же до сихъ поръ занята этой операціей. Въ противоположность этому, „римское право завѣщало Европѣ чистое полное право собственности и лишь только въ Византійской имперіи, во время упадка мелкаго землевладѣнія, появилось раздвоеніе права на землю".

Второй тезисъ отзыва сводится, такимъ образомъ, къ требованію, чтобы законодательство не допускало дробленія и раздвоенія права собственности, между тѣмъ какъ первый тезисъ заключаетъ въ себѣ требованіе выставленія такъ называемаго numerus clausus вотчинныхъ правъ. Въ полемическихъ видахъ можно было бы утверждать, что оба эти требованія противорѣчатъ другъ другу: признаніе правъ въ чужой недвижимости, хотя бы и въ ограниченномъ числѣ, немину-

емо приводитъ къ „засоренію" права собственности. Устраненіе же возможности подобнаго засоренія однозначуще съ непризнаніемъ правъ въ чужой недвижимости вообще и, слѣдовательно, съ устраненіемъ даже numeri clausi такихъ правъ.

Однако, ясно, что не въ этомъ заключается мнѣніе министра финансовъ. Ему представляется, напротивъ, желательнымъ, во-первыхъ, установленіе numeri clausi вотчинныхъ правъ, а во-вторыхъ, возможное суженіе круга допускаемыхъ ко внесенію въ вотчинную книгу правъ въ чужой недвижимости.

Оба эти требованія, очевидно, не совпадаютъ и, въ частности, вполнѣ мыслимо исполнить первое изъ нихъ, не исполняя при томъ второго — что доказывается, впрочемъ, и примѣромъ проекта ВУ. Между тѣмъ, особая комиссія, разсматривая отзывъ министра финансовъ [1]), обратила вниманіе лишь на первое требованіе, при чемъ, въ частности, выдвигался вопросъ о возможности устанавливать, опираясь на ст. 24 ВУ., такія вотчинныя права, которыя нашими законами или признаются нежелательными или даже прямо воспрещаются. И по этому, именно, вопросу мнѣнія раздѣлились въ комиссіи. Меньшинство предлагало внести оговорку, согласно которой „права въ чужомъ имѣніи подлежатъ внесенію въ вотчинную книгу, лишь насколько установленіе ихъ допускается закономъ". Большинство, напротивъ, ссылалось на то, что по ст. 128 проекта ВУ. [2]) внесеніе статей противозаконныхъ вообще не допускается. Предлагаемая же меньшинствомъ оговорка могла бы быть, по мнѣнію большинства, понята практикой въ такомъ смыслѣ, будто не допускается внесеніе сервитутовъ, закономъ прямо не предусмотрѣнныхъ. А это привело бы къ крайне нежелательнымъ результатамъ

1) Ж. О. К., стр. 102 сл.
2) По проекту 1907 г. — ст. 129.

въ виду невозможности прямо указать въ законѣ всѣ сервитуты, въ которыхъ можетъ появиться практическая потребность.

Къ мнѣнію большинства особой комиссіи присоединился министръ юстиціи, въ запискѣ котораго и воспроизводятся аргументы большинства [1]).

Изложенные только что аргументы страдаютъ, очевидно, тѣмъ же недостаткомъ, который проявляется и въ отзывѣ министра финансовъ: два затронутыхъ вопроса разграничены не съ достаточною строгостью. Но все же возможно извлечь изъ аргументовъ большинства комиссіи вполнѣ правильное утвержденіе, что принципъ numeri clausi вотчинныхъ правъ соблюдается проектомъ, несмотря на отсутствіе особой о томъ оговорки. Единственное отъ него отступленіе допускается по отношенію къ сервитутамъ, да и то въ виду практической невозможности поступать иначе. Можно, впрочемъ, прибавить, что и тутъ, въ сущности, нѣтъ даже отступленія отъ принципа: все зависитъ отъ того, какъ понимать принципъ numeri clausi. Вѣдь понятіе сервитута само по себѣ вполнѣ опредѣленное и этимъ понятіемъ, въ свою очередь, опредѣляются отдѣльные сервитуты. А далѣе, можно указатьна то, что и другія современныя законодательства раздѣляютъ точку зрѣнія проекта [2]).

Такимъ образомъ, приходится сказать, что выставленный въ отзывѣ министра финансовъ противъ проекта упрекъ, будто по его нормамъ „при посредствѣ вотчинныхъ установленій, всякій можетъ дѣлать съ своей недвижимостью, что ему заблагоразсудится“, лишенъ основанія.

Что же касается второго и болѣе важнаго упрека, сводящагося къ тому, что ВУ. способствуетъ засоренію права собственности, то противъ него особою комиссіей выставляется лишь мимоходомъ чисто формальное возраженіе [1]), что „проектъ вотчиннаго устава имѣетъ цѣлью лишь опредѣленіе способовъ укрѣпленія правъ въ чужомъ имѣніи, а отнюдь не расширеніе области этихъ правъ, опредѣленіе которой относится къ предмету общихъ гражданскихъ законовъ“.

1) Стр. 36 сл.

2) Ср. BGB. 1018, ZGB. 730, ср. BGB. Mot. III, S. 2 flg., ZGB. Erläuterungen III, S. 16 flg.

Этотъ аргументъ, разумѣется, не опровергаетъ соображеній отзыва. Во-первыхъ, при разсмотрѣніи гл. I и II раздѣла I проекта ВУ. приходилось убѣждаться неоднократно въ томъ, что проектъ въ случаѣ необходимости допускаетъ вторженіе въ область матеріальнаго права. А во-вторыхъ, нельзя не предполагать, что практика будетъ допускать, въ силу п. 1 ст. 24, установленіе права отдѣльнаго владѣнія въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ нынѣ. И то же самое произойдетъ, вѣроятно, съ вотчинными выдачами. Если же засореніе права собственности, о которомъ говоритъ отзывъ, является серьезнымъ зломъ, то противъ него можно и должно было принять мѣры уже въ проектѣ ВУ., не дожидаясь изданія ГУ.

Правда, въ Журналѣ Особой Комиссіи имѣются намеки на то, что комиссія не считаетъ зломъ установленіе сервитутовъ. Но сервитуты во всемъ этомъ вопросѣ играютъ лишь второстепенную роль. Поэтому подобныя указанія не могутъ опровергнуть основного тезиса отзыва и, въ частности, они не въ состояніи обезсилить сказанное въ отзывѣ о вредѣ „раздвоенія“ права собственности и о нежелательности вотчинныхъ выдачъ.

Само собой разумѣется, что пространная полемика противъ высказываемыхъ министромъ финансовъ воззрѣній не можетъ входить въ задачи настоящаго изслѣдованія. Но все же слѣдуетъ замѣтить, хотя бы вкратцѣ [2]), что выста-

1) Ж. О. К., стр. 103.

2) Ср. для слѣдующаго Объясненія къ проекту вотчиннаго права ред. 1902 г. II, стр. 14 сл., а изъ весьма обширной иностранной литера-

вляемый въ отзывѣ идеалъ „чистаго полнаго права собственности“ есть идеалъ временъ мэнчестерскаго духа и, что онъ, въ частности, не отвѣчаетъ условіямъ жизни современной Россіи. Если же отзывъ ссылается на примѣръ Западной Европы, то нельзя не возразить, что аграрныя отношенія Франціи слишкомъ разнятся отъ нашихъ и что поэтому ссылка на нихъ не обладаетъ убѣдительностью. Что же касается Германіи, то извѣстно, что тамъ уже нѣсколько десятилѣтій тому назадъ отказались отъ идеала чистаго полнаго права собственности. Свидѣтельствомъ тому является законодательство цѣлаго ряда союзныхъ государствъ и притомъ именно тѣхъ, которыя стоятъ болѣе близко къ намъ по экономическимъ условіямъ. Они возстановили подъ различными названіями то раздвоеніе и засореніе права собственности, противъ котораго полемизируетъ министръ финансовъ. Достаточно указать, по этому поводу, на наслѣдственную аренду въ Мекленбургѣ и на рентныя имѣнія въ Пруссіи [1]). А что касается имперскаго законодательства, то оно, съ одной стороны, предоставляетъ союзнымъ государствамъ полную свободу въ области аграрныхъ правоотношеній [2]), а съ другой — признаетъ не только сервитуты, но

туры Buchenberger, Agrarwesen und Agrarpolitik I, S. 156 flg., 521 flg. и Schriften des Vereins für Sozialpolitik XXII, XXIII, XXIV, XXXII. См. также сказанное по вопросу о „засореніи права собственности“ въ статьѣ г. Цвингмана, Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 34 сл.

1) Съ экономической точки зрѣнія институты наслѣдственной аренды и рентныхъ имѣній преслѣдуютъ совершенно одинаковыя цѣли. Они отличаются другъ отъ друга, въ сущности, только юридической конструкціей, согласно которой наслѣдственный арендаторъ имѣетъ лишь право въ чужой вещи, между тѣмъ, какъ собственникъ получаетъ ренту. Напротивъ, при рентномъ имѣніи рентополучатель имѣетъ лишь право въ чужой вещи, а собственникомъ признается непосредственный обладатель недвижимостью. Съ точки же зрѣнія отзыва министра финансовъ, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ имѣется на лицо засореніе права собственности.

2) BGB. EG. 62 flg.

также и право застройки, вотчинныя выдачи, рентный долгъ и вещное право преимущественной покупки [1]).

Менѣе далеко заходитъ въ этомъ отношеніи швейцарское уложеніе. Но все же и оно признаетъ вотчинныя выдачи [2]), которыя министръ финансовъ называетъ лишь новымъ средствомъ къ увеличенію задолженности. Между тѣмъ слѣдуетъ сказать, именно, по поводу вотчинныхъ выдачъ, что онѣ, правда, безспорно являются, съ экономической точки зрѣнія, одной изъ формъ обремененія недвижимости, но вмѣстѣ съ тѣмъ, наиболѣе сносной для землевладѣнія формой. Извѣстно, что идеаломъ экономистовъ представляется обремененіе недвижимости лишь рентой, а не капиталомъ, въ виду того, что земля производитъ только первую, а не производитъ послѣдняго. Этотъ же идеалъ достигается, до извѣстной степени, посредствомъ вотчинной выдачи [3]). И пока не удастся устранить причинъ задолженности землевладѣнія, до тѣхъ поръ и не приходится возражать противъ института вотчинной выдачи.

Слѣдовательно, установленіе вотчинныхъ выдачъ, признаваемыхъ также уложеніями германскимъ и швейцарскимъ, не можетъ считаться засореніемъ права собственности. Съ другой же стороны, тотъ фактъ, что по вопросу о „раздвоеніи и дробленіи права собственности“, эти два

1) BGB. 1018 flg., 1012 flg., 1105 flg., 1199 flg., 1094 flg.

2) ZGB. 782 flg.

3) Тѣми же преимуществами обладаетъ, впрочемъ, и институтъ рентнаго долга, съ тѣмъ лишь различіемъ, что вотчинныя выдачи могутъ производиться натурою, т. е. непосредственно продуктами недвижимости, что, разумѣется, еще болѣе отвѣчаетъ интересамъ землевладѣнія. При этомъ слѣдуетъ особо подчеркнуть, что принципіально возможенъ выкупъ вотчинной выдачи только по волѣ собственника, а не по требованію управномоченнаго. На эту точку зрѣнія сталъ и проектъ ГУ. въ ст. 1037, чѣмъ, разумѣется, еще болѣе улучшается положеніе землевладѣльца. Германское уложеніе предоставляетъ рѣшеніе этого вопроса партикулярному законодательству — BGB. EG. 113. ZGB. 787, 788, напротивъ, допускаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ востребованіе со стороны управомоченнаго.

уложенія расходятся, представляетъ съ точки зрѣнія русскаго законодательства особый интересъ. И изъ него можно черпать наиболѣе убѣдительный аргументъ въ пользу сохраненія у насъ института отдѣльнаго владѣнія.

Дѣло въ томъ, что, какъ извѣстно, въ Швейцаріи далеко преобладаетъ мелкая поземельная собственность, между тѣмъ, какъ въ нѣкоторыхъ германскихъ областяхъ, по преимуществу сѣверо-восточныхъ, сильно распространена крупная собственность. Это обстоятельство и вызываетъ необходимость создавать для обезпеченія земледѣльческаго населенія землею суррогатъ права собственности, каковымъ въ сущности и является вѣчное отдѣльное владѣніе въ видѣ, напр., наслѣдственной аренды. Въ Швейцаріи, напротивъ, подобной потребности не существуетъ и благодаря этому, швейцарскому праву неизвѣстны соотвѣтствующіе институты гражданскаго права.

Если, слѣдовательно, „раздвоеніе права собственности“ служитъ, именно, цѣли созданія суррогата права собственности, то, очевидно, для Россіи нельзя отрицать необходимости сохраненія и созданія подобныхъ институтовъ въ виду той роли, которую играетъ въ ней въ настоящее время крупное землевладѣніе. И въ сущности, нельзя не замѣтить, что самый отзывъ министра финансовъ подошелъ очень близко къ этой же мысли, указывая на то, что „лишь только въ Византійской имперіи, во время упадка мелкаго землевладѣнія, появилось раздвоеніе права на землю“. Ясно, что упадокъ мелкаго землевладѣнія имѣетъ по этому вопросу то же самое значеніе, какое имѣетъ недостаточное его развитіе или, выражаясь иначе, какое имѣетъ значительная сконцентрированность земли въ рукахъ крупныхъ землевладѣльцевъ.

Слѣдуетъ подчеркнуть еще разъ, что эти краткія замѣчанія не претендуютъ и не могутъ претендовать на разрѣшеніе затронутой въ отзывѣ министра сложной и обшир-

ной проблемы, тѣмъ болѣе, что попытка такого рода была бы неумѣстна въ настоящемъ изслѣдованіи. Однако, все же было необходимо указать, хотя бы вкратцѣ, на то, что возраженія, направленныя противъ самихъ основъ разсматриваемаго отдѣла проекта ВУ. неубѣдительны и что именно эти основы вполнѣ выдерживаютъ критику и даже заслуживаютъ безусловнаго одобренія, хотя бы отдѣльныя постановленія, вошедшія въ данный отдѣлъ, и нуждались въ тщательной переработкѣ, какъ съ внѣшней стороны, такъ и со стороны ихъ матеріальнаго содержанія.

Договоры найма и продажи лѣса на срубъ.

§ 39. „Kauf bricht nicht Miete".

Редакціонная комиссія, работая надъ проектомъ ВУ., сочла нужнымъ не ограничиться регулированіемъ исключительно правъ вещныхъ или вотчинныхъ, а нормировать также два случая столкновенія между носителями правъ вотчинныхъ, съ одной стороны, и правъ обязательственныхъ, съ другой. Въ виду этого она создала главу III раздѣла I проекта ВУ., трактующую „о правахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ".

Главное вниманіе удѣлено, при этомъ, первому изъ названныхъ договоровъ, между тѣмъ какъ второму посвящаются всего двѣ статьи, содержащія, главнымъ образомъ, ссылки на постановленія, касающіяся договора найма. Такое отношеніе къ дѣлу, впрочемъ, вполнѣ понятно. Договоръ продажи лѣса на срубъ не можетъ сравняться по своему соціальному и экономическому значенію съ договоромъ найма. Достаточно извѣстно, какую роль играетъ послѣдній въ жизни всѣхъ цивилизованныхъ странъ и какъ много зависитъ отъ правильнаго рѣшенія связанныхъ съ нимъ юридическихъ проблемъ. Столь же извѣстно, что законодательство и наука не мало трудились надъ рѣшеніемъ, въ особенности, одного вопроса, относящагося сюда, а именно, вопроса объ обязательности договора найма недвижимости для новаго пріобрѣтателя ея, т. е. для лица, не связаннаго договоромъ съ нанимателемъ. Рѣшенію этого вопроса и посвящаются, прежде всего, статьи, входящія въ разсматриваемую главу проекта ВУ.

Сущность проблемы заключается въ слѣдующемъ. Если придерживаться римско-правовыхъ понятій, на которыхъ строится, въ значительной степени, все наше юридическое мышленіе, то никакихъ сомнѣній быть не можетъ. Новый собственникъ недвижимости ничѣмъ не связанъ передъ нанимателемъ. Онъ можетъ, слѣдовательно, осуществлять свое вещное право, не обращая никакого вниманія на послѣдняго. Но даже если бы онъ принялъ на себя, въ этомъ отношеніи, какія либо обязанности по договору съ отчуждателемъ, то нарушеніе ихъ можетъ привести только къ отвѣтственности по личному иску и притомъ по иску, предъявляемому отчуждателемъ, какъ контрагентомъ пріобрѣтателя, а не нанимателемъ[1]).

Такое положеніе дѣлъ вытекаетъ изъ сущности тѣхъ правъ, которыми обладаютъ причастныя къ дѣлу лица. Но тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ имѣть въ виду, что столь неудовлетворительное правовое положеніе нанимателя не можетъ быть обосновано исключительно конструктивными моментами. Напротивъ, рѣшающая роль должна быть признана за соціальными и экономическими условіями римской жизни[2]).

1) Ср. о богатой литературѣ, посвященной этому вопросу, Fischer, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete" u. s. w., Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages II, S. 312 flg., гдѣ на стр. 330—354 дается обзоръ высказанныхъ въ литературѣ мнѣній. Ср. также Sohm, Der Begriff des Forderungsrechts, Grünhuts Zeitschrift IV, S. 457 flg., гдѣ безсиліе обязательственнаго права при столкновеніи съ вещнымъ подчеркивается съ особенною рѣзкостью. О положеніи нанимателя см., въ частности, тамъ же, стр. 459 сл.

2) Ср. Pernice, Labeo I, S. 454, 467, Ihering, Grund des Besitzschutzes, S. 119 flg., 364 flg., Eck, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete" u. s. w., Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages II, S. 236 flg., Fischer, l. c., S. 312 flg. и авторовъ, цитированныхъ Фишеромъ въ указанномъ мѣстѣ.

Если бы эти условія сложились иначе, то, безъ сомнѣнія, была бы найдена другая, соотвѣтствующая имъ конструкція, при которой наниматель былъ бы обезпеченъ лучше. А такъ какъ эти условія являются чѣмъ то специфически римскимъ, то нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что древнегерманское право, сложившееся при иныхъ экономическихъ и соціальныхъ условіяхъ, относилось къ вопросу о правахъ нанимателя совершенно иначе, чѣмъ римское. Правда, не все въ этой области окончательно выяснено и трудно отрицать, что древнегерманское право знало, на ряду съ вещноправовымъ, также и чисто обязательственный наемъ недвижимости. Но если бы послѣдній даже появился не подъ вліяніемъ римскаго права, то, во всякомъ случаѣ, безспорно, что арендаторъ, въ противоположность нанимателю въ тѣсномъ смыслѣ слова, пользовался, по общему правилу, правомъ вещнымъ [1]). Само собой разумѣется, при этомъ, что и это не можетъ быть объяснено чисто формальнымъ указаніемъ на общій принципъ германскаго права, по которому каждое лицо, обладающее недвижимостью и пользующееся ею, имѣетъ Gewere. Напротивъ, ясно, что и здѣсь рѣшающую роль сыграли соціальныя и экономическія условія.

Спорить противъ этого едва ли возможно. Права нанимателя, а въ особенности, права арендатора могутъ быть конструированы, равнымъ образомъ, какъ обязательственныя и какъ вещныя. Правда, вопросъ о сущности вещныхъ правъ

1) См. изреченія источниковъ, собранныя Фишеромъ, l. c., S. 358 flg. и Verhandl. des XX Deutschen Juristentages II, S. 325 flg. Ср., кромѣ того, Heusler, Institutionen I, § 76, II, §§ 110, 111, Gewere, § 3, Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 1, S. 85 flg., Fischer, XIX Juristentag II, S. 355 flg., въ особенности, стр. 358, v. Meibom, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ u. s. w., Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages II, S. 14. Ср. также Brunner, Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages III, S. 39, гдѣ указывается на то, что наемъ принимаетъ обязательственный характеръ въ Германіи тогда, когда имѣются налицо приблизительно тѣ же соціальныя и экономическія условія, которыя привели къ тому же результату въ Римѣ.

въ противоположность обязательственнымъ является, до сихъ поръ, до извѣстной степени спорнымъ. Само собой разумѣется, что здѣсь не можетъ быть сдѣлано даже попытки рѣшенія этой проблемы. Но въ этомъ и нѣтъ необходимости. Если, именно, оставить въ сторонѣ теоріи, выставленныя отдѣльными писателями и не оказавшія вліянія на дальнѣйшее развитіе юридической мысли, и если обратить вниманіе лишь на тѣ мнѣнія, которыя привлекли къ себѣ болѣе или менѣе значительное число приверженцевъ, то оказывается, что споръ сводится, въ сущности, къ вопросу о предпочтительности той или другой формы мышленія [1]). Ибо одно изъ двухъ главныхъ теченій выставляетъ на первый планъ воспретительныя полномочія субъекта права по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ, другое, напротивъ, — положительныя его полномочія, заключающіяся въ господствѣ надъ вещью по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ. Сущность же вещнаго права усматривается въ одномъ и томъ же, независимо отъ избранія той или другой точки зрѣнія и вопросъ о классификаціи опредѣленнаго права всегда будетъ рѣшаться одинаково. Что же касается предпочтительности каждой изъ этихъ точекъ зрѣнія, то рѣшеніе этого вопроса зависитъ, безъ сомнѣнія, отъ нѣкоторыхъ личныхъ и субъективныхъ условій, въ частности, отъ большей или меньшей склонности къ абстрактному или къ болѣе жизненному и наглядному воззрѣнію на правовые институты — ибо о большей правильности какого нибудь изъ нихъ говорить не приходится. А если предпочесть второе — что дѣлаетъ, кажется, и господствующее мнѣніе — то необходимо видѣть сущность вещныхъ правъ, именно, во власти или господствѣ субъекта права надъ самою вещью. И съ этой точки зрѣнія вопросъ о конструкціи правъ по договору найма сводится къ во-

1) Ср. удачныя объ этомъ замѣчанія Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 258 flg.

просу о томъ, имѣетъ ли наниматель непосредственную власть надъ вещью или онъ имѣетъ лишь право требовать отъ собственника предоставленія ему вещи, съ тѣмъ, чтобы отношеніе его къ вещи и въ дальнѣйшемъ не имѣло непосредственнаго характера, а покоилось исключительно на волѣ собственника.

Если признать правильности такого взгляда, то законодатель имѣетъ, очевидно, выборъ между той и иной конструкціей. Соображаясь съ потребностями жизни, онъ можетъ поставить нанимателя въ то же положеніе, которое признается за нимъ римскимъ правомъ. Но онъ можетъ, равнымъ образомъ, послѣдовать и примѣру германскаго права и признать за нанимателемъ вещное право [1]). Однако,

1) Нельзя, впрочемъ, сказать, чтобы такое воззрѣніе было вполнѣ чуждо и римскому праву. Вѣдь съ экономической точки зрѣнія институтъ эмфитевзиса мало чѣмъ отличается отъ долгосрочной аренды. Въ частности, едва ли можно установить различіе между отношеніемъ къ недвижимости съ одной стороны, арендатора, съ другой — эмфитевты. Оба обладаютъ и пользуются ею, воздѣлываютъ ее и собираютъ съ нея плоды. Съ экономической точки зрѣнія, несомнѣнно, въ обоихъ случаяхъ имѣется совершенно одинаковое господство надъ недвижимостью — если только оставить въ сторонѣ вопросъ о распоряженіи ею. Ср., впрочемъ, по этому поводу, мѣткое замѣчаніе Фишера, XIX Juristentag II, S. 338: „Es ist hundert gegen eins zu wetten, dass man auch nicht einem einzigen deutschen Bauern oder Handwerksmann diese Anschauung plausibel machen wird, da sie nichts als eine Karrikatur der realen Verhältnisse ist. Kartoffeln pflanzt auch der Pächter auf dem Acker und nicht auf dem Willen des Verpächters". Ср. и цитированное тамъ же замѣчаніе Геллера о римской конструкціи правъ по договору найма: „So stellt auch die obige Lehre die Zumutung an uns, dass wir uns den konkreten Erscheinungen verschliessen, dass wir das tatsächlich bestehende Machtverhältnis des Mieters zur Sache ignorieren, dass wir uns die unmittelbare Fruchtziehung des Pächters als ein Entgegennehmen derselben aus der Hand des Verpächters denken, dass wir das Wohnen der Mietspartei im Hause in ein fortwährendes Anliegen um Gestattung der Wohnung einerseits und ein fortwährendes Gewähren derselben andererseits zerlegen, dass wir mit einem Wort nicht unsere Begriffe den Tatsachen, sondern diese unsern Begriffen akkomodieren". — Въ связи съ этимъ можно, впрочемъ, напомнить и о томъ, что римское право иногда ставило и нанимателя въ болѣе выгодное положеніе — см. l. 50 D. 49, 14. Правда, какъ видно изъ этого же фрагмента, рѣшающую роль сыграль здѣсь не интересъ нанимателя, а интересъ фиска.

какъ показываетъ примѣръ нѣкоторыхъ современныхъ законодательствъ [1]), мыслимъ и третій путь: такъ какъ, съ практической точки зрѣнія, важнымъ, прежде всего, является нормированіе отношеній между нанимателемъ недвижимости и третьимъ пріобрѣтателемъ ея, то возможно и признаніе правъ по договору найма обязательственными съ тѣмъ, однако, чтобы новый пріобрѣтатель былъ связанъ правами нанимателя.

Съ этой практической точки зрѣнія приходится, слѣдовательно, выбирать между двумя принципами, которые формулируются обыкновенно, хотя и не вполнѣ точно [2]), поговорками „Kauf bricht Miete" и „Kauf bricht nicht Miete". А въ случаѣ, если окажется, что болѣе вѣскія соображенія говорятъ въ пользу второго изъ этихъ принциповъ, то придется сдѣлать выборъ между только что указанными двумя возможными конструкціями.

Впрочемъ, при выборѣ того или другого принципа необходимо имѣть въ виду, что въ этомъ вопросѣ скрещиваются интересы не только нанимателя и пріобрѣтателя недвижимости, но также и интересы ипотечныхъ кредиторовъ. Кромѣ того, слѣдуетъ принять во вниманіе и то обстоятельство, что положеніе дѣла измѣняется въ зависимости отъ того, происходитъ ли отчужденіе отданной въ наемъ недвижимости добровольно или путемъ публичной продажи [3]).

1) Объ этомъ см. ниже.

2) Поговорки эти не точны въ томъ смыслѣ, что купля-продажа, разумѣется, никоимъ образомъ не можетъ уничтожить договора найма. Напротивъ, контрагенты остаются связанными имъ. Но такъ какъ новый собственникъ не связанъ имъ и можетъ изгнать нанимателя, не имѣющаго, однако, со своей стороны, права отказа, то въ результатѣ наемъ, какъ экономическое явленіе, можетъ прекратиться вслѣдствіе купли-продажи.

3) Цивильно-политическая сторона вопроса затрогивается лишь вскользь въ матеріалахъ къ проекту ВУ. — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 212 сл., 1896 г. I. стр. 233 сл., Ж. О. К., стр. 106 сл. Весьма пространно и тщательно она разсматривается, напротивъ, въ отзывахъ и до-

Исходной точкой должно служить, безъ сомнѣнія, положеніе, что въ общемъ желательно сохраненіе силы за договоромъ найма. При помощи этого договора разрѣшается въ настоящее время жилищный вопросъ для широкихъ слоевъ населенія, въ частности, для подавляющаго большинства городскихъ жителей. Достаточно извѣстно, что, благодаря условіямъ современной жизни, образовалась естественная монополія домовладѣльцевъ, вслѣдствіе чего положеніе нанимателей является въ немалой степени зависимымъ. Признаніе же за пріобрѣтателемъ застроенной жилищными строеніями недвижимости права расторгнуть заключенные его предшественникомъ договоры найма усугубляетъ, безъ сомнѣнія, эту зависимость. Другими словами, оно еще усиливаетъ, вопреки справедливымъ тенденціямъ современнаго гражданскаго права, позицію той изъ сторонъ, которая и безъ того является экономически болѣе сильной. Къ тому же слѣдуетъ сказать, что въ признаніи за пріобрѣтателемъ такого права заинтересованы, за исключеніемъ рѣдкихъ особыхъ случаевъ, лишь представители спекуляціи на домахъ. Солидный капиталистъ, пріобрѣтая домъ, назначенный для отдачи въ наемъ, весьма далекъ отъ желанія расторгнуть договоры, дающіе ему вѣрный доходъ. Спекулянтъ, напротивъ, стремится къ надбавкѣ наемной платы съ тѣмъ, чтобы продать только что пріобрѣтенный домъ съ барышомъ. А что спекуляція въ этой области не заслуживаетъ поддержки со стороны законодательства, объ этомъ излишне распространяться.

Такое положеніе дѣла заслуживаетъ вниманія тѣмъ болѣе, что на сторонѣ нанимателей отъ господства принципа „Kauf bricht Miete“ страдаютъ какъ экономическіе, такъ и нравственные интересы. Непроизводительныя издержки, связанныя съ перемѣной квартиры, представляютъ собою такое же серьезное зло, какъ то чувство бездомности, которое является послѣдствіемъ признанія указаннаго принципа. И нельзя не упомянуть особо о заключаемыхъ нерѣдко, особенно въ большихъ городахъ, договорахъ найма торговыхъ помѣщеній, которые разсчитаны на продолжительные сроки и съ сохраненіемъ которыхъ связаны значительные интересы нанимателей, нарушеніе которыхъ приводитъ къ гибели большихъ экономическихъ цѣнностей.

батахъ XIX и XX съѣздовъ нѣмецкихъ юристовъ, см. XIX Juristentag II, S. 3 flg., 229 flg., 312 flg., III, S. 35 flg., 300 flg., XX Juristentag II, S. 263 flg., 312 flg., IV, S. 205 flg., 426 flg.

Сказанное до сихъ поръ относилось къ договору найма въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но то же самое приходится сказать, хотя и съ нѣсколько иной мотивировкой, о договорѣ аренды. Слѣдуетъ обратить, въ частности, вниманіе на то, что тщательное веденіе хозяйства и производство ameліорацій возможны только при долгосрочныхъ договорахъ, между тѣмъ, какъ краткосрочные приводятъ неминуемо къ детеріоризаціи имѣнія. При господствѣ же правила „Kauf bricht Miete“ заключеніе долгосрочныхъ договоровъ легко можетъ стать безполезнымъ или, по крайней мѣрѣ, рискованнымъ. Ибо для избѣжанія убытковъ арендаторъ будетъ вынужденъ вести себя такъ же, какъ при краткосрочной арендѣ. Если же онъ будетъ придерживаться иной тактики, то онъ отъ этого можетъ жестоко пострадать.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія соціальной и экономической необходимо признать желательность сохраненія силы за договоромъ найма въ случаѣ перехода права собственности по договору [1]). Единственное же возраженіе, ко-

1) Нельзя не обратить вниманія на характерный фактъ, что при обсужденіи этого вопроса на XIX съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ за противоположный принципъ высказался одинъ лишь ораторъ — Verhandlungen III, S. 61 flg., между тѣмъ, какъ резолюція въ пользу принципа „Kauf bricht nicht Miete“ была принята какъ въ отдѣленіи, такъ и въ общемъ собраніи съ замѣчательнымъ единодушіемъ — Verhandlungen III, S. 74 flg., 305. Ср. также приведенныя въ Verhandlungen des XX Ju-

торое можетъ быть сдѣлано противъ такой нормировки вопроса, заключается въ томъ, что пріобрѣтатель, со своей стороны, можетъ понести ущербъ, благодаря тому, что ему при заключеніи договора купли-продажи можетъ быть не извѣстно о существованіи договора найма.

Съ этимъ возраженіемъ, дѣйствительно, надо считаться. Было бы несправедливо отсылать покупщика къ личному иску противъ продавца. Напротивъ, его интересы должны быть приняты въ соображеніе столь же тщательно, какъ интересы нанимателя. Въ виду этого и необходимо ввести одну оговорку: договоръ найма долженъ быть распознаваемъ. При этомъ мыслимо примѣненіе одного изъ двухъ средствъ. А именно, можно требовать, во-первыхъ, чтобы исполненіе по договору уже началось, другими словами, чтобы недвижимость уже перешла въ обладаніе нанимателя. Этимъ въ большинствѣ случаевъ создается распознаваемость, а кромѣ того, только послѣ перехода недвижимости къ нанимателю его матеріальные и нравственные интересы связаны въ значительной степени съ сохраненіемъ силы договора. Въ прочихъ же случаяхъ вполнѣ допустимо отсылать нанимателя къ личному иску противъ своего контрагента.

Но мыслимъ и другой путь. Можно требовать внесенія договора найма въ вотчинныя книги, благодаря чему создается полная его гласность и обезпеченными являются въ равной мѣрѣ и интересы пріобрѣтателя недвижимости, и интересы нанимателя. Съ формальной же точки зрѣнія слѣдуетъ прибавить, что внесеніе въ книгу можетъ совершаться или посредствомъ записи или посредствомъ отмѣтки.

Въ рамкахъ этихъ возможностей и оперируютъ современныя законодательства. Если привлечь наиболѣе выдающіяся изъ нихъ, то приходится установить, что лишь одно

ristentages II, S. 322 flg. заявленія Германскаго Сельскохозяйственнаго Совѣта и Центральнаго Союза Домовладѣльцевъ, въ которыхъ отвергается принципъ „Kauf bricht Miete“.

изъ нихъ, швейцарское, принципіально сохранило правило, по которому купля-продажа уничтожаетъ наемъ. Но и оно смягчаетъ его, требуя, чтобы пріобрѣтатель объявилъ нанимателю о прекращеніи договора къ первому законному сроку. Въ противномъ случаѣ онъ признается связаннымъ договоромъ. Но кромѣ того, швейцарское право даетъ возможность сохранить силу за договоромъ найма путемъ внесенія въ вотчинную книгу отмѣтки [1]).

Въ противоположность этому, германское право рѣшительно выставляетъ принципъ: „Kauf bricht nicht Miete“ и связываетъ пріобрѣтателя, лишь только недвижимость перешла въ обладаніе нанимателя [2]).

По болѣе сложному пути пошло законодательство французское [3]). Оно, именно, признаетъ обязательность найма для пріобрѣтателя недвижимости при соблюденіи нѣкоторыхъ условій: продажа не затрогиваетъ найма, если договоръ совершенъ въ формѣ публичнаго акта или если онъ имѣетъ достовѣрное число совершенія. Но если договоръ найма заключенъ на срокъ свыше 18 лѣтъ, то онъ подлежитъ транскрипціи. Въ противномъ случаѣ, за время свыше 18 лѣтъ онъ не имѣетъ обязательной силы противъ третьяго пріобрѣтателя [4]).

Несмотря, однако, на различіе въ средствахъ, которыми пользуются всѣ упомянутыя законодательства, они все же сходятся въ одномъ: всѣ они оставляютъ не затронутымъ обязательственный характеръ правъ по договору найма [5]).

1) Obl.-R. 259, 281, 260, 282, ZGB. 959.

2) BGB. 571 flg.

3) Привлеченіе французскаго права по разсматриваемому вопросу необходимо, такъ какъ составители проекта находились въ немалой мѣрѣ подъ его вліяніемъ, насколько дѣло идетъ о нормировкѣ найма.

4) Code civil 1743 suiv., loi du 23. III. 1855, art. 2 suiv.

5) Нельзя не отмѣтить, что есть приверженцы и противоположнаго взгляда. Но см. о господствующемъ мнѣніи для права BGB. — Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB., Iherings Jahrbücher 1897, I, S. 1 flg., ср. также Dernburg, Bürgerliches Recht II, § 215, IV.

Напротивъ, въ исторіи западныхъ законодательствъ встрѣчаются и попытки придать правамъ по договору найма вещный характеръ. Такъ, именно, поступило прусское Земское право. Исходя изъ своей теоріи о „Recht zur Sache“ [1]), оно признаетъ, что передача вещи приводитъ къ возникновенію вещнаго права за нанимателемъ. При томъ же воззрѣніи осталось и законодательство 5 мая 1872 г., освободившее, въ противорѣчіе своимъ основнымъ принципамъ, право по найму отъ внесенія въ вотчинную книгу [2]).

Все сказанное до сихъ поръ относится къ добровольной продажѣ. Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло при публичной продажѣ. Здѣсь также необходимо исходить изъ положенія, что сохраненіе силы за договорами найма является принципіально желательнымъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя упускать изъ виду той цѣли, которая преслѣдуется институтомъ публичной продажи, а именно, удовлетворенія взыскателя и ипотечныхъ вѣрителей путемъ выручки возможно большей цѣны. Эта же цѣль можетъ быть достигнута только тогда, когда, во-первыхъ, пріобрѣтатель будетъ обезпеченъ отъ предъявленія къ нему требованій на основаніи договоровъ, оставшихся ему неизвѣстными, и когда, во-вторыхъ,

---

Для французскаго права — см. Zachariae-Crome, Handbuch II, § 343, I, § 162, Laurent, Cours élémentaire III, p. 475 suiv., Пляніоль, Курсъ французскаго гражд. права II, стр. 664 сл. (Цит. по переводу В. Ю. Гартмана.) Что касается швейцарскаго права, то тутъ спора быть не можетъ. Достаточно обратить вниманіе на текстъ закона, а въ частности, на характеръ отмѣтки въ вотчинной книгѣ, которою обезпечивается дѣйствительность найма по отношенію къ третьему пріобрѣтателю. См., впрочемъ, Wieland, Sachenrecht ad 959, Ostertag, Sachenrecht ad 959, P. 10, Tuor, Das neue Recht, S. 348, Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 167 flg.

1) ALR. I, 2 § 135, I, 10 § 25, I, 19 § 5, I, 21 §§ 2 flg., ср. Dernburg, Preuss. Privatrecht I, §§ 38, 184.

2) ALR. I, 21, §§ 258 flg. (ср. въ особенности § 358), Pr. EEG. § 12. — Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить, что австрійское право, считая въ общемъ права по договору найма обязательственными, допускаетъ ихъ внесеніе въ ипотечныя книги и признаетъ ихъ въ такомъ случаѣ вещными — Allg. BGB. 1905. Ср. также Сводъ гражд. узак. губ. Прибалтійскихъ 4045, 4126 сл.

будетъ налицо возможность уничтоженія такихъ договоровъ найма, которыми уменьшается цѣнность имѣнія. Слѣдовательно, здѣсь задача, подлежащая рѣшенію законодателя, значительно усложняется.

При такихъ условіяхъ мыслимъ цѣлый рядъ различныхъ комбинацій, въ зависимости отъ того, чьи интересы признаются даннымъ законодательствомъ заслуживающими наибольшаго вниманія, интересы ли взыскателей или интересы нанимателей.

Само собой разумѣется, однако, что современныя законодательства стараются найти среднюю линію и обезпечить, по возможности, и тѣхъ и другихъ. При этомъ получаются, прежде всего, двѣ системы и даже трудно сказать, которая изъ нихъ благопріятствуетъ болѣе взыскателю, которая — нанимателю. Германское право, именно, исходитъ изъ положенія, что пріобрѣтатель по публичному торгу связанъ всѣми договорами найма, если только исполненіе по договору уже началось. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, за нимъ признается право расторгнуть эти договоры къ первому законному сроку [1]). Такимъ образомъ, на первый планъ принципіально выдвигаются интересы нанимателей, практически же соблюдаются, прежде всего, интересы взыскателей съ тѣмъ однако, что за нанимателями во всякомъ случаѣ обезпечивается нѣкоторый срокъ для ликвидаціи своихъ дѣлъ.

Иначе рѣшается тотъ же вопросъ французскимъ правомъ. Дѣло въ томъ, что для публичной продажи дѣйствуютъ тѣ же правила, какъ для добровольной, т. е. договоръ найма сохраняетъ силу, если при его заключеніи были соблюдены извѣстныя формальности, въ частности, если онъ, при срокѣ свыше 18 лѣтъ, былъ внесенъ въ ипотечную книгу [2]).

---

1) ZwVG. 57, ср. BGB. 565.

2) См. приведенныя выше статьи, а также code de proc. 673 suiv.

Среднее между германскимъ и французскимъ правомъ положеніе занимаетъ по этому вопросу право швейцарское [1]): въ случаѣ публичной продажи отмѣтка о наймѣ недвижимости, въ общемъ, сохраняетъ силу [2]). Но по требованію предыдущаго вѣрителя, недвижимость можетъ быть предложена къ продажѣ какъ съ сохраненіемъ отмѣтки, такъ и безъ нея. Если, при этомъ, предложеніе, сдѣланное съ условіемъ сохраненія отмѣтки, не покрываетъ требованія вѣрителя, а предложеніе безъ этого условія оказывается для него болѣе выгоднымъ, то онъ въ правѣ требовать погашенія отмѣтки.

Наконецъ, слѣдуетъ упомянуть еще о томъ, что прусское Земское право въ случаѣ публичной продажи не считается съ вещнымъ характеромъ правъ нанимателя. Здѣсь, напротивъ, признается полная сила за принципомъ: „Kauf bricht Miete“ [3]).

Въ результатѣ получается, слѣдовательно, такая картина: современныя законодательства стремятся, въ общемъ, вполнѣ сознательно къ обезпеченію правъ нанимателя. Въ случаѣ добровольнаго отчужденія недвижимости они его гарантируютъ отъ изгнанія, при чемъ эта гарантія ставится иногда въ зависимость отъ исполненія извѣстныхъ формальностей или отъ внесенія въ ипотечную или вотчинную книгу; иногда же она дается независимо отъ подобныхъ условій, съ тѣмъ однако, чтобы недвижимость уже перешла въ обладаніе нанимателя. Что же касается публичной продажи, то тенденція къ защитѣ правъ нанимателя проявляется здѣсь значительно слабѣе. Французское право, правда, становится на ту же точку зрѣнія, какъ при отчужденіи добровольномъ,

1) ср. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 141 Anm., vgl. 140.

2) Само собой разумѣется, что договоръ найма, не обезпеченный отмѣткой въ вотчинной книгѣ, связываетъ столь же мало покупщика по публичной продажѣ, какъ покупщика по частному соглашенію.

3) ALR. I, 21, § 350. Въ такомъ случаѣ, однако, отказъ долженъ быть заявленъ своевременно — ibid. §§ 351 flg.

но германское право безусловно признаетъ за пріобрѣтателемъ право отказа, между тѣмъ какъ право швейцарское ставитъ защиту правъ нанимателя въ зависимость отъ интересовъ ипотечныхъ вѣрителей [1]).

Какъ же разрѣшаются эти вопросы проектомъ ВУ?

§ 40. Положеніе нанимателя по проекту.

Редакціонная комиссія пожелала остаться, въ общемъ, на почвѣ дѣйствующаго права, въ томъ видѣ, какъ оно сложилось благодаря практикѣ сената [2]). Она, слѣдовательно, желала принципіально признать силу за договорами найма какъ на случай добровольной, такъ и на случай публичной продажи, если только къ моменту продажи исполненіе по договору уже началось. При этомъ, однако, пріобрѣтатель по публичной продажѣ долженъ имѣть, при извѣстныхъ условіяхъ, право требовать уничтоженія договора [3]).

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, комиссія нашла, что при такомъ порядкѣ права другихъ заинтересованныхъ лицъ недостаточно обезпечены, благодаря, главнымъ образомъ, отсутствію гласности. Могутъ пострадать какъ интересы пріобрѣтателя, такъ и интересы ипотечныхъ вѣрителей. Въ виду этого комиссія предлагаетъ нѣсколько измѣнить дѣйствующее право и привести въ связь договоры найма недвижимости съ вотчинной книгой. Благодаря этому, въ результатѣ получается слѣдующая система.

Договоры найма недвижимости, въ случаѣ перехода послѣдней къ новому собственнику вслѣдствіе добровольно-

1) Цивильно-политическая оцѣнка этихъ системъ завела бы слишкомъ далеко. Ср., однако, косвенную оцѣнку, данную ниже, въ слѣдующемъ параграфѣ, по поводу разсмотрѣнія системы, принятой проектомъ ВУ.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 222, сл., 1896 г. I, стр. 242 сл.

3) Дѣйствующее право излагается подробно, съ приведеніемъ кассаціонныхъ рѣшеній, въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 219 сл., 1896 г. I, стр. 240 сл.

наго возмезднаго отчужденія, обязательны для пріобрѣтателя, если только исполненіе по договору уже началось и если срокъ договора не простирается далѣе трехъ лѣтъ со дня внесенія въ вотчинную книгу новаго собственника. При бо́льшемъ срокѣ, напротивъ, пріобрѣтатель въ правѣ прекратить договоръ по истеченіи трехъ лѣтъ. Но о намѣреніи осуществить это право онъ долженъ заявить нанимателю до истеченія года со времени внесенія его права въ вотчинную книгу или до истеченія мѣсяца со дня полученія имъ соотвѣтствующаго запроса нанимателя [1]).

Однако, редакціонная комиссія желала признать также и возможность установленія долгосрочныхъ договоровъ, обязательныхъ для пріобрѣтателя. Для достиженія этой цѣли она предоставляетъ сторонамъ условиться о внесеніи договора найма въ III отдѣлъ вотчинной книги. Въ такомъ случаѣ пріобрѣтатель уже безусловно связанъ договоромъ и не имѣетъ права требовать его расторженія [2]).

Нѣсколько болѣе сложное положеніе, чѣмъ при добровольной продажѣ, создается при продажѣ публичной, хотя основной принципъ остается тѣмъ же. А именно, по отношенію къ договорамъ не внесеннымъ въ книгу, соблюдаются правила дѣйствующаго законодательства съ введеніемъ одного лишь измѣненія: договоры найма остаются въ силѣ до истеченія срока, при чемъ, однако, за пріобрѣтателемъ признается такое же право отказа отъ договора за время, превышающее три года, какое онъ имѣетъ въ случаѣ добровольной продажи [3]).

1) ВУ. 35, 36. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 227 сл., 1896 г. I, стр. 247 сл., Ж. О. К., стр. 108.

2) ВУ. 34. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 225 сл., 1896 г. I, стр. 245 сл.

3) ВУ. 35, 36, ППВ. 22, ср. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 87 сл., 1896 г., стр. 100 сл. — Вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо обратить вниманіе на слѣдующее. Какъ будетъ изложено ниже въ текстѣ, кредиторъ, залоговое требованіе котораго пользуется старшинствомъ передъ какою либо записью или отмѣткою третьяго отдѣла, можетъ требовать по ст. 105, 131, 133, 179 ППВ., чтобы имѣніе было предложено къ продажѣ также и подъ условіемъ погашенія каждой изъ этихъ записей или отмѣтокъ. При этомъ, однако, договоры найма сохраняютъ силу до истеченія трехъ лѣтъ со дня торга. Здѣсь говорится только о договорахъ внесенныхъ. Между тѣмъ, было бы вполнѣ цѣлесообразнымъ, если бы то же правило примѣнялось и къ договорамъ не внесеннымъ, срокъ которымъ истекаетъ черезъ болѣе чѣмъ три года послѣ торга. Правда, пріобрѣтатель имѣетъ и безъ того право требовать ихъ прекращенія по истеченіи трехъ лѣтъ. Но заблаговременное выясненіе этой возможности, улучшая положеніе пріобрѣтателя, отвѣчаетъ интересамъ вѣрителей, не нарушая притомъ интересовъ нанимателей. И такъ какъ договоры не внесенные не должны, по мысли проекта, пользоваться большей защитой, чѣмъ договоры внесенные, то признаніе за кредиторами означеннаго права не должно встрѣтить препятствій. Но такъ какъ нельзя быть увѣреннымъ въ томъ, что такое распространительное толкованіе будетъ принято практикой, то внесеніе въ проектъ особой объ этомъ оговорки можетъ показаться цѣлесообразнымъ.

Особое положеніе создается, при этомъ, для договоровъ, заключенныхъ послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на недвижимость. А именно, согласно ст. 21 проекта ППВ., собственникъ лишается, послѣ этого момента, права заключать договоры найма на срокъ свыше года. Заключенные же вопреки этому постановленію договоры признаются необязательными для пріобрѣтателя. Напротивъ, при соблюденіи его, пріобрѣтатель можетъ требовать расторженія договоровъ лишь тогда, когда они клонятся къ обезцѣненію имѣнія [1]).

1) Дѣйствующее нынѣ правило ст. 1100 У. Гр. С. измѣняется, такимъ образомъ, въ пользу пріобрѣтателя. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 29 сл., 1896 г., стр. 34 сл. мотивируютъ это вполнѣ убѣдительно тѣмъ, что предвидѣніе процесса и, въ частности, невозможность опредѣлить, къ какому сроку онъ будетъ доведенъ до конца, не говоря даже о неизвѣстности его исхода, должны вліять невыгодно на предложенія по публичной продажѣ, а слѣдовательно, должны вредить справедливымъ интересамъ кредиторовъ. Неяснымъ остается здѣсь, впрочемъ, одинъ вопросъ: признаются ли безусловно необязательными для пріобрѣтателя договоры, заключенные вопреки ст. 21 ППВ. на сроки свыше одного года или же сокращается срокъ ихъ дѣйствія до одного года? По дословному смыслу ст. 21 слѣдовало бы предполагать первое. Но въ этомъ заключалось бы, съ одной стороны, какъ бы наказаніе контрагентовъ за несоблюденіе гражданско-правовой нормы. А съ другой стороны, это противорѣчило бы общей тенденціи проектовъ сохранять, хотя бы въ извѣстныхъ

Что касается, затѣмъ, договоровъ найма, внесенныхъ въ вотчинную книгу, то вопросъ о нихъ разрѣшается сравнительно просто. По общему правилу, они сохраняютъ свою силу. Но кредиторъ по залогу, пользующемуся старшинствомъ передъ внесеннымъ договоромъ, имѣетъ право требовать, въ цѣляхъ достиженія высшаго предложенія, чтобы недвижимость была предложена къ продажѣ также и подъ условіемъ сохраненія за договоромъ силы лишь на три года, другими словами, подъ условіемъ лишенія его той силы, которая ему была придана внесеніемъ и низведенія его на ступень договора не внесеннаго. При этомъ, однако, погашеніе статьи о договорѣ найма производится только тогда, когда цѣна, предложенная подъ этимъ условіемъ, превышаетъ высшую цѣну, предложенную подъ условіемъ сохраненія ея [1] [2]).

предѣлахъ, силу договоровъ найма настолько, насколько они не причиняютъ явнаго вреда причастнымъ лицамъ. Слѣдовательно, было бы болѣе правильно предоставить пріобрѣтателю право требовать не уничтоженія договора, а лишь сведенія его къ годичному сроку. Но и это должно было бы быть высказано прямо въ законѣ.

1) ППВ. 105, 131, 133, 179. Ср. Объясненія 1893 г., стр. 39 сл., 160 сл., 221, 1896 г., стр. 45 сл., 177 сл., 241. — Ст. 106 (ср. 153) постановляетъ, кромѣ того, что этимъ правомъ пользуется кредиторъ, не состоящій взыскателемъ, лишь въ томъ случаѣ, когда сумма оцѣнки не покрываетъ его требованія. Это предписаніе въ состояніи вызвать нѣкоторыя сомнѣнія. Цѣлью его является, очевидно, устраненіе кредиторовъ, не заинтересованныхъ въ уничтоженіи договора. Между тѣмъ, въ этомъ отношеніи сумма оцѣнки не играетъ роли. Ибо какъ при первомъ, такъ и при второмъ торгѣ имѣніе ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть продано за цѣну, не превышающую суммы издержекъ, недоимокъ, платежей и долговъ, пользующихся старшинствомъ передъ всѣми обращенными на имѣніе взысканіями (ППВ. 115, 146, 162). Слѣдовательно, кредиторы, пользующіеся старшинствомъ передъ взыскателемъ, во всякомъ случаѣ обезпечены, совершенно независимо отъ того, покрываются ли ихъ требованія оцѣнкой или нѣтъ. Въ виду этого и нѣтъ необходимости предоставлять имъ право требовать уничтоженія договора найма. Въ признаніи за ними этого права дѣйствительно заинтересованы только тѣ кредиторы, требованія которыхъ не покрываются суммой оцѣнки, и которые, кромѣ того, не пользуются старшинствомъ передъ взыскателемъ. Лишь введеніемъ еще этого второго признака будетъ обезпечено достиженіе той цѣли, къ которой стремятся проекты — сохраненіе въ силѣ договоровъ, не вредящихъ ни чьимъ справедливымъ интересамъ. Слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что на практикѣ вѣрители, не пользующіеся старшинствомъ передъ взыскателемъ, почти всегда будутъ присоединяться къ взысканію на основаніи ст. 23 ППВ. — Для избѣжанія недоразумѣній, можетъ быть, не лишне отмѣтить, что во всякомъ случаѣ ст. 106 расчитана только на такихъ вѣрителей, требованія которыхъ пользуются старшинствомъ передъ записью о договорѣ найма.

2) Основной принципъ, проводимый по этому вопросу проектомъ, совпадаетъ, слѣдовательно, съ принципомъ швейцарскаго права.

1) См. объ этомъ ниже, т. II, § 79.

Получается, такимъ образомъ, результатъ, что договоръ найма недвижимости охраняется тщательно отъ невыгодныхъ послѣдствій, могущихъ получиться отъ продажи какъ добровольной, такъ и публичной. Не внесенный договоръ остается въ силѣ всегда до истеченія, по крайней мѣрѣ, трехъ лѣтъ со дня внесенія въ вотчинную книгу новаго собственника. Внесенный же договоръ сохраняетъ силу до истеченія срока, установленнаго въ договорѣ, если только при публичной продажѣ его уничтоженіе не окажется необходимымъ въ интересахъ взыскателей. Исключеніемъ являются только договоры, заключенные должникомъ-собственникомъ уже послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на имѣніе на срокъ болѣе одного года или же заключенные во вредъ имѣнію.

Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить, что уничтоженія договора можетъ требовать также, въ силу ст. 81 ВУ., всякій вотчинный кредиторъ, независимо отъ публичной продажи или наступленія срока его требованію, „если по этимъ договорамъ обусловлена несоразмѣрно низкая цѣна“ [1]).

Въ заключеніе настоящаго параграфа необходимо отмѣтить еще и то, что проектъ ставитъ въ ст. 36 на одну доску съ переходомъ недвижимости въ другія руки вслѣдствіе продажи ея переходъ въ силу отсужденія.

§ 41. Критика постановленій проекта.

Если сопоставить всѣ эти нормы, то получается, въ общемъ, вполнѣ благопріятное впечатлѣніе, насколько дѣло

касается тенденцій проекта. Покоящіеся на толкованіи сената принципы дѣйствующаго права не только сохранены, но получили и дальнѣйшее развитіе, при чемъ замѣчается также стремленіе къ огражденію интересовъ третьихъ лицъ. Однако, осуществленіе этихъ тенденцій вызываетъ, тѣмъ не менѣе, рядъ возраженій.

Прежде всего необходимо отмѣтить, что сомнѣнія возбуждаетъ предпринятое проектомъ дѣленіе договоровъ на долгосрочные и краткосрочные. Мѣриломъ служитъ при этомъ продолжительность больше или меньше трехъ лѣтъ. Объясненія указываютъ [1]), по этому поводу, на то, что такимъ образомъ будутъ вполнѣ обезпечены всѣ наниматели по краткосрочнымъ наймамъ, заключаемымъ, въ большинствѣ случаевъ, на годъ или на два года. Кромѣ того, сюда подойдетъ большинство крестьянскихъ арендныхъ договоровъ, простирающихся обыкновенно на три года, примѣнительно къ трехпольному сѣвообороту [2]).

Что касается найма въ тѣсномъ смыслѣ слова, то замѣчаніе редакціонной комиссіи, безъ сомнѣнія, правильно. Наемъ жилыхъ помѣщеній въ городахъ, дѣйствительно, лишь въ рѣдкихъ случаяхъ заключается на время больше трехъ лѣтъ и масса городскихъ обывателей будетъ, поэтому, вполнѣ обезпечена, если предположенія проекта получатъ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 227 сл., 1896 г. I, стр. 247 сл.

2) Мимоходомъ слѣдуетъ указать, впрочемъ, на то, что нельзя считать справедливымъ постановленіе ст. 36 ВУ., по которому „требованіе о прекращеніи найма должно быть заявлено нанимателю .... не позже мѣсяца со времени полученія собственникомъ запроса нанимателя о томъ, согласенъ ли собственникъ оставить договоръ въ силѣ“. Установленный здѣсь срокъ слишкомъ коротокъ. Собственникъ, только что принявшій имѣніе, въ особенности крупное, не долженъ быть принужденъ рѣшать столь важные вопросы прежде, чѣмъ онъ успѣлъ вникнуть въ экономическое положеніе имѣнія, въ выгодность или невыгодность договоровъ и т. д. Къ тому же, нѣтъ вовсе надобности въ подобной поспѣшности. Если договоръ все равно не можетъ быть прекращенъ раньше истеченія трехъ лѣтъ, то отчего же рѣшеніе о томъ должно быть принято „не позже мѣсяца“?

силу закона. Сомнѣнія, напротивъ, вызываютъ тѣ же нормы, насколько дѣло касается аренды.

Проектъ какъ бы считается съ тѣмъ, что архаичная уже въ настоящее время трехпольная система сохранится и въ дальнѣйшемъ будущемъ. Это, очевидно, нераціонально, тѣмъ болѣе, что время вступленія въ силу ВУ. еще неизвѣстно. Вѣдь можно, во всякомъ случаѣ, надѣяться на то, что трехполье со временемъ исчезнетъ и изъ крестьянскаго хозяйства. Съ другой стороны, правда, трудно предвидѣть, какая система займетъ его мѣсто и какой срокъ тогда будетъ обычнымъ при арендѣ мелкихъ участковъ. Но какова бы она ни была, постановленія ВУ. будутъ имѣть, во всякомъ случаѣ, нежелательныя послѣдствія. Они могутъ привести, во-первыхъ, къ тому, что весьма часто аренда мелкихъ недвижимостей и впредь будетъ заключаться лишь на краткіе сроки. А это, какъ общепризнано, не желательно въ интересахъ народнаго хозяйства. Но возможно, во-вторыхъ, и то, что оборотъ не будетъ считаться настолько съ постановленіями ВУ. и что арендные договоры будутъ заключаться на сроки, отвѣчающіе той системѣ сѣвооборота, которая будетъ господствовать тогда. Въ такомъ случаѣ результаты будутъ малоотрадными. Ибо необходимость ликвидировать въ теченіе трехъ лѣтъ хозяйство безъ доведенія до конца сѣвооборота или причинитъ арендатору ничѣмъ не оправдываемый ущербъ, или же она побудитъ его извлечь наскоро все изъ недвижимости, разоряя тѣмъ хозяйство на продолжительное время.

Если же принять въ соображеніе случай публичной продажи, то надо сказать, что, съ точки зрѣнія пріобрѣтателя недвижимости и кредиторовъ, трехлѣтній срокъ аренды вовсе не является чѣмъ то неважнымъ, какъ то утверждаютъ Объясненія, указывающіяся [1]), что „интересы третьихъ лицъ, вотчинныхъ кредиторовъ и пріобрѣтателей,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 228, 1896 г. I, стр. 248.

не потерпятъ ущерба отъ такихъ договоровъ, такъ какъ они вслѣдствіе незначительной продолжительности срока, на который ими ограничивается свобода пріобрѣтателя въ распоряженіи имѣніемъ, могутъ видоизмѣнить продажную цѣну имѣнія лишь въ незначительной степени".

Съ этимъ нельзя согласиться. Слѣдуетъ сказать, напротивъ, что немедленное уничтоженіе договора можетъ быть даже весьма желательнымъ по двумъ причинамъ: или договоръ является невыгоднымъ, хотя онъ и не подходитъ подъ дѣйствіе ст. 81 ВУ. или ст. 1100 У. Гр. С., или же пріобрѣтатель желаетъ вести хозяйство самъ. Въ случаѣ добровольной продажи это, разумѣется, не играетъ роли. Въ такомъ случаѣ покупщикъ или зналъ о существованіи договора или же онъ былъ введенъ въ заблужденіе продавцомъ. Въ послѣднемъ же случаѣ онъ имѣетъ возможность предъявить искъ къ своему контрагенту. Но совершенно иначе обстоитъ дѣло при публичной продажѣ. Здѣсь знаніе о договорѣ можетъ привести къ отказу отъ участія въ торгѣ — а число возможныхъ покупщиковъ будетъ ограниченнымъ весьма нерѣдко, въ особенности, если дѣло идетъ о крупной недвижимости. Слѣдовательно, будетъ причиненъ ущербъ взыскателю и ипотечнымъ кредиторамъ. Въ случаѣ же неизвѣстности договора, ущербъ падаетъ всею тяжестью на пріобрѣтателя — при чемъ необходимо, впрочемъ, считаться и съ тѣмъ, что предвидѣніе такой возможности опять таки устранитъ участниковъ торга и, слѣдовательно, посодѣйствуетъ пониженію предложеній.

Насколько дѣло идетъ о договорахъ аренды не внесенныхъ, получается, такимъ образомъ, результатъ, что срокъ сохраненія силы договора слишкомъ кратокъ при добровольной продажѣ, между тѣмъ какъ при продажѣ публичной онъ можетъ оказаться слишкомъ продолжительнымъ. Вслѣдствіе этого является желательнымъ удлиненіе срока въ первомъ случаѣ, при чемъ необходимо, впрочемъ, поднять слѣдующій вопросъ: нельзя ли вообще отказаться отъ установленія опредѣленнаго числа лѣтъ и постановить, что договоръ аренды остается въ силѣ до окончанія сѣвооборота [1])? А что касается публичной продажи, то слѣдовало бы создать возможность уничтоженія договоровъ также и ранѣе истеченія трехлѣтняго срока, установленнаго въ проектѣ. При этомъ право требовать уничтоженія должно было бы быть признано, прежде всего, за взыскателемъ и кредиторами, а если существованіе договоровъ аренды обнаружится лишь впослѣдствіи — то и за пріобрѣтателемъ съ тѣмъ, однако, чтобы арендатору въ обоихъ случаяхъ предоставлялся извѣстный срокъ для ликвидаціи своихъ дѣлъ, хотя бы по примѣру германскаго права [2]) или до окончанія экономическаго года.

Аналогичное постановленіе было бы, впрочемъ, умѣстно также и для договора найма въ тѣсномъ смыслѣ слова. Ибо интересы кредиторовъ и взыскателя здѣсь совершенно тѣ же, какъ при публичной продажѣ сельско-хозяйственной недвижимости.

---

1) Отъ этого едва ли получились бы практическія затрудненія, такъ какъ система сѣвооборота весьма часто устанавливается въ договорѣ аренды, а въ случаѣ спора можетъ быть установлена свѣдущими лицами. Во всякомъ случаѣ, предложенная въ текстѣ норма была бы болѣе цѣлесообразна, чѣмъ предусмотрѣнная въ проектѣ. Достаточно указанія на то, что трехлѣтній срокъ, исчисляемый вѣдь не съ момента заключенія договора, а съ момента перехода права собственности, и при трехпольной системѣ можетъ вовсе не совпадать съ моментомъ окончанія сѣвооборота. Онъ, слѣдовательно, въ такихъ случаяхъ нисколько не отвѣчаетъ интересамъ сельскаго хозяйства, а сводится, въ сущности, лишь къ ликвидаціонному сроку, установленному въ личныхъ интересахъ арендатора. Но съ этой точки зрѣнія онъ, очевидно, слишкомъ продолжителенъ. Съ другой стороны, правда, подобный механическій срокъ долженъ быть сохраненъ для такихъ случаевъ, когда имѣется налицо аренда, осуществляемая не путемъ опредѣленнаго сѣвооборота, какъ то бываетъ, напр., при арендѣ земли подъ огородъ. Но принятіе во вниманіе закономъ и этого случая едва ли являлось бы особенно затруднительнымъ.

2) ZwVG. 57, ср. BGB. 565.

Такое разрѣшеніе вопроса въ случаѣ публичной продажи, разумѣется, менѣе выгодно для арендатора, чѣмъ то, которое предполагается проектомъ. Но оно болѣе справедливо и цѣлесообразно, такъ какъ нельзя не признать за ипотечными кредиторами лучшаго права на удовлетвореніе, чѣмъ за арендаторомъ. Насколько же рѣчь идетъ о столкновеніи между арендаторомъ и пріобрѣтателемъ, то, во-первыхъ, и здѣсь замѣшаны интересы кредиторовъ, а во-вторыхъ, нѣтъ причины признавать привилегированное положеніе за арендаторомъ, утаившимъ фактъ существованія договора [1]). Но само собой разумѣется, при этомъ, что договоръ, имѣвшійся въ виду при публичной продажѣ и не уничтоженный по требованію кредиторовъ, является обязательнымъ для пріобрѣтателя.

Необходимо обратить, при этомъ, вниманіе на то обстоятельство, что предлагаемое правило вовсе не однозначуще съ правиломъ, по которому договоръ аренды прекращается въ силу одного факта публичной продажи. По всей вѣроятности, нерѣдко не будетъ предложено большей цѣны при условіи уничтоженія договора, чѣмъ при условіи сохраненія его. А тогда онъ, разумѣется, остается въ полной силѣ.

По отношенію къ найму жилыхъ помѣщеній предположенія проекта заслуживаютъ, такимъ образомъ, одобренія, насколько они касаются добровольной продажи и нуждаются въ незначительномъ дополненіи лишь на случай публичной продажи. Что же касается договора аренды, то необходимы нѣкоторыя измѣненія какъ на случай добровольной продажи, такъ и на случай публичной продажи. Благодаря этому

1) Можно поднять вопросъ, не слѣдовало ли бы требовать заявленія до начала торговъ о всѣхъ существующихъ договорахъ найма по данному имѣнію съ тѣмъ, чтобы остальные, о которыхъ не было заявлено, считались необязательными для пріобрѣтателя? Подобное предложеніе было сдѣлано и на съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ — ср. Verhandlungen des XX. Juristentages IV, S. 209 flg., 429 flg.

создалась бы, правда, большая сложность нормировки. Но затрогиваемые вопросы настолько важны, что за однимъ этимъ обстоятельствомъ не можетъ быть признано рѣшающаго значенія.

Однако, если приходится поднимать лишь отдѣльныя возраженія противъ нормъ, регулирующихъ положеніе нанимателя въ случаѣ продажи добровольной или публичной, то необходимо возражать уже противъ принципіальной точки зрѣнія проекта, насколько дѣло касается случая перехода недвижимости къ другому лицу вслѣдствіе отсужденія. Какъ было упомянуто выше, договоръ найма сохраняетъ, согласно ст. 35 и 36, силу и въ такомъ случаѣ.

Между тѣмъ, такое правило едва ли можетъ быть оправдываемо, такъ какъ оно сводится, въ сущности, къ признанію какой то своеобразной безповоротности внѣ вотчинной книги. Для этого нѣтъ, однако, никакихъ основаній, такъ какъ не существуетъ никакой объективной связи между не внесеннымъ договоромъ и показаніями вотчинной книги. Если наниматель справлялся въ книгѣ и полагался на нее, то это является чисто субъективнымъ моментомъ, который закономъ не можетъ быть принятъ въ соображеніе. Ибо такое положеніе дѣлъ нисколько не отличается отъ того, которое создается тогда, когда лицо, желающее вступить съ внесеннымъ въ книгу собственникомъ недвижимости въ какія либо иныя дѣловыя отношенія, придаетъ рѣшающее значеніе именно тому факту, что будущій его контрагентъ является землевладѣльцемъ. Если въ такомъ случаѣ впослѣдствіи окажется, что показанія книги были невѣрны и если кредиторъ терпитъ, благодаря этому, ущербъ, то онъ, очевидно, не можетъ ссылаться на публичную вѣру книги.

Равнымъ образомъ, наниматель по не внесенному договору не можетъ, по самому существу дѣла, ссылаться на показанія книги. И нельзя не замѣтить, что другія современныя законодательства не знаютъ подобнаго постановленія, которое

можетъ быть оправдываемо исключительно чисто субъективнымъ желаніемъ улучшить положеніе нанимателя, хотя такое желаніе въ этомъ случаѣ ничѣмъ не можетъ быть обосновано. Здѣсь нѣтъ ни малѣйшей аналогіи и съ случаемъ продажи. Ибо договоръ найма былъ заключенъ не съ собственникомъ, а съ лицомъ, которое наниматель ошибочно считалъ собственникомъ. А далѣе, здѣсь не выставляется даже требованія доброй вѣры нанимателя. Какъ быть, если онъ зналъ, что лицо, внесенное въ книгу, на дѣлѣ не собственникъ? При отсутствіи объективной связи между книгой и не внесеннымъ договоромъ нельзя, очевидно, ссылаться на общій принципъ, выраженный въ п. 2 ст. 18 ВУ., по которому безповоротность наступаетъ лишь въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя. А такъ какъ особой оговорки не дѣлается, то въ результатѣ устанавливается своеобразная безповоротность въ пользу нанимателя по не внесенному договору, внѣ зависимости отъ книги и внѣ зависимости отъ его доброй вѣры. Такая безповоротность, очевидно, не отвѣчаетъ интересамъ оборота. Между тѣмъ, весь институтъ безповоротности, создающій противорѣчіе между правомъ матеріальнымъ и правомъ формальнымъ, существуетъ, безспорно, исключительно въ интересахъ оборота.

Нельзя не высказать, такимъ образомъ, пожеланія, чтобы это постановленіе проекта не получило силы закона и чтобы сохраненіе за не внесеннымъ договоромъ найма силы въ случаѣ перехода недвижимости въ другія руки ограничилось случаями добровольнаго отчужденія[1]) и публичной продажи ея.

1) Проектъ говоритъ исключительно о переходѣ имѣнія вслѣдствіе добровольнаго „возмезднаго“ отчужденія. Случай же безвозмезднаго отчужденія не принимается въ соображеніе. Съ нимъ не считаются и матеріалы къ проекту. Въ самомъ дѣлѣ, не приходится отрицать, что онъ, съ практической точки зрѣнія, имѣетъ несравненно меньшее значеніе. Но тѣмъ не менѣе, едва ли правильно совершенно игнорировать его, какъ то дѣлаетъ проектъ, который, какъ извѣстно, въ общемъ придаетъ даже слишкомъ большое значеніе безвозмезднымъ сдѣлкамъ о недвижимостяхъ — ср. выше, § 21. Въ виду этого, было бы, очевидно, болѣе правильно распространить дѣйствіе ст. 35 сл. также и на случай безвозмезднаго отчужденія. Въ пользу именно такого рѣшенія говорятъ тѣ же самыя соображенія, которыми руководствовались авторы проекта при составленіи разсматриваемой главы. Съ редакціонной же точки зрѣнія эта цѣль можетъ быть достигнута чрезвычайно просто путемъ исключенія слова „возмезднаго“.

Сказанное до сихъ поръ относилось къ договорамъ краткосрочнымъ и не внесеннымъ въ вотчинную книгу. Нѣчто иное приходится сказать о договорахъ внесенныхъ.

Нельзя не высказать, прежде всего, нѣкоторыя сомнѣнія насчетъ практическаго значенія внесенія договоровъ. Необходимо считаться, во-первыхъ, съ тѣмъ, что собственники недвижимостей согласятся только въ исключительныхъ случаяхъ на внесеніе, а во-вторыхъ, — съ тратой денегъ и времени, связанной съ совершеніемъ этой формальности. Ни обыкновенный наемъ квартиръ, ни аренда сельско-хозяйственныхъ имѣній не будутъ вноситься въ вотчинную книгу, если не будетъ налицо особыхъ условій. Возможностью внесенія будутъ пользоваться лишь тогда, когда дѣло будетъ итти объ очень продолжительномъ срокѣ и объ объектѣ большой цѣнности, т. е. напр., о большихъ торговыхъ помѣщеніяхъ, о домахъ-особнякахъ, о крупныхъ имѣніяхъ. Благодаря этому отпадаетъ одно возраженіе, которое выставлялось въ свое время противъ допущенія внесенія договора найма въ вотчинную книгу — возраженіе, указывавшее на возможное переполненіе книгъ, ведущее къ утратѣ наглядности[1]). Но зато поднимается вопросъ, позволяютъ ли правила благоразумной законодательной экономіи создавать такой институтъ для нуждъ весьма ограниченнаго круга населенія?

Въ настоящее время недостаетъ, повидимому, данныхъ для сужденія о томъ, имѣется ли въ сколько нибудь серьез-

1) Ср. Werner, Die preussischen Grundbuch- und Hypothekengesetze II, S. 20, Motive zum EEG. 12, BGB., Motive II, S. 384.

ныхъ размѣрахъ потребность въ подобномъ институтѣ. Но съ теоретической точки зрѣнія все же можно сказать, что имъ охранялись бы значительные экономическіе интересы, хотя бы онъ примѣнялся и сравнительно рѣдко. И если, при обыкновенныхъ обстоятельствахъ, и слѣдовало бы признать болѣе цѣлесообразнымъ рѣшеніе не создавать новаго института, пока не выяснилось, что онъ отвѣчаетъ потребностямъ жизни, то всетаки при новой нормировкѣ цѣлой обширной области, кажется позволительнымъ предусматривать и подобные случаи.

Но какъ бы то ни было, проектъ ВУ. во всякомъ случаѣ выдвигаетъ этотъ институтъ и критикѣ приходится считаться съ нимъ, въ частности, ей приходится дать цивильно-политическую его оцѣнку. Съ этой же точки зрѣнія приходится сказать, что о необходимости сохраненія внесенныхъ договоровъ найма на случай добровольной продажи не можетъ быть спора — иначе внесеніе было бы лишено всякаго смысла. Что же касается продажи публичной, то принципіально и здѣсь сохраненіе договоровъ является необходимымъ. Но въ томъ случаѣ, въ которомъ проекты ВУ. и ППВ. допускаютъ уничтоженіе внесеннаго договора по требованію кредиторовъ, такое уничтоженіе должно было бы допускаться немедленно съ предоставленіемъ арендатору только льготнаго срока для ликвидаціи своихъ дѣлъ — по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ такое же уничтоженіе должно быть допущено по отношенію къ договорамъ не внесеннымъ.

Съ цивильно-политической точки зрѣнія необходимо требовать, такимъ образомъ, нѣкоторыхъ измѣненій предположеній проекта. Но основныя его мысли остаются не затронутыми, при чемъ, можетъ быть, не лишне отмѣтить, что эти мысли почти совершенно совпадаютъ съ тѣми принципами, на которыхъ строится французское законодательство. Можно, слѣдовательно, признать, что оно въ этой области

не опережено болѣе новыми кодексами, въ частности уложеніями германскимъ и швейцарскимъ. Лишь возможность расторженія договора къ ближайшему законному сроку въ случаѣ публичной продажи должна была бы быть заимствована изъ BGB., хотя бы и при болѣе тщательной охранѣ правъ нанимателя. Что же касается уложенія швейцарскаго, то оно въ этой области не можетъ служить образцомъ. Лишь съ конструктивной точки зрѣнія можно будетъ воспользоваться его примѣромъ. Дѣло въ томъ, что теперь уже приходится поставить оставленный до сихъ поръ въ сторонѣ вопросъ о юридической конструкціи, которою пользуется проектъ ВУ. Чѣмъ, въ сущности, является, по проекту ВУ., внесенный въ вотчинную книгу договоръ найма и какимъ характеромъ обладаютъ вытекающія изъ него права [1])?

§ 42. Конструкція правъ по внесенному договору найма.

Излишне говорить, сколь большое значеніе какъ съ теоретической, такъ и съ практической точки зрѣнія должно имѣть рѣшеніе только что поставленнаго вопроса. Между тѣмъ приходится сказать, что имъ до сихъ поръ почти вовсе не интересовались. Матеріалы къ проекту затрогиваютъ его лишь мимоходомъ. А что касается литературы, то тутъ только въ одной статьѣ обращено на него вниманіе.

Объясненія къ проекту какъ редакціи 1893 г., такъ и редакціи 1896 г. посвящаютъ, по своему обыкновенію, глав-

1) Вопросъ о конструкціи правъ по договору не внесенному сюда не относится, такъ какъ въ настоящемъ изслѣдованіи разсматривается исключительно право проекта ВУ. и дополнительныхъ къ нему законопроектовъ. Если же договоръ не внесенный разсматривался, тѣмъ не менѣе, съ точки зрѣнія цивильно-политической, то это было необходимо въ виду того, что договоръ внесенный съ этой же точки зрѣнія является лишь частью одного цѣлаго вмѣстѣ съ договоромъ не внесеннымъ. Съ конструктивной точки зрѣнія, напротивъ, такой связи не существуетъ и договоръ не внесенный сохраняетъ ту же конструкцію, какую онъ имѣетъ въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ.

ное свое вниманіе экономической сторонѣ вопроса, а въ связи съ этимъ пространно излагаютъ постановленія западныхъ законодательствъ. Затѣмъ они обращаются къ дѣйствующему русскому праву и въ результатѣ получается тезисъ, что наши законы, по толкованію сената, „присваиваютъ найму недвижимыхъ имѣній извѣстныя послѣдствія чисто вотчиннаго характера“ [1]). Каковъ, однако, въ сущности, характеръ правъ по договору найма, регулируемаго такимъ образомъ, — въ этотъ вопросъ Объясненія не вникаютъ.

Столь же мало они затрогиваютъ тотъ же вопросъ по отношенію къ предлагаемой въ проектѣ нормировкѣ найма недвижимости. Но такъ какъ редакціонная комиссія желала оставаться на почвѣ дѣйствующаго права и предполагала ввести лишь нѣкоторыя улучшенія, носящія, въ извѣстномъ смыслѣ, скорѣе всего характеръ технической [2]), то слѣдуетъ предполагать, что она видѣла въ правахъ по договору найма недвижимости и по проекту ВУ., такъ же, какъ по дѣйствующему праву, права обязательственныя, снабженныя „извѣстными вотчинными послѣдствіями“. Комиссія, во всякомъ случаѣ, не сдѣлала попытки выяснить, насколько подобная конструкція является вообще допустимой и насколько она совмѣстима съ современной вотчинной системой.

По примѣру редакціонной комиссіи, оставило въ сторонѣ конструктивный вопросъ и подавляющее большинство критиковъ проекта. Изъ всѣхъ замѣчаній, офиціально опубликованныхъ, лишь одинъ отзывъ юридическаго факультета Московскаго университета обратилъ на него вниманіе. Всѣ прочіе же высказываются лишь объ экономической сторонѣ критикуемыхъ институтовъ или же полемизируютъ противъ предположеній проекта съ точки зрѣнія законодательной техники. Къ нѣкоторымъ изъ этихъ критическихъ замѣчаній нельзя не присоединиться, но къ разсматриваемому въ настоящую минуту вопросу они не имѣютъ отношенія.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 221, 1896 г. I, стр. 242.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 222 сл., 1896 г. I, стр. 242 сл.

Что же касается отзыва юридическаго факультета Московскаго университета [1]), то и въ немъ не имѣется изслѣдованія этого вопроса, нѣтъ и рѣшенія его. Авторы отзыва исходятъ, напротивъ, изъ того предположенія, что вопросъ о конструкціи рѣшенъ уже самимъ проектомъ и рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что права по внесенному въ вотчинную книгу договору найма суть права вещныя. На этомъ основаніи ведется полемика противъ вторженія законодательства въ область, отведенную наукѣ, такъ какъ нѣтъ, по мнѣнію авторовъ отзыва, достаточнаго основанія для признанія этихъ правъ вещными. Къ тому же, вопросъ объ основныхъ признакахъ вещныхъ правъ является, по ихъ утвержденію, спорнымъ.

Однако, слѣдуетъ сказать, что отзывъ юридическаго факультета Московскаго университета исходитъ изъ положенія, съ которымъ нельзя, очевидно, согласиться: ни самъ проектъ ВУ., ни Объясненія къ нему не высказываются въ пользу приписываемой имъ конструкціи. Нигдѣ не сказано, что права по договору, внесенному въ вотчинную книгу, признаются правами вещными. Напротивъ, какъ самъ проектъ, такъ и Объясненія тщательно воздерживаются отъ выставленія какой бы то ни было конструкціи и ограничиваются указаніемъ на отдѣльныя „вотчинныя послѣдствія“, связанныя съ правами по договору найма. Слѣдовательно, о вторженіи законодателя въ область, отведенную наукѣ, едва ли приходится говорить. А доказательства тому, что указанныя права являются, независимо отъ точки зрѣнія, занимаемой редакціонной комиссіей, вещными, въ отзывѣ не имѣется.

Въ виду этого необходимо признать, что критика пер-

1) Св. Зам., № 126 (стр. 161 сл).

ваго проекта не даетъ рѣшенія поставленнаго вопроса. Что же касается критическихъ замѣчаній, не вошедшихъ въ офиціальный сборникъ, то лишь одна статья г. Вербловскаго [1]) касается вообще III главы I раздѣла ВУ. Однако, и въ ней конструктивный вопросъ не разработывается самостоятельно. Авторъ предполагаетъ, что права по внесеннымъ договорамъ имѣютъ вещный характеръ и, считаясь съ этимъ, какъ съ чѣмъ то даннымъ, не выставляетъ никакихъ возраженій.

Столь же мало даютъ офиціальные отзывы вѣдомствъ на проектъ 1896 г. Наиболѣе пространно занимается постановленіями главы III раздѣла I отзывъ министра финансовъ [2]). Но здѣсь обращено вниманіе исключительно на экономическую сторону вопроса, въ частности же на то явленіе, которое въ отзывѣ называется „засореніемъ права собственности“ и на затрудненія, могущія возникнуть отсюда для земельныхъ банковъ [3]). Въ отзывѣ министра юстиціи [4]) дѣлается только одно замѣчаніе редакціоннаго характера и лишь въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ [5]) имѣется намекъ на конструктивную сторону вопроса. Правда, этотъ намекъ настолько неопредѣленный, что изъ него можно вывести лишь то заключеніе, что министръ сомнѣвался въ правильности признанія вотчиннаго характера за правами по внесеннымъ въ книгу договорамъ. Прочіе же отзывы этой главы проекта вовсе не касаются.

Нѣсколько болѣе даетъ Журналъ Особой Комиссіи [6]). Правда, и онъ не разрѣшаетъ нашей проблемы. Но онъ все же позволяетъ выяснить субъективную точку зрѣнія, занимаемую той комиссіей, которая придала проекту окон-

1) Новѣйшій проектъ ВУ., Сборникъ правовѣдѣнія 1895, 4, стр. 217 сл.
2) Стр. 87 сл.
3) Ср., по этому поводу, сказанное выше, въ § 7, объ общемъ характерѣ отзыва министра финансовъ.
4) Стр. 6 сл.
5) Стр. 16.
6) Стр. 106 сл.

чательную формулировку. При этомъ оказывается, что это та же самая точка зрѣнія, которую занимала, по всей вѣроятности, и редакціонная комиссія. Различіе заключается лишь въ томъ, что особая комиссія высказывается объ этомъ прямо, между тѣмъ какъ редакціонная этого не дѣлаетъ, а оставляетъ мѣсто догадкамъ.

Эта точка зрѣнія сводится къ тому, что права по внесенному въ вотчинную книгу договору найма признаются правами обязательственными, при чемъ имъ, однако, придаются „извѣстныя вотчинныя послѣдствія“. Что особая комиссія смотритъ именно такъ на указанныя права, явствуетъ изъ слѣдующаго: комиссія противуставляетъ другъ другу договоры найма и продажи лѣса на срубъ съ одной, вотчинныя права съ другой стороны и утверждаетъ, что внесеніе въ вотчинную книгу лишь вторыхъ оставляло бы въ неизвѣстности договоры, которые, между тѣмъ, могутъ вліять весьма замѣтно на стоимость имѣнія. Затѣмъ, комиссія устанавливаетъ, что внесеніе имѣетъ, по системѣ проекта ВУ., „двоякое значеніе: 1) какъ необходимое условіе пріобрѣтенія права и 2) какъ оглашеніе права по книгѣ для приданія ему извѣстныхъ вотчинныхъ послѣдствій“. Разсматриваемыхъ же договоровъ начало внесенія касается, именно, во второмъ своемъ значеніи. А что оно „въ первомъ своемъ значеніи не можетъ имѣть примѣненія къ правамъ обязательственнымъ, какимъ по существу являются права по договору найма“, это „разумѣется само собой“.

Въ этой аргументаціи поражаетъ, прежде всего, одно обстоятельство. Особая комиссія говоритъ о двоякомъ значеніи внесенія какъ о чемъ то, съ одной стороны, не подлежащемъ спору, а съ другой стороны — ясно опредѣляющемъ характеръ даннаго права. Между тѣмъ, общая часть ВУ., какъ извѣстно, вовсе не упоминаетъ о такомъ двоякомъ значеніи внесенія, а дальнѣйшія его главы проводятъ грань между двумя категоріями внесенія въ совершенно иномъ

смыслѣ. А именно, какъ было изложено въ своемъ мѣстѣ[1]), въ нѣкоторыхъ случаяхъ внесеніе является условіемъ пріобрѣтенія даннаго вотчиннаго права, въ другихъ, напротивъ, право пріобрѣтается независимо отъ внесенія и послѣднее необходимо лишь для того, чтобы управомоченное лицо могло распоряжаться своимъ правомъ. Напротивъ, проектъ ВУ. нигдѣ не говоритъ о такомъ внесеніи, которымъ преслѣдовалась бы цѣль придать опредѣленному праву лишь извѣстныя вотчинныя послѣдствія.

Предположимъ, однако, что внесеніе договора найма преслѣдуетъ эту цѣль. Но тогда должно быть высказано, что именно для этого договора, а равно для договора продажи лѣса на срубъ создается особая категорія внесеній. И если дѣло обстоитъ такъ, то значеніе этихъ внесеній опредѣляется этою цѣлью, т. е. сводится къ приданію опредѣленнымъ обязательственнымъ правамъ извѣстныхъ вотчинныхъ послѣдствій. Но въ такомъ случаѣ, очевидно, не приходится уже говорить о томъ, что особымъ характеромъ внесенія опредѣляется характеръ этихъ правъ. Это было бы логическимъ промахомъ. Между тѣмъ, особая комиссія допускаетъ, именно, этотъ промахъ. Она выставляетъ новую и какъ бы самостоятельную категорію внесеній и опредѣляетъ въ зависимости отъ нея характеръ разсматриваемыхъ правъ.

Однако, какъ бы то ни было, субъективная точка зрѣнія особой комиссіи во всякомъ случаѣ ясна. Но вопросъ о конструкціи правъ по внесенному договору найма остается, тѣмъ не менѣе, не рѣшеннымъ. Ибо соображенія комиссіи не могутъ быть признаны достаточнымъ отвѣтомъ даже въ томъ случаѣ, если они находятъ ограженіе въ постановленіяхъ самаго проекта. Благодаря этому остается открытымъ вопросъ, чѣмъ же является, въ сущности, обязательственное право, которому приданы „извѣстныя вотчинныя послѣдствія“ и о какихъ „вотчинныхъ послѣдствіяхъ“ идетъ рѣчь[1])?

1) Ср. выше, § 11.

Что же говоритъ по этому поводу самъ проектъ ВУ.?

Во всей главѣ III только одна статья 34 можетъ дать въ этомъ направленіи нѣкоторыя указанія. Но и она говоритъ лишь то, что право нанимателя недвижимости, внесенное въ вотчинную книгу, обязательно для всѣхъ третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ впослѣдствіи права по имѣнію. Во второмъ же абзацѣ той же статьи сказано, кромѣ того, что „къ внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ нанимателя ... примѣняются правила о старшинствѣ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ въ чужомъ имѣніи“.

Самаго характера правъ нанимателя эти постановленія, такимъ образомъ, не касаются. Обязательными для третьихъ лицъ являются, какъ извѣстно, и не внесенныя права по найму и разница въ этомъ отношеніи сводится къ разницѣ въ срокѣ обязательности. Что же касается ст. 34,2, то, въ сущности, въ этомъ постановленіи нѣтъ никакой необходимости. Если права нанимателя обязательны для третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ права по данному имѣнію, то рѣчь можетъ итти, очевидно, лишь о лицахъ, пріобрѣвшихъ такія права послѣ установленія правъ нанимателя. Вслѣдствіе того, какъ было упомянуто уже выше, проектъ ППВ. и признаетъ право требовать уничтоженія договора найма только за тѣми кредиторами, требованія которыхъ пользуются старшинствомъ передъ правами нанимателя. Младшіе кредиторы, напротивъ, связаны этими правами. Иначе это и быть не можетъ, такъ какъ принципъ старшинства вытекаетъ непосредственно изъ сущности вотчинной системы. Въ противномъ случаѣ внесеніе правъ нанимателя или было бы ли-

1) Ради полноты изложенія слѣдуетъ отмѣтить, что записка министра юстиціи вовсе не затрагиваетъ гл. III.

шено всякаго смысла или же нарушало бы права старшія и тѣмъ обезцѣнивало бы весь институтъ вотчинной книги.

Но если, такимъ образомъ, ст. 34,2 лишена содержанія и должна быть исключена при окончательной редакціи проекта, то она все же представляетъ извѣстный интересъ благодаря своей формулировкѣ: если бы права нанимателя признавались правами вотчинными, то не приходилось бы говорить о томъ, что къ нимъ „примѣняются“ правила о старшинствѣ. Этотъ оборотъ былъ бы въ такомъ случаѣ совершенно не подходящимъ и въ крайнемъ случаѣ было бы достаточно ссылки на ст. 12, въ которой устанавливается общій принципъ старшинства для всѣхъ вотчинныхъ правъ.

Съ другой стороны, необходимо указать и на то, что согласно ст. 1 ВУ., „вотчинныя книги установляются для внесенія вотчинныхъ правъ на недвижимыя имѣнія“, внесеніе же правъ не вотчинныхъ не предусматривается. Сюда же относится и тотъ фактъ, что ст. 19 проекта ППВ. лишаетъ собственника-должника, послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія, права „обременять имѣніе залогомъ или другими вотчинными правами“. О лишеніи же должника права заключать подлежащій внесенію въ вотчинную книгу договоръ найма особо не упоминается. Между тѣмъ, и это ограниченіе должно быть подразумѣваемо какъ по самому смыслу внесенія записи объ обращеніи взысканія, такъ и по ст. 21 того же ППВ., воспрещающей заключеніе договоровъ найма на срокъ свыше года. А договоры внесенные разсчитаны, какъ извѣстно, вообще лишь на сроки свыше трехъ лѣтъ.

Такимъ образомъ, получается впечатлѣніе, будто ст. 1 ВУ. и ст. 19 ППВ. признаютъ права нанимателя вещными. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не замѣтить, что права нанимателя, въ случаѣ признанія ихъ правами вотчинными, могли бы быть классифицированы только какъ права въ чужомъ имѣніи. Между тѣмъ, ВУ. посвящаетъ имъ особую главу, на ряду съ главами о правѣ собственности, о правахъ въ

чужомъ имѣніи и о залоговомъ правѣ. Онъ, слѣдовательно, не причисляетъ ихъ ни къ одной изъ этихъ категорій, а въ частности, не признаетъ ихъ правами въ чужомъ имѣніи. И такъ какъ раздѣлъ I, въ который входятъ всѣ эти главы, носитъ заглавіе „О правахъ, вносимыхъ въ вотчинныя книги“, — каковыя права, при этомъ, не называются вотчинными — то въ результатѣ нельзя не признать, что ст. 1 ВУ. и ст. 19 ППВ. лишены въ этомъ отношеніи значенія и что дѣло лишь въ неудачной редакціи.

Такимъ образомъ, слѣдуетъ констатировать, что и въ самомъ проектѣ ВУ. нѣтъ, съ внѣшней стороны, ничего, что противорѣчило бы принятой редакціонною и особою комиссіями конструкціи правъ нанимателя какъ правъ обязательственныхъ. Грань между ними и правами вотчинными проводится вполнѣ послѣдовательно, если не считать двухъ редакціонныхъ промаховъ.

Однако, и этимъ не рѣшается разсматриваемый вопросъ. Ибо только что произведенное изслѣдованіе нормъ ВУ. собственно подтвердило лишь результаты разсмотрѣнія матеріаловъ къ проекту и показало лишній разъ, что комиссіи старались создать обязательственное право съ нѣкоторыми вотчинными послѣдствіями. Но сущность этого понятія осталась не выясненной и, въ частности, осталось не выясненнымъ, какими „вотчинными послѣдствіями“ снабжено внесенное въ книгу обязательственное право.

ВУ., какъ мы видѣли, предусматриваетъ только два такихъ послѣдствія: обязательность права для третьихъ лицъ и подчиненіе его правиламъ о старшинствѣ. И весьма вѣроятно, что авторы проекта желали ограничить именно этимъ „вотчинныя послѣдствія“ внесенія правъ нанимателя. Однако, нельзя не поставить вопроса, возможно ли такое ограниченіе безъ нарушенія всей вотчинной системы и, далѣе, не погрѣшили ли сами авторы противъ выставленнаго ими принципа?

Что касается перваго изъ этихъ двухъ вопросовъ, то отвѣтъ можетъ быть найденъ лучше всего, если вспомнить значеніе внесенія въ книгу для тѣхъ правъ, вотчинный характеръ которыхъ находится внѣ сомнѣнія и подчиненіе которыхъ всѣмъ принципамъ вотчинной системы неоспоримо.

Однимъ изъ двухъ основныхъ принциповъ, на которыхъ построена вотчинная система, является, какъ извѣстно, принципъ внесенія. Онъ заключается въ томъ, что вотчинныя права, въ случаѣ установленія или перенесенія ихъ на основаніи добровольнаго соглашенія, пріобрѣтаются лишь посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу. Само собой разумѣется, однако, что права нанимателя подчиняются этому принципу въ нѣсколько иномъ смыслѣ: они пріобрѣтаются независимо отъ внесенія, но „вотчинныя послѣдствія“ пріобщаются имъ лишь благодаря внесенію въ книгу.

Гораздо болѣе затруднительнымъ является вопросъ о значеніи, которое имѣетъ для правъ нанимателя второй изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы, т. е. принципъ публичной вѣры вотчинной книги.

Проектъ самъ объ этомъ не высказывается, даже болѣе, онъ не дѣлаетъ никакихъ намековъ на свое отношеніе къ этому вопросу. Вслѣдствіе этого кажется вполнѣ позволительнымъ предположить, что комиссіи этимъ вопросомъ вовсе не задавались, а считали, напротивъ, дѣло рѣшеннымъ благодаря постановленіямъ ст. 34 ВУ. Но даже излишне повторять, что такой взглядъ членовъ комиссій не имѣетъ никакой обязательной силы. Если же приступить къ рѣшенію поставленнаго вопроса независимо отъ него, то приходится сказать, что принципъ публичной вѣры не можетъ не быть примѣненъ и къ правамъ нанимателя, хотя бы это и противорѣчило видамъ авторовъ проекта.

Неизбѣжность такого отвѣта вытекаетъ изъ самой сущности вотчинной системы. Вотчинная книга потеряла бы всякое значеніе и даже всякій смыслъ, если бы принципъ

публичности не примѣнялся ко всѣмъ безъ исключенія статьямъ, вносимымъ въ нее. Въ виду этого, ст. 6, говоря о гласности книгъ, и не дѣлаетъ никакого исключенія въ пользу какихъ бы то ни было правъ. А слѣдовательно ясно, что ссылка на невѣдѣніе содержанія книги не можетъ быть допускаема совершенно независимо отъ характера даннаго права. Одного факта его внесенія въ книгу должно быть достаточно.

Далѣе отсюда вытекаетъ, что и ст. 7 должна быть примѣнена къ правамъ по договору найма, т. е. они должны признаваться достовѣрными, а въ частности, къ нимъ должно быть примѣнено и то дальнѣйшее послѣдствіе принципа публичной вѣры, которое называется Объясненіями принципомъ безповоротности. Другими словами, договоръ найма остается въ силѣ, если впослѣдствіи окажется, что контрагентъ нанимателя не былъ собственникомъ недвижимости. И во-вторыхъ, лицо, пріобрѣвшее добросовѣстно и возмездно права по договору найма отъ внесеннаго въ книгу нанимателя, сохраняетъ ихъ, хотя бы впослѣдствіи оказалось, что внесенное въ книгу лицо не было нанимателемъ [1]).

Уже выше было указано на то, что эти выводы, по всей вѣроятности, не отвѣчаютъ намѣреніямъ авторовъ проекта. Однако, ихъ желаніе придать опредѣленный характеръ правамъ по внесеннымъ договорамъ не можетъ имѣть значенія: если данныя права вносятся въ книгу, то они, очевидно, не могутъ быть изъяты отъ дѣйствія основныхъ принциповъ вотчинной системы, такъ какъ они въ противномъ случаѣ подорвали бы всю эту систему. Въ частности же, отказъ отъ примѣненія къ правамъ по договору принципа публичной вѣры имѣлъ бы, именно, такія послѣдствія [2]).

1) Ср. выше, § 19.

2) Кажется умѣстнымъ прибавить указаніе на то, что ВУ. знаетъ лишь одинъ случай, въ которомъ внесенное въ книгу право не пользуется безповоротностью. Это изъятіе установляется въ ст. 59 для прину-

Слѣдуетъ, однако, добавить, что необходимо признать распространеніе безповоротности на права нанимателя также и съ точки зрѣнія матеріальной справедливости. Если показанія книги признаются достовѣрными въ пользу всѣхъ другихъ лицъ, пріобрѣтающихъ права въ имѣніи, то нѣтъ основанія сдѣлать исключеніе по отношенію къ нанимателю. Онъ, правда, по конструкціи редакціонной комиссіи, не пріобрѣтаетъ права въ имѣніи. Но онъ, тѣмъ не менѣе, заключаетъ договоръ и вноситъ его въ книгу, довѣряясь показаніямъ той же самой книги. Здѣсь имѣется несомнѣнная связь между показаніями книги и заключеніемъ сдѣлки, и притомъ связь вполнѣ объективная [1]). Къ тому же, нельзя не обратить вниманія и на то, что безповоротность признается, какъ было указано выше, въ извѣстномъ смыслѣ, самимъ ВУ. даже для договоровъ найма, не внесенныхъ въ вотчинную книгу. И хотя это постановленіе проекта и заслуживаетъ осужденія, то все же, именно съ точки зрѣнія составителей проекта, нѣтъ никакихъ основаній, по которымъ договоръ не внесенный долженъ былъ бы пользоваться большой защитой, чѣмъ договоръ внесенный. Что же касается лица, пріобрѣвшаго права по перенайму, то и оно

дительнаго залога — ср. ниже, т. II, § 64. Характерно при этомъ то, что этотъ случай, во-первыхъ, оговаривается особо, а во-вторыхъ, что это изъятіе мотивируется тѣмъ, что при принудительномъ залогѣ вѣра въ показанія книги не играетъ роли и не нуждается, поэтому, въ защитѣ. Кредиторъ можетъ устанавливать право залога даже при заявленіи должника, что онъ не есть собственникъ, ср. Объясненія 1893 г. I, стр, 347 сл., 1896 г. I, стр. 353 сл., Ж. О. К., стр. 145 сл. По отношенію же къ внесенному договору найма нѣтъ подобной особой оговорки и приведенная мотивировка къ нему не подходитъ.

1) Связь лишь субъективная и не принимаемая, поэтому, въ соображеніе правомъ имѣется налицо тогда, когда контрагентъ внесеннаго въ книгу собственника заключаетъ съ послѣднимъ какой либо другой обязательственный договоръ, не имѣющій прямого отношенія къ недвижимости и не вносимый въ вотчинную книгу — хотя бы данный контрагентъ и справлялся въ книгѣ и вывелъ изъ ея показаній заключенія о кредитоспособности другой стороны. Ср., впрочемъ, сказанное по этому поводу въ предыдущемъ параграфѣ.

положилось на показанія книги и должно пользоваться, поэтому, защитой. Ибо здѣсь имѣется налицо та же объективная связь между книгой и сдѣлкой.

Такимъ образомъ, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что принципъ публичной вѣры примѣняется въ полномъ объемѣ также и къ правамъ по договору найма, внѣ всякой зависимости отъ характера этихъ правъ, а благодаря одному тому факту, что они вносятся въ вотчинную книгу. Если же къ этимъ правамъ примѣняются принципы внесенія и публичной вѣры, то неизбѣжнымъ является также и подчиненіе ихъ второстепеннымъ принципамъ, вытекающимъ изъ основныхъ началъ вотчинной системы. Въ частности, права нанимателя по внесенному договору должны быть изъяты отъ дѣйствія давности согласно ст. 8 ВУ. Правда, редакціонная комиссія признавала тутъ наличность особаго, болѣе или менѣе самостоятельнаго принципа [1]), который, слѣдовательно, могъ бы и не примѣняться къ правамъ нанимателя. Но не говоря даже о неправильности такого взгляда комиссіи, слѣдуетъ сказать, что изъятіе ихъ отъ дѣйствія давности совершенно необходимо въ цѣляхъ поддержанія значенія вотчинныхъ книгъ — это значеніе было бы, очевидно, сильно подорвано, если бы какія бы то ни было внесенныя права погашались давностью независимо отъ вотчинной книги.

Остается упомянуть еще о принципѣ спеціальности.

Здѣсь даже излишне считаться съ воззрѣніемъ комиссіи на него какъ на особый самостоятельный принципъ. Будь онъ таковымъ или чисто техническимъ вспомогательнымъ началомъ [2]), обусловленнымъ основными принципами внесенія и публичной вѣры, — во всякомъ случаѣ несоблюденіе его по отношенію къ правамъ нанимателя совершенно немыслимо.

1) Ср. выше, § 10.
2) Ср. выше, § 10.

И въ результатѣ получается, такимъ образомъ, выводъ, что внесенныя въ книгу права нанимателя подчиняются всѣмъ безъ исключенія принципамъ вотчинной системы.

Но кромѣ того, необходимо отмѣтить также и то, что проектъ ППВ. признаетъ за внесеннымъ нанимателемъ еще одно право, которое равно можетъ быть названо „вотчиннымъ послѣдствіемъ“: послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на недвижимость взыскиваемая съ имѣнія сумма можетъ быть, независимо отъ согласія должника и взыскателя, уплачена послѣднему, наряду съ лицами, имѣющими вещныя права, также и внесеннымъ нанимателемъ [1]). За послѣднимъ, слѣдовательно, признается jus offerendi et succedendi, которое, въ общемъ, считается также правомъ, принадлежащимъ только лицу, обладающему вещнымъ правомъ [2]).

Въ конечномъ выводѣ оказывается, слѣдовательно, что внесенный въ вотчинную книгу договоръ найма недвижимости создаетъ право въ высшей степени сложное и своеобразное. Оно является правомъ обязательственнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ имѣетъ силу противъ всѣхъ третьихъ лицъ, пріобрѣтающихъ права по данной недвижимости. Оно подчинено всѣмъ принципамъ вотчинной системы и пользуется, въ частности, безповоротностью и изъятіемъ отъ дѣйствія давности. Оно наконецъ, связано съ jus offerendi et succedendi [4]).

Такова конструкція, принятая авторами проекта ВУ., и выраженная также въ самомъ проектѣ. Даже невольно

1) Ст. 33, 18.

2) Нельзя, однако, не замѣтить, что изъ современныхъ кодексовъ германское уложеніе въ ст. 268 признаетъ jus offerendi также и за всякимъ владѣльцемъ вещи, каковымъ, согласно ст. 868 того же уложенія, являются и лица, имѣющія по отношенію къ данной вещи лишь обязательственныя права. Оно признается въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ можетъ лишиться вслѣдствіе публичной продажи владѣнія вещи. Слѣдовательно, въ виду ZwVG. 57, и наниматель имѣетъ jus offerendi et succedendi. Ср., впрочемъ, и проектъ ГУ. 1615. Швейцарское право, напротивъ, признаетъ jus offerendi et succedendi только за лицомъ, имѣющимъ вещное право въ данной вещи — См. O.-R. 110.

возникаетъ вопросъ, можно ли ее признать удовлетворительной, не слѣдуетъ ли требовать въ интересахъ научнаго достоинства ВУ., чтобы она была замѣнена другою?

§ 43. Критика принятой проектомъ конструкціи.

Конструкцію правъ по договору найма, принятую проектомъ, можно, безъ сомнѣнія, защищать при помощи діалектическихъ пріемовъ. Можно утверждать, что и въ римскомъ правѣ имѣются параллели для признанія за обязательствомъ силы не только противъ контрагента, но также противъ третьихъ лицъ, вступающихъ въ опредѣленныя отношенія, что подчиненіе правъ нанимателя вотчиннымъ принципамъ является лишь послѣдствіемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу, что, наконецъ, признаніе за нанимателемъ jus offerendi et succedendi лишено въ этомъ отношеніи значенія, въ виду той роли, которая отводится ему и въ BGB. и въ проектѣ ГУ. Можно указывать, далѣе, на то, что права по внесенному договору найма остаются, несмотря ни на что, правами личными, такъ какъ всѣ указанные только что моменты не даютъ нанимателю господства надъ самою вещью. Можно, наконецъ, утверждать, что въ настоящее время вообще римско-правовыя категоріи оказываются недостаточными въ немаломъ числѣ случаевъ и что, благодаря этому, современное право вынуждено создавать самостоятельныя конструкціи, не извѣстныя римскому праву.

Однако, всѣ эти аргументы не имѣютъ убѣдительной силы. Прежде всего, созданіе новыхъ категорій можетъ быть допущено, понятнымъ образомъ, только тогда, когда категоріи римскаго права оказываются, дѣйствительно, недостаточными, причемъ слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что принятая проектомъ конструкція не укладывается въ категоріи именно современнаго права. Затѣмъ, сомнительно не только то, имѣется ли въ настоящемъ случаѣ подобная надобность, но и въ томъ, создана ли здѣсь новая категорія.

Ибо выдвинутое авторами проекта понятіе обязательственнаго права съ вотчинными послѣдствіями отдаетъ скорѣе неясностью, чѣмъ новизной. И нельзя не указать, въ частности, на то, что благодаря этому понятію на практикѣ создастся, вѣроятно, цѣлый рядъ затрудненій. При теоретическомъ разсмотрѣніи вопроса трудно или даже невозможно предвидѣть, въ какихъ отдѣльныхъ случаяхъ это проявится. Но что въ нихъ не будетъ недостатка, въ этомъ сомнѣваться нельзя. Неопредѣленность основного понятія слишкомъ уже велика.

Но важнѣе всего то, что никакой необходимости въ созданіи такого понятія нѣтъ. Достаточно указанія на фактъ разрѣшенія тѣхъ же цивильно-политическихъ вопросовъ другими законодательствами при сохраненіи римско-правовыхъ категорій. Правда, и они были вынуждены отступиться отъ римскаго права. Но эти отступленія сводятся, въ сущности, къ тому, что договоръ найма получаетъ силу по отношенію къ третьему пріобрѣтателю недвижимости. А это, очевидно, далеко не то, что имѣется въ нашемъ проектѣ. Лишь одна французская система стоитъ довольно близко къ системѣ проекта — не только съ цивильно-политической точки зрѣнія, что было отмѣчено уже выше, но также по конструкціи правъ нанимателя. Однако, и здѣсь имѣется значительное различіе.

Различіе это является неминуемымъ послѣдствіемъ различія, существующаго между французской транскрипціонной и инскрипціонной системой, съ одной, и современной вотчинной системой, съ другой стороны. Въ частности, слѣдуетъ, при этомъ, обратить вниманіе на то обстоятельство, что внесеніе въ вотчинную книгу не измѣняетъ, по французской системѣ, матеріальныхъ правоотношеній между частными лицами, другими словами, что французской системѣ чуждо понятіе публичной вѣры вотчинной книги, а слѣдовательно чуждо и понятіе безповоротности. Она построена,

какъ извѣстно, на мысли, что внесеніе придаетъ праву силу по отношенію къ третьимъ лицамъ, между тѣмъ какъ правоотношенія между контрагентами не находятся въ зависимости отъ него. И хотя это правило и относится принципіально лишь къ правамъ вещнымъ, все же получается извѣстная параллель также и по отношенію къ правамъ по договору найма: для собственника-контрагента договоръ обязателенъ независимо отъ внесенія, собственникъ-неконтрагентъ, напротивъ, связанъ только тогда, когда договоръ внесенъ въ книгу. Правда, этотъ параллелизмъ не вполнѣ выдержанъ, такъ какъ внесеніе требуется, какъ извѣстно, только при извѣстной продолжительности договора.

Очень вѣроятно, что наша редакціонная комиссія соблазнилась стройностью этого параллелизма[1]) и рѣшилась послѣдовать примѣру французской системы, несмотря на ея общеизвѣстные недостатки, именно, въ виду этой стройности. Но если это предположеніе правильно, то необходимо замѣтить, что комиссія упустила изъ виду не только различіе между французскою ипотечною и современною вотчинной системой, но также, въ частности, различіе между системою пріобрѣтенія вещныхъ правъ по первой и по второй. А благодаря этому второму различію исчезаетъ тотъ параллелизмъ, который наблюдается въ французскомъ правѣ и который какъ бы оправдываетъ принятую имъ нормировку. И на первый планъ выступаютъ уже всѣ тѣ затрудненія, которыя неминуемо вытекаютъ изъ внесенія въ вотчинную книгу обязательственныхъ правъ.

Но если, какъ было изложено выше, принятая проектомъ нормировка является, съ цивильно-политической точки зрѣнія, въ общемъ, удовлетворительной, то необходимо спросить, нельзя ли достигнуть тѣхъ же результатовъ инымъ

---

1) Въ матеріалахъ къ проекту, правда, нельзя найти подтвержденія этому предположенію.

путемъ, который являлся бы болѣе удовлетворительнымъ именно, съ конструктивной точки зрѣнія.

Если французская система оказывается неудовлетворительной въ конструктивномъ отношеніи, то система германскаго уложенія, со своей стороны, непріемлема съ цивильно-политической точки зрѣнія. Она, съ одной стороны, въ случаѣ добровольнаго отчужденія, не достаточно гарантируетъ пріобрѣтателя, благодаря отсутствію гласности, а съ другой, въ случаѣ публичной продажи, практически лишаетъ силы договоръ найма.

Неудовлетворительной является и система швейцарская, благодаря господству въ ней принципа „Kauf bricht Miete“ — ибо возможность внесенія въ вотчинную книгу отмѣтки лишена практическаго значенія въ тѣхъ наиболѣе многочисленныхъ случаяхъ, въ которыхъ наниматель является экономически болѣе слабой стороной. Но съ конструктивной точки зрѣнія этотъ способъ обезпеченія договора найма заслуживаетъ, тѣмъ не менѣе, вниманія.

Дѣло въ томъ, что при его примѣненіи обязательственный характеръ найма остается неприкосновеннымъ, такъ какъ отмѣтки преслѣдуютъ цѣль обезпеченія, именно, обязательственныхъ правъ. Являясь особой категоріей вносимыхъ въ вотчинную книгу статей, онѣ, по предположеніямъ редакторовъ швейцарскаго уложенія[1]), не должны измѣнять ничего въ характерѣ обезпечиваемыхъ правъ. Послѣднія остаются, напротивъ, правами обязательственными и отличаются отъ правъ не внесенныхъ исключительно тѣмъ, что связываютъ также и третьихъ пріобрѣтателей недвижимости. Ни о какихъ другихъ „вотчинныхъ послѣдствіяхъ“ здѣсь нѣтъ рѣчи и, въ частности, публичная вѣра книги не играетъ по отношенію къ отмѣткѣ о наймѣ никакой роли[2]). Она не дѣйствуетъ въ пользу нанимателя въ случаѣ отсужденія недвижимости у внесеннаго собственника. И преемникъ нанимателя по перенайму не можетъ ссылаться на нее, такъ какъ нѣтъ въ книгѣ никакой записи о правѣ, на которую могла бы опираться его добрая вѣра. Есть только отмѣтка, обращающая вниманіе пріобрѣтателя недвижимости на существованіе связывающаго его обязательства.

1) Erläuterungen III, S. 384 flg.

2) Согласно ZGB. 973 публичная вѣра книги дѣйствуетъ только въ пользу лицъ, пріобрѣвшихъ вещныя права. Внесеніе же отмѣтки вещнаго права не создаетъ — см. ZGB. 959. Ср. Wieland, Sachenrecht ad 959, P. 1, 2, 5 b, ср. 974, P. 4 b, Ostertag, Sachenrecht ad 959, I, P. 1 flg., 48 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 348 flg. Ср. выше, § 23.

Нашъ проектъ подобныхъ отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ, какъ извѣстно, не признаетъ[1]). Благодаря этому онъ и не могъ выработать системы, аналогичной системѣ швейцарской. Но именно этимъ онъ лишилъ себя возможности одновременно сохранить обязательственный характеръ правъ по договору найма и воспользоваться для обезпеченія ихъ вотчинной книгой. Правда, принципъ, по которому вотчинная книга предназначена исключительно для внесенія правъ вотчинныхъ, пострадалъ бы и при этомъ. Но все же отступленіе отъ него было бы несравненно меньше, чѣмъ то, которое получилось въ проектѣ. А важнѣе этого то, что въ случаѣ, если бы ВУ. послѣдовалъ въ этомъ отношеніи примѣру швейцарскаго уложенія, то получилась бы конструкція простая и ясная съ теоретической точки зрѣнія и не порождающая затрудненій съ точки зрѣнія практической.

Однако, существуетъ еще и другой выходъ. Онъ заключается въ признаніи вотчиннаго права за нанимателемъ по внесенному въ вотчинную книгу договору. И если ZGB. показываетъ возможность достиженія цивильно-политическихъ цѣлей, которыя поставилъ себѣ ВУ., при помощи конструкціи правъ нанимателя какъ правъ обязательственныхъ, то возможность достиженія тѣхъ же цѣлей путемъ при-

1) Ср. выше, § 24.

знанія этихъ правъ правами вещными вытекаетъ изъ слѣдующихъ соображеній.

Какъ было изложено уже выше, признаніе за нанимателемъ недвижимости права вещнаго или обязательственнаго зависитъ не столько отъ характера его права, сколько отъ извѣстныхъ соціальныхъ и экономическихъ условій. Въ настоящее время господствуетъ, неоспоримо, тенденція упрочить и улучшить положеніе нанимателя. Если же вникнутъ въ имѣющіяся по этому вопросу въ проектѣ ВУ. постановленія, то трудно отрицать, что экономическое господство нанимателя надъ нанятой недвижимостью, въ сущности, уже превратилось въ господство юридическое. Недостаетъ только формальнаго признанія этого факта, сводящагося къ тому, чтобы „обязательственное право съ вотчинными послѣдствіями“ прямо было названо правомъ вотчиннымъ. Практически же отъ этого ничего не измѣнилось бы. И даже принципіально вытекающая отсюда замѣна подсудности личной подсудностью вещной была бы лишена значенія, такъ какъ и нынѣ иски изъ договора найма недвижимости должны предъявляться мѣстному, по договору найма, суду[1]).

Въ виду всего этого можно сказать, что нѣтъ причины создавать совершенно неудовлетворительную категорію обязательственныхъ правъ съ вотчинными послѣдствіями. И если, съ одной стороны, задачей законодательства является защита интересовъ въ такой, именно, формѣ, какая лучше всего отвѣчаетъ ихъ сущности, и если, съ другой стороны, права по внесенному договору найма обладаютъ всѣми признаками правъ вещныхъ, то и слѣдуетъ признавать ихъ открыто таковыми[2]) [3]).

1) Ср. У. Гр. С. 203, 209, 212.

2) Можно было бы, впрочемъ, защищать мнѣніе, что, въ сущности, неправильныя воззрѣнія авторовъ проекта отразились лишь на терминологіи проекта, между тѣмъ какъ проектъ по существу признаетъ уже нынѣ вотчинный характеръ правъ нанимателя.

3) Jaeckel, XX Juristentag II, S. 282 flg. утверждаетъ, что принципъ абстрактнаго вещнаго договора, господствующій въ BGB., не допускаетъ признанія правъ по договору найма правами вещными. Это не убѣдительно само по себѣ. Но даже если бы это утвержденіе было правильнымъ, то оно не имѣло бы значенія для ВУ., которому этотъ принципъ чуждъ. Больше вѣса имѣютъ нѣкоторыя соображенія, которыя выставляются въ Erläuterungen III, S. 386 flg. Здѣсь указывается на то, что допущеніе внесенія въ вотчинную книгу обязательственныхъ правъ нарушаетъ ясность и опредѣленность книги. Внесенныя права собственности, сервитута, залога имѣютъ ясное и разъ навсегда опредѣленное содержаніе, чего нельзя сказать о правахъ обязательственныхъ. Это, безъ сомнѣнія, правильно, но лишь до извѣстной степени. При принятой проектомъ ВУ. системѣ матеріальнаго вещнаго договора, содержаніе также и обязательственнаго договора явствуетъ изъ вотчинной книги и если бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ оказалась необходимой справка въ вотчинныхъ дѣлахъ — ср. УВУ. 17 — то это, разумѣется, было бы неудобствомъ, однако, неудобствомъ сноснымъ. Впрочемъ, и сами авторы швейцарскаго уложенія пользуются приведеннымъ аргументомъ лишь для того, чтобы мотивировать, почему они не допускаютъ неограниченнаго внесенія отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ. Для договора же найма и нѣкоторыхъ другихъ они допускаютъ, какъ извѣстно, внесеніе отмѣтки.

Нельзя, правда, не обратить вниманія на одно возможное возраженіе. Оно заключается въ томъ, что, при такомъ рѣшеніи вопроса, права нанимателя были бы или обязательственными или вещными въ зависимости отъ внесенія, а между тѣмъ характеръ правъ въ томъ и въ другомъ случаѣ одинаковъ. Но такое утвержденіе не было бы правильно. Дѣло въ томъ, что, несмотря на обязательность для третьяго пріобрѣтателя правъ также и нанимателя не внесеннаго, все же положеніе внесеннаго нанимателя значительно отличалось бы отъ него. Не внесенный наемъ не обладалъ бы всѣмъ тѣмъ, что особая комиссія называетъ „вотчинными послѣдствіями“ и онъ отличался бы отъ другихъ обязательственныхъ правъ только своею обязательностью для третьихъ лицъ. Признавать же и его правомъ вещнымъ не допускаетъ господство принципа внесенія. А требовать внесенія для всѣхъ безъ исключенія договоровъ найма является

невозможнымъ по практическимъ соображеніямъ: съ одной стороны, пострадала бы наглядность вотчинной книги, съ другой, издержки внесенія были бы слишкомъ значительны [1]). Кромѣ того, желательное обезпеченіе нанимателя можетъ быть достигнуто при краткосрочномъ наймѣ и безъ внесенія.

Иное дѣло съ наймомъ долгосрочнымъ. Здѣсь внесеніе — при господствѣ принципа „Kauf bricht nicht Miete“ — является желательнымъ не столько въ интересахъ нанимателя, сколько въ интересахъ пріобрѣтателя недвижимости и субъектовъ вещныхъ правъ, другими словами, въ интересахъ вотчиннаго оборота. А что касается возраженія, что благодаря этому создаются два рода найма, одинъ вещный, другой обязательственный, то не слѣдуетъ придавать этому слишкомъ большого значенія. Если возможна конструкція правъ по договору найма и какъ вещныхъ, и какъ обязательственныхъ правъ, и если, далѣе, серьезные экономическіе интересы могутъ быть удовлетворены только созданіемъ и той, и иной формы, то законодательство должно, очевидно, считаться съ этимъ. Съ чисто конструктивной же точки зрѣнія можно сказать, что, по воззрѣнію проекта ВУ., права по договору найма являются, сами по себѣ, обязательственными. По соглашенію же между сторонами они могутъ превратиться, путемъ внесенія въ книгу, въ права вещныя. Другими словами, съ согласія собственника за нанимателемъ можетъ быть признано вмѣсто права требованія, обращеннаго къ собственнику, непосредственное господство надъ недвижимостью [2]).

1) Кажется умѣстнымъ напомнить о томъ, что Preuss. EEG. 12 отказывается отъ внесенія правъ по найму по практическимъ соображеніямъ, но всетаки признаетъ за ними, согласно системѣ ALR., вотчинный характеръ. Онъ пожертвовалъ, такимъ образомъ, принципомъ внесенія. Но слѣдуетъ имѣть въ виду, что EEG. былъ связанъ матеріальнымъ правомъ ALR. Для проекта же ВУ. этотъ моментъ не играетъ роли или, во всякомъ случаѣ, при его свободномъ отношеніи къ дѣйствующему праву, не играетъ рѣшающей роли. Слѣдовательно, нѣтъ и необходимости приносить въ жертву столь важный принципъ.

2) Ср., впрочемъ, Св. гражд. узак. губ. Прибалт., ст. 4131 сл., въ особенности, ст. 4133: „Внесеніе договора наслѣдственной аренды въ публичныя судебныя книги присвояетъ арендатору вещное право пользоваться недвижимостью какъ собственнику....“

Такая конструкція будетъ, дѣйствительно, отвѣчать сущности дѣла, между тѣмъ какъ сложная и искусственная конструкція, принятая редакціонною комиссіей, едва ли можетъ быть признана цѣлесообразной. Но столь же удовлетворительная и, притомъ, болѣе простая конструкція получается, съ тѣми же цивильно-политическими результатами, если принять систему охранительныхъ отмѣтокъ. Тогда права по найму остаются, во всякомъ случаѣ, обязательственными. Но если при этомъ будетъ признано господство принципа „Kauf bricht nicht Miete“ и если обязательность договора для пріобрѣтателя будетъ поставлена въ зависимость отъ внесенія отмѣтки лишь настолько, насколько онъ превышаетъ срокомъ три года, то будутъ достигнуты именно тѣ цѣли, къ которымъ стремится проектъ ВУ. И хотя для примѣненія такой нормировки оказалось бы необходимымъ дополнить систему ВУ. введеніемъ отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ [1]), то все же кажется, что такое рѣшеніе вопроса было бы наиболѣе подходящимъ.

§ 44. Договоръ продажи лѣса на срубъ.

Постановленія проекта ВУ. о договорѣ найма являются, такимъ образомъ, неудачными съ конструктивной точки зрѣнія. Но цивильно-политическія цѣли, преслѣдуемыя ими, заслуживаютъ, въ общемъ, одобренія. Совершенно иное приходится сказать о второмъ обязательственномъ договорѣ, который принимается въ соображеніе проектомъ ВУ., — о договорѣ продажи лѣса на срубъ. Здѣсь приходится относиться отрицательно не только къ конструкціи, данной проектомъ правамъ по этому договору, но и къ цивильно-по-

1) Но, разумѣется, по примѣру ZGB., лишь нѣкоторыхъ изъ нихъ и, притомъ, строго опредѣленныхъ. Ср. выше, стр. 188 сл.

литическимъ цѣлямъ, которымъ долженъ служить этотъ договоръ.

Ст. 41 проекта постановляетъ, что договоръ продажи лѣса на срубъ связываетъ третьяго пріобрѣтателя по добровольной или публичной продажѣ, а равно лицо, коему присуждено имѣніе, въ томъ случаѣ, когда договоръ былъ внесенъ въ вотчинную книгу.

Объясненія говорятъ по этому поводу[1]), что дѣйствующее законодательство не разрѣшаетъ прямо вопроса о силѣ договора продажи лѣса на срубъ для новыхъ собственниковъ или другихъ лицъ, пріобрѣвшихъ впослѣдствіи какія либо вещныя права на имѣніе. Кассаціонная же практика сената признаетъ, что лѣсъ, проданный на срубъ, остается принадлежностью имѣнія до вырубки его. Благодаря этому, покупщикъ не имѣетъ вещнаго права и можетъ требовать лишь допущенія его къ рубкѣ. Его права должны, слѣдовательно, уступить правамъ вотчиннымъ, въ частности, праву новаго пріобрѣтателя. Съ другой стороны, однако, сенатъ указалъ на возможность воспользоваться ст. 159 п. 3 нот. пол. для наложенія на имѣніе воспрещенія въ пользу покупщика лѣса. Въ такомъ случаѣ сдѣлка пріобрѣтаетъ, по мнѣнію сената, вещный характеръ и дѣлается обязательной для третьихъ лицъ, пріобрѣтающихъ вещныя права на данное имѣніе. Далѣе, по указанію сената, эти договоры обязательны для покупщика имѣнія съ публичныхъ торговъ, если были заключены до полученія повѣстки объ исполненіи и если они имѣлись въ виду при публичной продажѣ.

Проектъ хочетъ оставаться также и по этому вопросу на почвѣ дѣйствующаго права. Но желая содѣйствовать „оглашенію правового положенія имѣній“ и „обезпечить твердымъ образомъ справедливые интересы какъ лѣсопромышленниковъ, такъ и новыхъ собственниковъ имѣнія“, проектъ считаетъ права покупщика лѣса на срубъ сами по себѣ необязательными для третьихъ лицъ. Но онъ даетъ сторонамъ возможность присвоить имъ такую обязательность путемъ внесенія ихъ въ книгу[1]). Другими словами, проектъ видоизмѣняетъ дѣйствующее право лишь формально, путемъ согласованія его съ принципами вотчиннаго права. И въ полномъ соотвѣтствіи съ этимъ находится и постановленіе, согласно которому договоры продажи лѣса на срубъ, заключенные послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на имѣніе, признаются безусловно недѣйствительными[2]).

Такимъ образомъ, нормировка этихъ договоровъ нѣсколько отличается отъ нормировки, предполагаемой для договора найма. Тѣмъ не менѣе, ею возбуждаются тѣ же самые конструктивные вопросы. А именно, путемъ внесенія и здѣсь создается „обязательственное право съ вотчинными послѣдствіями“, т. е. правовое понятіе, въ высшей степени неудовлетворительное какъ съ теоретической, такъ и съ практической точки зрѣнія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, необходимо сказать, что положеніе дѣла, несмотря на подобное сходство, въ нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ, имѣющихъ, притомъ, рѣшающее значеніе, рѣзко отличается отъ положенія, создающагося благодаря внесенію договора найма. Ибо насколько дѣло касается послѣдняго, то, въ сущности, можно вѣдь говорить даже о наличности лишь неудачной терминологіи: имѣется возможность признать права по договору найма правами вещными и тогда получается результатъ, до извѣстной степени,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 237 сл., 1896 г. I, стр. 256 сл., ср. Ж. О. К., стр. 106 сл.

1) Ср. проектъ ГУ. 1729, согласно которому одно знаніе пріобрѣтателя о существованіи договора придаетъ ему обязательную силу. Ясно, что это постановленіе не заслуживаетъ одобренія, такъ какъ знаніе объ обязательственныхъ правахъ третьихъ лицъ въ вотчинномъ оборотѣ не принимается во вниманіе — ср. выше, § 20.

2) Проектъ ППВ 21.

удовлетворительный. Но такого исхода нѣтъ по отношенію къ договору продажи лѣса на срубъ. Здѣсь никоимъ образомъ нельзя говорить о господствѣ покупщика лѣса надъ недвижимостью [1]). Такого господства нѣтъ даже съ экономической точки зрѣнія: покупщикъ совершаетъ лишь одно опредѣленное дѣйствіе — онъ вырубаетъ лѣсъ. А затѣмъ его право сосредоточивается на получившемся, такимъ путемъ, движимомъ имуществѣ и къ недвижимости онъ не имѣетъ уже никакого отношенія [2]). Съ юридической же точки зрѣнія это проявляется еще болѣе рѣзко. Покупщикъ требуетъ не предоставленія ему лѣсного участка для веденія въ немъ хозяйства на болѣе или менѣе продолжительный срокъ. Онъ можетъ требовать лишь, чтобы его допустили къ рубкѣ [3]).

Слѣдовательно, здѣсь не можетъ быть рѣчи о вотчинномъ правѣ, которое нуждалось бы лишь въ законодательномъ признаніи. И если конструкція, принятая проектомъ, должна быть признана неудачной, то она и не можетъ быть исправлена любымъ изъ двухъ способовъ, примѣнимыхъ по отношенію къ договору найма. Напротивъ, здѣсь единственнымъ исходомъ являлась бы рецепція системы охранительныхъ отмѣтокъ по примѣру ZGB., съ тѣмъ, чтобы внесеніе отмѣтки допускалось, именно, въ обезпеченіе правъ покупщика лѣса на срубъ.

---

1) На это было указано уже въ Св. Зам., № 126 (стр. 163 сл.). Авторы указаннаго замѣчанія, исходятъ, однако, и здѣсь (ср. выше, стр. 299) изъ неправильнаго предположенія, что проектъ признаетъ за покупщикомъ лѣса на срубъ вещное право и протестуютъ, въ частности, противъ того, чтобы это право „называлось“ вещнымъ. Между тѣмъ, такого „названія“ нѣтъ и по существу редакціонная комиссія считаетъ, какъ изложено въ текстѣ, право покупщика обязательственнымъ правомъ съ вотчинными послѣдствіями.

2) Возлагаемая обыкновенно на покупщика лѣса на срубъ обязанность чистки лѣсного участка, очевидно, столь же мало создаетъ господство.

3) Слѣдовательно, и древнегерманское право не было бы въ состояніи признать здѣсь наличность Gewere.

Однако, прежде чѣмъ рекомендовать такой исходъ, необходимо поставить другой вопросъ. Это — вопросъ о цѣлесообразности и желательности института договора продажи лѣса на срубъ, внесеннаго въ вотчинную книгу, съ цивильно-политической точки зрѣнія.

Редакціонная комиссія обратила сравнительно очень мало вниманія на эту точку зрѣнія. Она указываетъ [1]) лишь въ самыхъ общихъ чертахъ на то, что въ интересахъ третьихъ лицъ должна быть установлена возможность выяснить путемъ справки въ вотчинной книгѣ существованіе договоровъ какъ найма, такъ и продажи лѣса на срубъ. А далѣе упоминается о томъ, что продажа лѣса на срубъ „составляетъ въ многихъ мѣстностяхъ Россіи обыкновенный способъ извлеченія дохода изъ имѣнія“. Этимъ путемъ, правда, изъемлется значительная стоимость изъ имѣнія. А поэтому, съ другой стороны, появляется необходимость оградить интересы третьихъ лицъ, „хотя и нѣтъ основанія стѣснять собственниковъ въ ихъ правѣ свободнаго пользованія и извлеченія доходовъ изъ лѣсныхъ имѣній“.

Вотъ и все, что сказано по этому поводу. Здѣсь нѣтъ ничего невѣрнаго. Но тѣмъ не менѣе, на сущность дѣла не обращено вниманія.

Достаточно извѣстно, что истребленіе лѣсовъ въ Россіи является, съ народно-хозяйственной точки зрѣнія, величайшимъ зломъ. Правда, законодательство приняло противъ него мѣры. Но само собой разумѣется, что онѣ успѣха имѣть не могутъ, пока лѣсовладѣльцы не будутъ сознавать, что лѣсъ не долженъ разсматриваться какъ любой объектъ, являющійся прежде всего носителемъ денежной цѣнности, а что, напротивъ, они, именно какъ лѣсовладѣльцы, связаны извѣстными соціальными обязанностями, что они не имѣютъ

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 212 сл., 237 сл., 1896 г. I, стр. 233 сл., 256 сл.

нравственнаго права разрушать большія и незамѣнимыя цѣнности, которыя, правда, находятся въ ихъ собственности, но все же являются частью народнаго достоянія [1]). Подобное сознаніе, разумѣется, не можетъ быть вызвано отдѣльными законодательными мѣрами. Оно можетъ быть только результатомъ планомѣрнаго, простирающагося на поколѣнія воспитанія. И тутъ гражданскому законодательству отведена, можетъ быть, наименьшая, по сравненію съ другими факторами, роль. Но на немъ лежитъ, во всякомъ случаѣ, обязанность не препятствовать процессу образованія такого сознанія. Между тѣмъ, оно поступаетъ именно такъ, когда само ирпзнаетъ за лѣсовладѣльцами право неограниченнаго распоряженія лѣсными богатствами. Само собой разумѣется, что эти слова не относятся къ приведенной выше цитатѣ изъ Объясненій, говорящей, что „нѣтъ основанія стѣснять собственниковъ въ ихъ правѣ свободнаго пользованія и извлеченія доходовъ изъ лѣсныхъ имѣній“. Они относятся, напротивъ, къ тому облегченію лѣсоторговлѣ и, притомъ, именно, легкомысленной, съ точки зрѣнія лѣсовладѣльца, торговлѣ, каковое содержится въ постановленіяхъ проекта ВУ.

Дѣло въ томъ, что продажа лѣса на срубъ является, безъ сомнѣнія, обычнымъ способомъ извлеченія доходовъ изъ лѣсныхъ имѣній. И противъ ея допущенія возражать не приходится. Но проектъ регулируетъ, въ сущности, не продажу лѣса на срубъ, а напротивъ, продажу лѣсовъ на опустошеніе. Ибо если бы дѣло шло о раціональномъ лѣсномъ хозяйствѣ, то правила проекта были бы совершенно ненужны. Тогда приходилось бы считаться лишь съ тѣмъ, что изъ года въ годъ повторяется, независимо отъ перемѣны собственника, продажа ежегодно тѣхъ только участковъ, которые должны быть вырублены согласно плану хозяйства. Проектъ, напротивъ, считается съ тѣмъ, что лѣсовладѣлецъ продаетъ сразу цѣлую площадь лѣса, которая подлежитъ рубкѣ въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго періода — иначе не приходилось бы заботиться о внесеніи договора въ вотчинную книгу.

1) Ср. изрѣченіе Дернбурга, Sachenrecht, S. 246: „Der Wald .... ist in gewissem Sinn noch heute ein Fideikommiss der Nation“.

Подобная продажа, однако, рѣзко противорѣчитъ правиламъ раціональнаго лѣсоводства и противорѣчитъ, слѣдовательно, интересамъ народнаго хозяйства. Выгоды, которыя связаны съ продолжительностью аренднаго договора, не играютъ здѣсь никакой роли. Въ частности, не приходится говорить о томъ, что продолжительный срокъ даетъ возможность къ проведенію ameліорацій. Напротивъ, все сводится къ тому, что лѣсъ переходитъ въ распоряженіе лѣсопромышленника, который не можетъ въ немъ видѣть ничего, кромѣ объекта эксплоатаціи. Отъ лѣсопромышленника нельзя даже требовать, чтобы онъ соображался съ правилами лѣсоводства, выставленными въ интересахъ будущихъ поколѣній собственниковъ. Такое требованіе находилось бы въ противорѣчіи со всѣми законами психологіи. А съ другой стороны ясно, что лѣсовладѣлецъ не будетъ въ состояніи воспрепятствовать хищнической эксплоатаціи лѣса путемъ введенія въ договоръ соотвѣтствующихъ условій. Причина тому очень простая: лѣсовладѣльцы рѣшаются на подобную продажу или вслѣдствіе крайняго легкомыслія, или вслѣдствіе серьезныхъ денежныхъ затрудненій. Они, слѣдовательно, являются экономически болѣе слабой стороной и не имѣютъ никакой возможности производить давленіе на лѣсопромышленниковъ [1]).

1) Возраженіе, что контроль лѣсныхъ комитетовъ и безъ того не допускаетъ неограниченнаго хозяйничанья въ купленномъ лѣсѣ, не заслуживаетъ вниманія. Всякому, кто интересовался этимъ вопросомъ, достаточно извѣстно, что на практикѣ роль этихъ комитетовъ довольно незначительна и что ихъ дѣятельность можетъ проявляться только при самыхъ вопіющихъ злоупотребленіяхъ.

При такихъ условіяхъ, нельзя не назвать неудачными предположенія проекта, касающіяся договора продажи лѣса на срубъ. Ибо если у законодательства и нѣтъ возможности прямо противодѣйствовать заключенію такихъ договоровъ на продолжительный срокъ, то оно, во всякомъ случаѣ, не должно содѣйствовать ему путемъ созданія формъ, необходимыхъ для обезпеченія за ними силы. Правда, первымъ виновникомъ является, въ этомъ отношеніи, не редакціонная комиссія, а сенатъ, признавшій возможнымъ использовать по этому вопросу постановленія нотаріальнаго положенія. Но редакціонная комиссія пошла дальше по тому же пути и старается увѣковѣчить ошибку сената, вмѣсто того, чтобы исправить ее.

Напротивъ, если бы редакціонная комиссія рѣшилась игнорировать долгосрочные договоры продажи лѣса на срубъ и если бы они, благодаря этому, признавались необязательными для новыхъ пріобрѣтателей имѣній, то, послѣ вступленія въ силу ВУ., подобные договоры заключались бы, очевидно, менѣе часто и темпъ процесса уничтоженія лѣсовъ въ Россіи былъ бы замедленъ, а во всякомъ случаѣ не ускоренъ — насколько этотъ темпъ зависитъ отъ гражданскаго законодательства. Но даже если этотъ результатъ не будетъ достигнутъ, то, во всякомъ случаѣ, законодатель не будетъ нести отвѣтственности за экономически крайне вредное явленіе. Такую, именно, отвѣтственность возлагаетъ на себя редакціонная комиссія, предлагая законодательной власти установить норму, содержащуюся въ ст. 41 ВУ.

Нельзя возражать противъ только что сказаннаго ссылкой на то, что проектъ желаетъ обезпечить своими постановленіями интересы третьихъ пріобрѣтателей имѣній. Эти интересы тутъ ни при чемъ. Если, именно, договоръ продажи лѣса на срубъ самъ по себѣ необязателенъ для новаго собственника, то развѣ положеніе послѣдняго улучшается признаніемъ средства, при помощи котораго онъ можетъ

быть связанъ подобнымъ договоромъ? Объ улучшеніи, очевидно, говорить не приходится, хотя, съ другой стороны, нѣтъ налицо и ухудшенія, такъ какъ онъ, благодаря внесенію договора въ книгу, знаетъ обремененія, лежащія на пріобрѣтаемомъ имъ имѣніи. Исключеніемъ является, въ этомъ отношеніи, только случай присужденія имѣнія настоящему собственнику: въ такомъ случаѣ положеніе послѣдняго безспорно ухудшается благодаря предположеніямъ проекта, лишеннымъ, въ этомъ отношеніи, всякаго основанія[1]). Но въ общемъ, какъ уже было отмѣчено, интересы третьихъ пріобрѣтателей тутъ не замѣшаны.

Столь же мало затронуты и интересы населенія, обслуживаемаго лѣсопромышленниками, интересы, которые, съ болѣе узкой точки зрѣнія, могутъ находиться въ противорѣчіи къ интересамъ лѣсовладѣльцевъ. Но, во-первыхъ, какъ нынѣ дѣйствующее право, такъ и предположенія проекта должны быть отвергнуты, въ первую голову, не въ интересахъ лѣсовладѣльцевъ, а въ интересахъ народнаго хозяйства, которые, разумѣется, совпадаютъ, хотя бы и лишь съ болѣе общей точки зрѣнія, съ интересами населенія. Во-вторыхъ же, отрицательное отношеніе законодательства къ долгосрочнымъ договорамъ продажи лѣса на срубъ едва ли отразится вредно на понимаемыхъ даже въ самомъ узкомъ смыслѣ непосредственныхъ интересахъ населенія. Ибо заключенію договоровъ продажи лѣса не будетъ поставлено никакихъ препятствій. Уменьшена будетъ лишь возможность использованія лѣсопромышленниками затруднительнаго положенія или легкомыслія лѣсовладѣльцевъ и лишь вредные, съ точки зрѣнія народнаго хозяйства, договоры на болѣе продолжительные періоды будутъ обставлены меньшими гарантіями, чѣмъ нынѣ. А рыночныя цѣны лѣса будутъ опредѣляться и впредь соотношеніемъ спроса и предложенія и отпадетъ только ни-

1) Ср. выше, § 41.

чѣмъ не оправдываемое средство обогащенія лѣсопромышленниковъ.

А затѣмъ, нельзя не указать еще и на слѣдующее обстоятельство. Дальнѣйшія постановленія проекта ВУ., относящіяся сюда, будутъ разсмотрѣны въ слѣдующемъ параграфѣ. Но необходимо упомянуть тотчасъ же о томъ, что сама редакціонная комиссія не могла не сознавать, что она занимается выработкой защитительныхъ мѣръ для нежелательныхъ договоровъ. Ибо чуть ли не наибольшая часть главы III, говорящей „о правахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ“, посвящена вопросу о платежахъ, произведенныхъ ранѣе назначеннаго въ договорѣ срока или о платежахъ, произведенныхъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ. Почти излишне говорить, что подобные платежи являются въ высшей степени нежелательными и нехозяйственными и что они ясно указываютъ на затруднительность экономическаго положенія стороны, получающей ихъ, причемъ подобная затруднительность непремѣнно учитывается другою стороной. А этотъ учетъ не можетъ не отражаться вредно на интересахъ получателя и не можетъ не придавать, въ нерѣдкихъ случаяхъ, всей сдѣлкѣ ростовщическаго характера.

Въ результатѣ приходится сказать, такимъ образомъ, что статьи, посвященныя проектомъ договору продажи лѣса на срубъ, являются совершенно неудачными. Конструкція правъ по этому договору неудовлетворительна и должна была бы быть замѣнена другою. Единственнымъ исходомъ являлось бы, при этомъ, признаніе, по примѣру ZGB., института охранительныхъ отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ и допущеніе внесенія такихъ отмѣтокъ именно въ данномъ случаѣ. Но такъ какъ внесеніе договоровъ продажи лѣса на срубъ является, съ цивильно-политической точки зрѣнія, въ высшей степени нежелательнымъ, то лучше всего было бы, если бы проектъ ВУ. вообще отказался отъ нормировки этого вопроса и совершенно игнорировалъ указанный договоръ. Естественнымъ послѣдствіемъ этого было бы то, что, благодаря принципамъ вотчинной системы, права покупщика лѣса уже не считались бы обязательными для третьихъ пріобрѣтателей. Вслѣдствіе этого на практикѣ перестали бы заключать подобные договоры на болѣе продолжительные сроки — а это было бы фактомъ, въ высшей степени отраднымъ. Но если даже этотъ результатъ не будетъ достигнутъ, если, можетъ быть, дѣльцами будутъ найдены формы обхода закона [1]), то законодатель, по крайней мѣрѣ, не будетъ нести нравственной отвѣтственности за неблагопріятныя для народнаго хозяйства послѣдствія этихъ договоровъ.

§ 45. Дополнительныя постановленія проекта.

На ряду съ только что разсмотрѣнными постановленіями, проектъ ВУ. содержитъ въ главѣ III раздѣла I еще рядъ правилъ, которыя относятся къ двумъ вопросамъ. Во-первыхъ, затрогиваются нѣкоторыя отношенія, возникающія между причастными лицами на основаніи договоровъ найма и продажи лѣса на срубъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу. Во-вторыхъ, разсматривается случай, когда нанимателемъ или покупщикомъ лѣса были произведены досрочные платежи.

Въ сущности, и тѣмъ и другимъ правиламъ не мѣсто въ проектѣ ВУ. Они или относятся всецѣло къ области не вотчиннаго, а обязательственнаго права, или же они содержатъ не юридическія нормы, а, напротивъ, совершенно необязательные, а отчасти даже неумѣстные совѣты по адресу заинтересованныхъ лицъ.

Само собой разумѣется, что статьи, относящіяся ко второй изъ этихъ категорій, должны быть исключены изъ проекта. Что же касается статей первой категоріи, то, при строгомъ соблюденіи системы, слѣдовало бы отказаться и

1) Хотя бы путемъ установленія обезпечительной ипотеки, предусматриваемой ст. 45 ВУ.

отъ ихъ помѣщенія въ проектѣ. Однако, своеобразный характеръ ВУ., особенно же то обстоятельство, что онъ долженъ вступить въ силу, по предположенію редакціонной комиссіи, еще во время дѣйствія ч. 1 т. X, дѣлаютъ отчасти извинительнымъ такое отступленіе. И если бы относящіяся сюда статьи были безупречны по своему содержанію, то можно было бы помириться съ ними, несмотря на то, что имъ, въ сущности, не мѣсто въ проектѣ ВУ.

Отношенія между причастными лицами, насколько дѣло идетъ не о досрочныхъ платежахъ, регулируются ст. 36,2 и 43—45. Въ нихъ идетъ рѣчь, съ одной стороны, объ обязательности не внесеннаго договора найма для новаго собственника, при извѣстныхъ условіяхъ, также и на срокъ болѣе, чѣмъ на три года, а съ другой, — объ отвѣтственности собственника-контрагента передъ нанимателемъ или покупщикомъ лѣса на срубъ за преждевременное прекращеніе договора, а также передъ пріобрѣтателемъ за убытки, понесенные имъ вслѣдствіе обязательности договоровъ, которые ему не были извѣстны при пріобрѣтеніи имѣнія.

Нѣкоторыя сомнѣнія должна вызвать ст. 36,2. Она гласитъ, что не внесенный договоръ найма не теряетъ, въ противорѣчіе общему правилу ст. 36,1, силы по истеченіи трехъ лѣтъ тогда, „когда новый собственникъ при пріобрѣтеніи имѣнія принялъ на себя исполненіе договора найма“. По этому поводу надо замѣтить, прежде всего, что послѣдовательность требуетъ примѣненія этого правила также и къ договорамъ продажи лѣса на срубъ, разумѣется, съ соотвѣтствующимъ измѣненіемъ. Если, именно, договоры найма остаются въ силѣ, въ такомъ случаѣ, на сроки болѣе трехъ лѣтъ, то договоры продажи лѣса должны оставаться, очевидно, въ силѣ независимо отъ срока. Противъ такого дополненія пришлось бы, правда, возражать въ интересахъ народнаго хозяйства, такъ какъ оно являлось бы лишнимъ средствомъ къ сохраненію въ силѣ этихъ договоровъ, которые сами по себѣ нежелательны. Но съ точки зрѣнія, занимаемой редакціонной комиссіей, оно является необходимымъ.

Однако, независимо отъ этого дополненія, слѣдуетъ обратить вниманіе на матеріальное содержаніе ст. 36,2. Оно сводится къ тому, что новый собственникъ связанъ договоромъ найма, если онъ принялъ на себя его исполненіе. Такимъ образомъ, за нанимателемъ признается право требовать исполненія договора, заключеннаго въ его пользу, но безъ его участія. Дѣйствующее право, какъ извѣстно, не содержитъ постановленій о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, сенатъ же призналъ [1]), что третьи лица пріобрѣтаютъ, на ихъ основаніи, право требованія. Согласно этому, проектъ ГУ. и избралъ позицію въ извѣстномъ спорѣ, существующемъ по этому вопросу. А именно, по ст. 1589 сл. [2]), третье лицо пріобрѣтаетъ право требованія по такому договору, благодаря одному факту его заключенія.

Такое рѣшеніе вопроса можетъ показаться нѣсколько радикальнымъ и можетъ иногда не отвѣчать намѣреніямъ контрагентовъ. Въ виду этого слѣдуетъ замѣтить, что рѣшеніе, принятое по вопросу о послѣдствіяхъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ германскимъ уложеніемъ [3]) и швейцарскимъ обязательственнымъ правомъ [4]), кажется болѣе цѣлесообразнымъ и осторожнымъ: и то и другое ставятъ признаніе за третьимъ лицомъ самостоятельнаго права требованія въ зависимость отъ воли контрагентовъ. Правда, въ частномъ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 36,2 ВУ., швейцарское право предполагаетъ желаніе контрагентовъ дать третьему лицу, т.е. нанимателю, самостоятельное право требо-

1) Ср. кассаціонныя рѣшенія, указанныя у Тютрюмова, Законы гражданскіе къ ст. 1528, № 58.

2) Ст. 54 сл. кн. V проекта ГУ. 1913 г.

3) BGB. 533.

4) O.-R. 112.

ванія [1]). И для даннаго, именно, случая это должно быть признано правильнымъ. Иначе могутъ возникнуть практическія затрудненія, въ созданіи которыхъ, къ тому же, никто не заинтересованъ.

Если стать на эту точку зрѣнія, то нельзя не признать постановленія ст. 36,2 вполнѣ удачнымъ — хотя это удачное рѣшеніе частнаго вопроса и вытекаетъ изъ недостаточно обоснованнаго общаго принципа. Слѣдовательно, противъ матеріальнаго содержанія ст. 36,2 возражать не приходится. Съ другой стороны, уже ранѣе было отмѣчено вполнѣ правильно цѣлымъ рядомъ критиковъ проекта [2]), что этому постановленію, содержащему чисто обязательственно-правовую норму, не мѣсто въ ВУ. Однако, ст. 36,2 все же санкціонируетъ сенатскую практику по вопросу, весьма спорному въ наукѣ и можетъ, кромѣ того, оказаться полезной для предотвращенія недоразумѣній, могущихъ возникнуть на основаніи расширительнаго толкованія ст. 36,1.

Необходимо согласиться и съ матеріальнымъ содержаніемъ ст. 43 и 44. По первой изъ нихъ прежній собственникъ отвѣчаетъ передъ пріобрѣтателемъ за убытки, понесенные послѣднимъ вслѣдствіе обязательности для него договора найма, который не былъ внесенъ въ книгу и не былъ извѣстенъ пріобрѣтателю. По второй же изъ указанныхъ статей прежній собственникъ отвѣчаетъ, въ случаѣ необязательности для новаго собственника договора найма или продажи лѣса на срубъ, передъ своимъ контрагентомъ за всѣ понесенные послѣднимъ убытки.

Несмотря на полную обоснованность этихъ постановленій, причины, по которымъ они вводятся въ проектъ, не вполнѣ понятны. Они содержатъ правила, которыя всецѣло относятся къ праву обязательственному и которыя, къ тому же,

1) О.-R. 259.
2) Св. Зам., №№ 71, 73 (стр. 87), 127, 130, 132.

безспорно признаются, если не Законами гражданскими, то кассаціонною практикой [1]). А кромѣ того, ст. 44 выражаетъ одну изъ самыхъ элементарныхъ истинъ, которая относится къ общей части обязательственнаго права и которой ни въ коемъ случаѣ не мѣсто въ законѣ, затрагивающемъ лишь нѣкоторыя отдѣльныя обязательства. Объясненія оправдываютъ [2]) введеніе въ проектъ этихъ статей желаніемъ „не заставлять судебную практику трудиться надъ установленіемъ подобныхъ правилъ на основаніи общихъ началъ обязательственнаго права“. Но вѣдь въ задачи законодателя не входитъ высказывать, въ цѣляхъ облегченія работы судовъ, всѣ частные выводы, получающіеся изъ общихъ принциповъ. Если же редакціонная комиссія не была увѣрена въ томъ, что судебная практика справится съ этимъ „трудомъ“, то вообще не стоило создавать проектъ ВУ. Ибо столь неспособная судебная практика не сумѣла бы вообще примѣнять установленныя въ немъ нормы.

Правда, ст. 43 и 44 ущерба не причинятъ. Но въ видахъ научнаго достоинства ВУ. нельзя не присоединиться къ высказанному уже раньше пожеланію [3]), чтобы онѣ были исключены изъ проекта. При этомъ нельзя не отмѣтить, что ихъ помѣщеніе въ проектѣ можетъ быть оправдано еще менѣе, чѣмъ помѣщеніе ст. 36,2 — послѣдняя касается вопроса, всетаки спорнаго въ наукѣ, между тѣмъ какъ ст. 43 и 44 проповѣдуютъ совершенно безспорныя истины.

Нѣсколько инымъ характеромъ отличается ст. 45. Она къ обязательственному праву не относится, но зато она уже совершенно лишена законодательнаго содержанія. Все ея содержаніе сводится не то къ совѣту, преподанному сторонамъ,

1) См. кассаціонныя рѣшенія, приведенныя у Тютрюмова, Законы гражданскіе, къ ст. 1427 и ст. 570.
2) 1893 г. I, стр. 240, 1896 г. I., стр. 259.
3) Св. Зам., №№ 139, 140.

не то къ инструкціи чинамъ вотчинныхъ установленій. И, разумѣется, ни тому, ни другому не мѣсто въ законѣ.

А именно, указаніе на то, что сумма, въ предѣлахъ которой имѣніе должно служить обезпеченіемъ вознагражденія за убытки на случай досрочнаго прекращенія договора при продажѣ имѣнія, вносится въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, ни въ коемъ случаѣ не является законодательной нормой. Ибо иначе и быть не можетъ. Если имѣніе по волѣ сторонъ должно служить обезпеченіемъ могущаго возникнуть въ будущемъ требованія объ убыткахъ, то стороны желаютъ, очевидно, установить въ пользу нанимателя или покупщика лѣса залогъ для обезпеченія обязательства, могущаго возникнуть въ будущемъ. Для того, чтобы придать этому праву силу, при господствѣ вотчинной системы, необходимо, разумѣется, внести его въ книгу. А залогъ, какъ извѣстно, можетъ быть внесенъ только въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги. Почему же проектъ особо упоминаетъ объ этомъ?

Объясненія говорятъ[1]), по этому поводу, что ст. 45 „дозволяетъ договаривающимся сторонамъ ...установить кредитный залогъ“ и далѣе, что „представляется полезнымъ указать сторонамъ возможность обезпеченія такихъ убытковъ самимъ имѣніемъ“. Но ни въ какомъ дозволеніи стороны не нуждаются при распоряженіи своимъ имуществомъ, а давать полезныя указанія ни въ коемъ случаѣ не является задачей законодателя.

Что касается, затѣмъ, послѣднихъ словъ статьи 45: „къ этому обезпеченію примѣняются правила о кредитномъ залогѣ“, то и они содержатъ нѣчто совершенно излишнее. Дѣло идетъ, какъ уже было указано, объ обезпеченіи будущаго долга. А согласно ст. 53 ВУ.[2]), такой залогъ, на

1) 1893 г. I, стр. 242, 1896 г. I, стр. 261.
2) Ср. ниже, т. II, § 65.

ряду съ залогомъ въ обезпеченіе требованія, не опредѣленнаго по суммѣ, и является залогомъ кредитнымъ. И если, далѣе, обратить вниманіе на характеръ кредитнаго залога какъ залога обезпечительнаго въ противоположность основной формѣ залога, каковою является залогъ оборотный, то совершенно ясно, что предусмотрѣнный въ ст. 45 залогъ въ обезпеченіе требованія нанимателя или покупщика лѣса на срубъ инымъ быть просто не можетъ. Слѣдовательно, и послѣдняя часть ст. 45 совершенно излишня и вся ст. 45 должна быть исключена изъ ВУ.

§ 46. Въ частности, о досрочныхъ платежахъ.

Остается разсмотрѣть статьи проекта, посвященныя вопросу о досрочныхъ платежахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ.

Исходной точкой является мысль, не выраженная, впрочемъ, прямо въ проектѣ, что платежи, произведенные прежнему собственнику не болѣе чѣмъ за годъ впередъ и притомъ не ранѣе срока, назначеннаго въ договорѣ, во всякомъ случаѣ обязательны для пріобрѣтателя. Напротивъ, необязательными почитаются платежи, учиненные, во-первыхъ, ранѣе срока, а во-вторыхъ, хотя бы и въ срокъ, но болѣе чѣмъ за годъ впередъ. Въ этомъ второмъ случаѣ платежъ признается необязательнымъ „въ той части, которая причитается за время послѣ перехода права собственности къ пріобрѣтателю или послѣ исполненія рѣшенія объ отсужденіи имѣнія и превышаетъ годовой размѣръ наемной платы“. Однако, и такіе платежи признаются обязательными для новаго собственника, когда о производствѣ платежа было сдѣлано внесеніе въ вотчинную книгу ранѣе внесенія отмѣтки или записи въ пользу будущаго собственника или истца по иску о правѣ собственности. То же дѣйствіе, какъ внесеніе въ книгу, имѣетъ, впрочемъ, знаніе

пріобрѣтателя о производствѣ платежа[1]). Но эти исключенія относятся только къ случаямъ добровольной продажи или отсужденія недвижимости, къ публичной продажѣ они, напротивъ, не относятся.

Только что изложенныя правила содержатся въ ст. 38 и 39 и касаются только договора найма. Кромѣ того, въ ст. 37 сказано, что платежи, учиненные ранѣе срока, или болѣе чѣмъ за годъ впередъ, могутъ быть, по соглашенію сторонъ, внесены въ вотчинную книгу. Ст. 40 же предусматриваетъ послѣдствія необязательности такихъ платежей. Затѣмъ, въ ст. 42 указывается, что правила ст. 37, 38,1, 39 и 40 о досрочныхъ платежахъ примѣняются также и къ договору продажи лѣса на срубъ, когда исполненіе этого договора является, вслѣдствіе внесенія его въ вотчинную книгу, обязательнымъ для новаго собственника.

Съ догматической точки зрѣнія противъ изложенныхъ только что правилъ возражать не приходится. Слѣдуетъ сказать развѣ то, что въ сущности, только ст. 38,2 имѣетъ право на существованіе. Ибо ею высказывается, что законодатель или, точнѣе, редакціонная комиссія, признаетъ предѣльнымъ нормальнымъ срокомъ, за который допускается распоряженіе напередъ платежами по договору, одинъ годъ. Этотъ срокъ долженъ быть установленъ законодателемъ, такъ какъ онъ никоимъ образомъ не вытекаетъ изъ существа вопроса, а носитъ строго положительный характеръ. Всѣ остальныя постановленія проекта, напротивъ, вытекаютъ прямо изъ общихъ принциповъ и въ изложеніи, собственно, не нуждаются. Это относится даже къ ст. 38,1. Ибо ясно, что уплата, совершенная ранѣе срока, который наступаетъ притомъ только послѣ перехода собственности къ новому

1) Нельзя не отмѣтить также и по этому поводу, что надѣленіе момента знанія такимъ значеніемъ противорѣчитъ принципамъ вотчинной системы — ср. выше, § 20.

пріобрѣтателю, касается такихъ доходовъ съ имущества, которые принадлежатъ уже новому собственнику.

Столь же ясно, что внесенные въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги платежи, если только они внесены въ надлежащее время, имѣютъ силу для новаго пріобрѣтателя. Правда, надо замѣтить вмѣстѣ съ тѣмъ, что проектъ выражается въ этомъ отношеніи довольно неточно. Ибо послѣ внесенія, въ сущности, уже не приходится говорить объ обязательности или необязательности досрочныхъ платежей. Съ момента внесенія, напротивъ, существуетъ лишь ипотека, установленная въ пользу нанимателя или покупщика лѣса на срубъ въ обезпеченіе требованія его изъ досрочнаго платежа. Это требованіе, со своей стороны, теряетъ силу въ тотъ моментъ, когда платежъ перестаетъ быть досрочнымъ, т. е. тогда, когда, съ наступленіемъ срока, для собственника возникаетъ требованіе на ту же сумму. Тогда происходитъ компенсація и ипотека подлежитъ погашенію. Мыслима, впрочемъ, и другая конструкція. Можно вносить требованіе нанимателя или покупщика какъ срочное съ dies ad quem такъ, чтобы оно теряло силу ipso jure съ наступленіемъ срока — при чемъ, разумѣется, погашеніе ипотеки остается, тѣмъ не менѣе, необходимымъ. Эта конструкція подходитъ, можетъ быть, даже лучше, чѣмъ первая, которая сводится, въ сущности, къ признанію займа, совершеннаго собственникомъ у своего контрагента. Но какую бы ни избрать конструкцію, во всякомъ случаѣ надо сказать, что формулировка ст. 37 неудачна. Она подходила бы лишь тогда, когда досрочный платежъ обезпечивался бы, напр., путемъ внесенія отмѣтки въ третій отдѣлъ книги. Но при внесеніи въ четвертый отдѣлъ, фактъ досрочнаго платежа, собственно, уже не играетъ роли. Платежъ обязателенъ для новаго собственника не какъ таковой, но просто на основаніи того, что онъ обезпеченъ ипотекой и не отличается, благодаря этому, отъ другихъ залоговыхъ

требованій. А слѣдовательно, проектъ и не долженъ былъ говорить особо объ этомъ. Вступаетъ въ силу общее правило, что всѣ записи въ книгу обязательны для пріобрѣтателя. И все значеніе ст. 37 сводится къ совѣту по адресу сторонъ, какимъ путемъ онѣ могутъ придать обязательность досрочнымъ платежамъ.

Нѣчто подобное приходится сказать о ст. 40,1. Она касается, какъ было упомянуто уже выше, послѣдствій признанія досрочныхъ платежей необязательными для новаго собственника, въ случаѣ добровольнаго отчужденія недвижимости и отсужденія ея, и постановляетъ, что наниматель или покупщикъ лѣса на срубъ имѣетъ право на обратное взысканіе съ прежняго собственника.

По этому поводу необходимо замѣтить, прежде всего, что формулировка этого правила можетъ вызвать представленіе, будто новый собственникъ долженъ предъявить искъ о признаніи платежа необязательнымъ для него, и будто, въ виду этого, бремя доказыванія лежитъ на немъ. Между тѣмъ, основнымъ правиломъ является, какъ извѣстно, недѣйствительность подобныхъ платежей. Лишь при наличности особыхъ условій, въ частности, при наличности внесенія въ книгу, они обязательны для пріобрѣтателя. Слѣдовательно, прежнимъ собственникомъ или его контрагентомъ долженъ быть предъявленъ къ пріобрѣтателю искъ о признаніи платежа обязательнымъ и бремя доказыванія должно лежать на нихъ — за исключеніемъ единственно того случая, когда пріобрѣтатель станетъ оспаривать дѣйствительность записи въ вотчинной книгѣ[1]). Но это, разумѣется, совсѣмъ особый случай, при которомъ процессуальныя роли распредѣляются на основаніи ст. 7 ВУ.[1])

1) Практически мыслимо, разумѣется и то, что пріобрѣтатель предъявитъ, по неопытности или по какимъ либо особымъ соображеніямъ, искъ о признаніи платежа необязательнымъ. Но и тогда ему придется доказывать только тотъ фактъ, что данный платежъ является досрочнымъ въ техническомъ смыслѣ слова. Въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, напротивъ, дѣло сведется къ тому, что наниматель или покупщикъ лѣса откажутся платить пріобрѣтателю въ срокъ, вслѣдствіе чего имъ будетъ предъявленъ искъ. А тогда уже со стороны отвѣтчика послѣдуетъ ссылка на досрочный платежъ, дѣйствительность котораго должна быть доказана отвѣтчикомъ же.

Въ виду изложеннаго слѣдуетъ требовать замѣны словъ ст. 40 „съ признаніемъ произведеннаго платежа необязательнымъ по требованію новаго собственника“ другими, болѣе подходящими.

Что же касается матеріальнаго содержанія ст. 40,1, то необходимо сказать, что здѣсь лишь примѣняется къ отдѣльному случаю элементарный общій принципъ. Но такому правилу, въ виду его чисто обязательственно-правового характера, не только не мѣсто въ проектѣ ВУ., оно и вообще не нуждается въ особомъ упоминаніи[2]).

Всѣ эти правила, касающіяся послѣдствій добровольнаго отчужденія или отсужденія недвижимости, являются, такимъ образомъ, если и мало удовлетворительными, все же не неправильными. Нѣчто иное приходится сказать о регулированіи проектомъ послѣдствій публичной продажи.

Этому вопросу посвящена одна только ст. 40,2. На первый взглядъ можетъ показаться, будто и о ней приходится сказать лишь то, что ей не мѣсто въ ВУ., такъ какъ она касается исключительно распредѣленія суммы, вырученной при публичной продажѣ. Она, слѣдовательно, должна быть помѣщена въ гл. 7 проекта ППВ. — если только и здѣсь не будетъ признано излишнимъ особое упоминаніе о томъ, что „въ случаѣ публичной продажи имѣнія необязательный для покуп-

1) Ср. выше, § 19.

2) На ненужность ст. 40,1 указывается уже въ Св. Зам., при чемъ въ № 71 имѣется заявленіе г. Андрущенко о томъ, что она „имѣетъ весьма малую связь съ чистымъ понятіемъ вотчиннаго устава“, а въ № 136 — заявленіе г. Алексѣева, что ст. 40,1 совершенно излишня „въ виду общаго правила гражданскихъ законовъ, выраженнаго въ ст. 574 т. X, ч. 1, по смыслу коей никто не въ правѣ обогащаться на чужой счетъ безъ законнаго къ тому основанія“.

щика платежъ, если онъ былъ внесенъ въ вотчинную книгу, удерживается изъ суммы, вырученной отъ продажи имѣнія, соотвѣтственно старшинству, принадлежащему записи о производствѣ платежа". Вѣдь въ сущности вполнѣ достаточно правилъ ст. 197 и сл. ППВ., и никакихъ сомнѣній по поводу внесенныхъ въ книгу платежей не можетъ возникнуть.

Однако, въ связи съ этимъ возникаетъ другой вопросъ: изъ Объясненій [1]) явствуетъ, что редакціонная комиссія желала считать досрочные платежи вообще необязательными для пріобрѣтателя по публичному торгу, хотя бы они и были внесены въ книгу. И именно въ виду этого была помѣщена въ проектѣ ст. 40,2.

Такой взглядъ редакціонной комиссіи не можетъ не вызвать недоумѣнія. Какъ было изложено выше, внесенный въ книгу досрочный платежъ представляетъ собою ни что иное, какъ требованіе нанимателя или покупщика лѣса, въ обезпеченіе котораго установленъ залогъ. Если имѣется на лицо подобное залоговое требованіе и если обремененное имъ имѣніе продается съ публичнаго торга, то, разумѣется, сохраненіе или погашеніе залога зависитъ всецѣло отъ условій, при которыхъ происходитъ публичная продажа. Если, именно, взыскателемъ является вѣритель или вовсе не внесенный въ книгу, или не пользующійся старшинствомъ передъ нанимателемъ, то публичная продажа можетъ состояться только тогда, когда предложенная на торгѣ сумма покрываетъ всѣ предыдущія требованія, а въ частности, требованіе нанимателя. Если это условіе будетъ исполнено, то, въ числѣ прочихъ долговъ, на имѣніи остается и требованіе нанимателя [2]). А слѣдовательно, досрочный платежъ является обязательнымъ для пріобрѣтателя: если онъ съ наступленіемъ срока предъявитъ къ нанимателю требованіе объ уплатѣ наемныхъ денегъ, то его требованіе будетъ компенсировано требованіемъ нанимателя.

1) 1893 г. I, стр. 236, 1896 г. I, стр. 255 сл.
2) Ср. проектъ ППВ. 174,3.

Напротивъ, если взыскателемъ будетъ вѣритель, пользующійся старшинствомъ передъ нанимателемъ, то возможны два случая. Возможно, во-первыхъ, что вырученная сумма не покрываетъ требованія нанимателя. Тогда залогъ, установленный въ обезпеченіе его, погашается и нанимателю остается только предъявить личный искъ къ своему контрагенту. Но возможно, разумѣется, и то, что вырученная сумма покрываетъ требованіе нанимателя. Тогда совершается, смотря по обстоятельствамъ, или уплата по его требованію съ погашеніемъ залога, или же на имѣніи оставляется и этотъ долгъ [1]).

Редакціонная комиссія предусматриваетъ въ ст. 40,2 только тотъ случай, когда взыскатель пользуется старшинствомъ передъ нанимателемъ и вовсе не считается, при этомъ, съ возможностью оставленія долга на имѣніи. И она совершенно не принимаетъ въ разсчетъ первый изъ разсмотрѣнныхъ только что случаевъ, когда взыскатель не пользуется старшинствомъ. Ибо нельзя же предполагать, что она желала выдѣлить ипотеки, обезпечивающія требованія изъ досрочныхъ платежей, въ совершенно особую категорію съ тѣмъ, чтобы онѣ, вопреки общему принципу, ни въ коемъ случаѣ не оставались на имѣніи. Такое предписаніе нуждалось бы, очевидно, въ особой оговоркѣ въ проектѣ ППВ. Ея, однако, нѣтъ.

Въ виду всего этого приходится сказать слѣдующее. Авторы проекта ВУ. желали рѣшить вопросъ о досрочныхъ платежахъ на случай публичной продажи иначе, чѣмъ на случай отсужденія или добровольнаго отчужденія. Вслѣдствіе этого, въ ст. 39 не устанавливается, на случай публичной продажи, тѣхъ исключеній, которыя признаются для про-

1) Проектъ ППВ. гл. 6 и 7.

чихъ случаевъ. Съ этимъ можно было бы согласиться, такъ какъ дѣйствительно публичная продажа имѣетъ для залогового требованія нанимателя иныя послѣдствія, чѣмъ добровольная продажа или отсужденіе. Но въ такомъ случаѣ нельзя было урегулировать въ ст. 40,2 лишь одну изъ возможныхъ комбинацій, а слѣдовало или предусмотрѣть и регулировать всѣ комбинаціи, возможныя при публичной продажѣ или же ограничиться ссылкой на проектъ ППВ. Болѣе послѣдовательнымъ было бы первое, разъ въ ст. 39 предусматриваются послѣдствія перехода права собственности на другихъ, кромѣ публичной продажи, основаніяхъ. Но болѣе желательнымъ было бы, тѣмъ не менѣе, второе, при чемъ, однако, и ст. 39 должна была бы быть исключена изъ проекта.

Однако, какъ бы ни были неудовлетворительны съ догматической точки зрѣнія только что разобранныя статьи проекта, все же главный ихъ недостатокъ заключается не въ этомъ. Гораздо важнѣе то, что онѣ, съ цивильно-политической точки зрѣнія, не только неудовлетворительны, но даже въ высшей степени вредны. И по этой причинѣ онѣ должны быть непремѣнно исключены изъ проекта ВУ.

Прежде всего является сомнительнымъ, правильна ли исходная точка проекта, будто распоряженіе платой впередъ на одинъ годъ есть нѣчто нормальное или даже желательное. Германское уложеніе, напр., признаетъ нормальнымъ такое распоряженіе только тогда, когда оно касается платы за текущую и слѣдующую за тѣмъ четверть года [1]), швейцарское же право съ подобными распоряженіями вовсе не считается. И дѣйствительно, необходимо исходить изъ положенія, что подобныя распоря-

1) BGB. 573 flg. Ср., впрочемъ, протесты, высказываемые за послѣднее время въ германской юридической печати противъ злоупотребленій, развившихся на почвѣ этихъ статей — Nussaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 77 flg., Heinitz, Hypothekennot, DYZ. 1914, 1, S. 33 flg.

женія нежелательны съ точки зрѣнія народнаго хозяйства. Они сводятся къ использованію будущихъ, не дозрѣвшихъ еще благъ и обозначаютъ, въ сущности, ничто иное, какъ удовлетвореніе настоящихъ нуждъ за счетъ будущихъ. Законодательство, слѣдовательно, не имѣетъ причины поощрять ихъ. Оно должно, разумѣется, считаться съ обычаями, господствующими въ практической жизни. А насколько извѣстно, взиманіе впередъ платы на цѣлый годъ не есть явленіе обычное [1]) и одинъ тотъ фактъ, что дѣйствующіе гражданскіе законы, согласно ст. 1703 т. X, ч. 1, считаются съ распоряженіемъ впередъ именно за годъ, не долженъ играть рѣшающей роли.

Слѣдовательно, нельзя согласиться съ тѣмъ, что проектъ какъ бы санкціонируетъ, въ этомъ отношеніи, годичный срокъ. Отъ этого могутъ пострадать интересы всѣхъ причастныхъ лицъ. Если бы жизнь приспособилась къ точкѣ зрѣнія законодателя, то, прежде всего, пострадали бы наниматели: они были бы поставлены въ необходимость производить уплату впередъ за значительный срокъ, а кромѣ того, усилилась бы ихъ зависимость отъ домовладѣльцевъ или землевладѣльцевъ [2]). Сами собственники, правда, получили бы непосредственную выгоду, которая можетъ быть точно опредѣлена цифрами, но они все же проживали бы будущіе доходы. Наконецъ, третьи пріобрѣтатели были бы поставлены также въ положеніе мало выгодное: долгосрочные платежи обязательны для нихъ и если они не были приняты въ разсчетъ при пріобрѣтеніи, то пріобрѣтателямъ остается только искъ къ прежнему собственнику.

1) Насколько извѣстно, плата взимается впередъ при наймѣ квартиръ обыкновенно за мѣсяцъ или за четверть года, а при арендѣ сельско-хозяйственныхъ недвижимостей не болѣе, чѣмъ за полгода.

2) Достаточно представить себѣ, какъ трудно будетъ, съ практической точки зрѣнія, для нанимателей требовать при такихъ условіяхъ отъ собственника исполненія его обязанностей или добиться расторженія договора въ виду недостатковъ нанятой вещи.

Если, напротивъ, жизнь не приспособится къ предположеніямъ проекта, то они, правда, вреда не причинятъ, но зато будутъ совершенно безполезны.

Еще болѣе вреднымъ, однако, можетъ оказаться отношеніе проекта къ досрочнымъ платежамъ, произведеннымъ впередъ на время болѣе года. Только что изложенныя соображенія о вредѣ досрочныхъ платежей вообще, относятся, разумѣется, къ нимъ еще въ бо́льшей степени. При этомъ необходимо принимать во вниманіе и то, что подобные платежи придаютъ нерѣдко сдѣлкѣ ростовщическій характеръ. При договорахъ продажи лѣса на срубъ, напр., предложеніе уплаты впередъ на долгій срокъ всегда почти будетъ связано съ спекуляціей на затруднительное положеніе или легкомысліе собственника. Въ результатѣ же оно поведетъ не только къ установленію несоразмѣрно низкой цѣны, но и создастъ соблазнъ къ заключенію подобныхъ договоровъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они, по состоянію лѣсовъ, вовсе не должны были бы заключаться.

Правда, Объясненія сами признаютъ нежелательность досрочныхъ платежей [1]). Но они, вмѣстѣ съ тѣмъ, утверждаютъ, что установленіе правила, по которому „наемная плата, служа вознагражденіемъ за пользованіе имѣніемъ, должна бы производиться или по истеченіи всего срока условленнаго пользованія или же по наступленіи назначенныхъ въ договорѣ періодическихъ сроковъ“. . . . „явилось бы несправедливымъ вторженіемъ въ хозяйственныя распоряженія собственника“.

Это, разумѣется, до извѣстной степени правильно. Но между установленіемъ такого правила и тѣмъ, что дѣлаетъ проектъ ВУ., лежитъ цѣлая пропасть. Ибо только что разобранныя статьи, регулирующія вопросъ о досрочныхъ платежахъ, означаютъ, въ сущности, ничто иное, какъ санкціонированіе и даже поощреніе подобныхъ платежей. Если законодательство регулируетъ явленіе, съ народно-хозяйственной точки зрѣнія нежелательное, то это можетъ и должно совершаться только для достиженія совершенно опредѣленныхъ цѣлей, т. е. для воспрепятствованія ему или, по крайней мѣрѣ, для проявленія отрицательнаго къ нему отношенія. Но ничего подобнаго нѣтъ въ ВУ. Въ приведенныхъ статьяхъ никто не усмотритъ хотя бы малѣйшаго неодобренія подобныхъ сдѣлокъ. Даже болѣе, получается впечатлѣніе, будто редакціонная комиссія считаетъ ихъ, несмотря на цитированное выше замѣчаніе Объясненій, вполнѣ нормальнымъ, а можетъ быть даже желательнымъ явленіемъ. Иначе она вѣдь не указывала бы въ ст. 37 того пути, при помощи котораго эти сдѣлки могутъ заключаться наиболѣе удобнымъ и безопаснымъ для причастныхъ лицъ способомъ [1]).

Нельзя не высказать особо, по этому поводу, сожалѣнія о томъ, что редакціонная комиссія не обратила вниманія на вліяніе, которое оказываютъ законодательныя нормы

1) 1893 г. I, стр. 232 сл., 237 сл., 1896 г. I, стр. 252 сл., 257 сл., ср. также Ж. О. К., стр. 109 сл.

1) Мыслимо, впрочемъ, и утвержденіе, что ст. 37 должна указать экономически болѣе слабой сторонѣ на возможность обезпеченія ея интересовъ и что, такимъ образомъ, нежелательныя послѣдствія досрочныхъ платежей ослабляются. Но это мало убѣдительно, хотя бы потому, что собственникъ недвижимости, если онъ является экономически болѣе сильной стороной, не такъ легко согласится на установленіе ипотеки въ пользу своего контрагента. Но не говоря даже объ этомъ, слѣдуетъ сказать, что платящая сторона далеко не всегда будетъ стороной, болѣе слабой. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно вспомнить о договорахъ продажи лѣса на срубъ. Но то же самое положеніе будетъ встрѣчаться нерѣдко и при договорѣ найма, тѣмъ болѣе, что абсолютная экономическая слабость не вполнѣ совмѣстима съ производствомъ досрочныхъ платежей. Разумѣется, „платежъ, произведенный болѣе чѣмъ за годъ впередъ, согласно договору найма“, будетъ встрѣчаться иногда и со стороны болѣе слабаго контрагента. Но если платежъ будетъ производиться „ранѣе назначеннаго въ договорѣ срока“, то можно предполагать уже почти безошибочно, что, за исключеніемъ совсѣмъ особыхъ случаевъ, платящая сторона болѣе сильна.

на правовую психику какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и всего населенія [1]). Въ противномъ случаѣ она не могла бы не отказаться отъ введенія въ проектъ разсмотрѣнныхъ статей. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ высказать пожеланіе, чтобы эти статьи въ окончательную редакцію закона не вошли. Правда, ихъ отсутствіе ничего не измѣнитъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ экономическія условія и въ настоящее время приводятъ къ установленію по договору досрочныхъ платежей или къ фактическому производству такихъ платежей. Но законодательство уже не будетъ наталкивать населенія на этотъ мало желательный путь и оно, во всякомъ случаѣ, не будетъ нести отвѣтственности за это народно-хозяйственное зло.

§ 47. Выводы.

Послѣ всего сказаннаго нельзя не притти, къ сожалѣнію, къ выводу, что глава III раздѣла I является одною изъ наименѣе удачныхъ частей проекта ВУ. Правда, основная тенденція редакціонной комиссіи заслуживаетъ полнаго одобренія: она сводится къ стремленію укрѣпить окончательно господство начала „Kauf bricht nicht Miete“ и согласовать его съ принципами вотчинной системы, а вмѣстѣ съ тѣмъ обезпечить интересы лицъ, пріобрѣтающихъ въ данной недвижимости вотчинныя права. Но эта тенденція не нашла надлежащаго осуществленія, главнымъ образомъ, благодаря тому, что комиссія увлеклась примѣромъ французскаго законодательства. Безспорно, постановленія послѣдняго могутъ быть признаны, сами по себѣ, вполнѣ цѣлесообразными. Но они разсчитаны, понятнымъ образомъ, на французскую же систему ипотечныхъ книгъ и плохо согласуются съ современной вотчинной системой, выработанной, какъ извѣстно, партикулярными законодательствами Германіи. Благодаря этому, конструкція, принятая проектомъ ВУ., является мало

1) См. выше, § 5.

удовлетворительной. Создается понятіе „обязательственныхъ правъ съ вотчинными послѣдствіями“, которое приходится отвергнуть не только съ точки зрѣнія теоріи, но также и въ практическихъ видахъ.

Между тѣмъ, сравнительно незначительныя измѣненія могли бы привести къ вполнѣ удовлетворительнымъ результатамъ. А именно, слѣдовало бы или признать права по внесенному въ книгу договору найма прямо вотчинными, что является вполнѣ возможнымъ въ виду ихъ экономическаго характера, или же воспользоваться, въ извѣстныхъ предѣлахъ, примѣромъ швейцарскаго уложенія и допустить внесеніе въ книгу отмѣтокъ въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ.

Совершенно неудачными слѣдуетъ признать, напротивъ, тѣ статьи проекта, которыя касаются договора продажи лѣса на срубъ. Конструкція правъ по этому договору получается въ проектѣ та же, что и правъ по договору найма. Но исправленіе мыслимо здѣсь лишь въ одномъ направленіи: такъ какъ права по договору продажи лѣса на срубъ, за отсутствіемъ господства надъ вещью, ни въ коемъ случаѣ не могутъ считаться правами вотчинными, то возможно лишь использованіе системы охранительныхъ отмѣтокъ. Но, съ другой стороны, необходимо сказать, что заключеніе долгосрочныхъ договоровъ этого типа приводитъ къ явленіямъ, вреднымъ съ народнохозяйственной точки зрѣнія. Законодательство не имѣетъ, поэтому, причины поощрять его. Въ виду этого было бы наиболѣе желательнымъ, чтобы ВУ. отказался отъ регулированія этого договора и тѣмъ самымъ содѣйствовалъ бы сокращенію числа сдѣлокъ, приводящихъ въ результатѣ лишь къ опустошенію лѣсовъ.

Съ другой стороны, нельзя не замѣтить, въ связи съ этимъ, что экономическія потребности нѣкоторыхъ областей Россіи не удовлетворяются въ достаточной степени обезпеченіемъ договора найма въ техническомъ смыслѣ слова.

Въ литературѣ имѣется указаніе [1]) на то, что встрѣчаются другіе договоры, съ экономической точки зрѣнія исполняющіе аналогичныя функціи, которые нуждаются въ такомъ же обезпеченіи путемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу. Было бы въ высшей степени желательно, чтобы подобныя нужды населенія были приняты во вниманіе при окончательной редакціи ВУ.

Наконецъ, необходимо упомянуть еще и о томъ, что разсматриваемая глава ВУ. содержитъ рядъ статей чисто обязательственно-правового характера, которыя безъ всякаго вреда для дѣла могли бы быть исключены. Настоятельною же и безспорною необходимостью является исключеніе тѣхъ статей, которыя касаются досрочныхъ платежей — даже не столько въ виду недостатковъ, которыми онѣ страдаютъ съ юридической точки зрѣнія, сколько потому, что ими санкціонируется нежелательное съ точки зрѣнія народнаго хозяйства явленіе.

Такимъ образомъ, глава III нуждается въ радикальной переработкѣ. Но если таковая будетъ предпринята, то отъ входящихъ въ ея составъ нормъ можно ожидать немалой пользы. Ибо основная мысль, руководившая, въ этой области, составителями проекта ВУ., должна быть признана вполнѣ здоровой и заслуживающей всякаго одобренія.

1) Св. Зам., № 126 (стр. 164 сл.).

Дополнительное замѣчаніе къ стр. 14.

Первые листы настоящаго тома уже были напечатаны, когда вышелъ № 1 Вѣстника Права за 1914 г., въ которомъ имѣется статья А. Э. Вормса подъ заглавіемъ „Вотчинный Уставъ и надѣльныя земли“. Статья эта исходитъ изъ мысли, что одна сторона проекта ВУ. осталась до сихъ поръ совсѣмъ неразсмотрѣнной. Дѣло въ томъ, что проектъ считается почти исключительно съ интересами болѣе крупныхъ владѣній, и не обращаетъ вниманія на крестьянское землевладѣніе, несмотря на то, что проекту суждено имѣть, по мнѣнію г. Вормса, громадное вліяніе, именно, на судьбы участковъ надѣльной земли, перешедшихъ въ личную собственность крестьянъ.

Это утвержденіе покоится, однако, на недостаточномъ знакомствѣ съ цѣлями, которыя преслѣдуетъ проектъ ВУ. Изъ матеріаловъ къ проекту можно усмотрѣть, что составители его вполнѣ сознавали необходимость приспособить вотчинную систему къ нуждамъ спеціально крестьянскаго землевладѣнія и издать для этой цѣли особыя правила. Это высказывается съ ясностью, не допускающей никакихъ сомнѣній, уже въ п. VII Главныхъ Основаній 1881 г. и повторяется, затѣмъ, въ Объясненіяхъ къ проекту 1896 г. I, стр. 56.

При иныхъ условіяхъ было бы и совершенно непонятно, какъ изслѣдователи проекта могли не обращать вниманія на эту сторону вопроса, обладающую, безспорно, огромною

важностью. Въ самомъ дѣлѣ, въ Объясненіяхъ къ проекту 1893 г. не было только что упомянутой оговорки. Въ виду этого, критики проекта, предполагавшіе, что редакціонная комиссія смотритъ на этотъ вопросъ иначе, чѣмъ Государственный Совѣтъ, тотчасъ же указали на непригодность проекта для крестьянскаго населенія — см. Св. Зам., №№ 60,1, 80, 81, чѣмъ и было вызвано соотвѣтствующее заявленіе со стороны редакціонной комиссіи. Но послѣ воспослѣдованія его, не было уже, очевидно, никакой необходимости возвращаться къ этому вопросу.

достаточной ясностью. Въ частности, редакціонная комиссія не установила непосредственной связи между нимъ и такъ наз. безповоротностью. Недостаточно оттѣнено значеніе момента добросовѣстности третьяго пріобрѣтателя. Цѣлесообразность разграниченія между сдѣлками возмездными и безвозмездными представляется сомнительною. Дальнѣйшее условіе безповоротности, выдвинутое въ п. 3 ст. 18 проекта, должно быть исключено.

5) Для обезпеченія матеріальнаго права проектъ вводитъ институтъ отмѣтки. Однако, выдвинутое имъ понятіе отмѣтки страдаетъ крупными недочетами. Внесеніе таковой допускается принципіально лишь для обезпеченія вотчинныхъ правъ. Но наряду съ этимъ, въ проектѣ встрѣчаются отмѣтки въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ. Недостаткомъ является отсутствіе отмѣтки, вносимой по соглашенію сторонъ.

6) Второстепенные принципы спеціальности, старшинства и изъятія внесенныхъ правъ отъ дѣйствія давности проведены, въ общемъ, удовлетворительно. Недостаткомъ является отсутствіе общихъ нормъ объ уступкѣ старшинства.

7) Гл. I и II, касающіяся права собственности и правъ въ чужомъ имѣніи, не задаются цѣлью измѣнять матеріальное право, а желаютъ лишь приспособить дѣйствующее право къ вотчинной системѣ. Тѣмъ не менѣе, въ нихъ выставляются также и нормы матеріально-правового характера. Вниманія заслуживаютъ, въ частности, постановленія о вотчинныхъ выдачахъ, которыя, однако, лишены конструктивнаго базиса.

8) Одною изъ наименѣе удовлетворительныхъ частей проекта является гл. III, регулирующая договоры найма и продажи лѣса на срубъ. Стремясь къ улучшенію положенія нанимателя и покупщика лѣса, а также лицъ, пріобрѣтающихъ вотчинныя права въ обремененной недвижимости, проектъ выдвигаетъ понятіе „обязательственныхъ правъ съ вотчинными послѣдствіями“. Вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ своими постановленіями поддерживаетъ нежелательное съ точки зрѣнія народнаго хозяйства явленіе досрочныхъ арендныхъ платежей и покровительствуетъ сдѣлкамъ, приводящимъ къ уничтоженію лѣсовъ.

9) Современный залогъ представляетъ собою абсолютное право присвоенія, направленное на цѣнность недвижимости. Право это можетъ быть самостоятельнымъ или акцессорнымъ. Нѣтъ препятствій къ приведенію въ связь его съ качественно опредѣленными долями цѣнности недвижимости.

10) Редакціонная комиссія признаетъ залогъ правомъ вещнымъ и акцессорнымъ, но, при столкновеніи между выставляемыми ею принципами и интересами оборота, отказывается отъ послѣдовательнаго проведенія ихъ. Благодаря этому, получается возможность считать залогъ абсолютнымъ правомъ присвоенія, направленнымъ на цѣнность недвижимости.

11) По отношенію къ возникновенію залога, проектъ проводитъ принципъ внесенія. Правооснованіемъ внесенія являются договоръ и завѣщаніе, судебное рѣшеніе и распоряженіе нѣкоторыхъ публично-правовыхъ учрежденій. Законнаго залога не существуетъ. Возникновеніе залога, кромѣ того, обусловлено наличностью дѣйствительнаго обязательственнаго требованія. Если послѣднее еще не возникло, то запись о залогѣ исполняетъ функцію отмѣтки о предстоящемъ залогѣ.

12) По вопросу о прекращеніи залога, проектъ не выдерживаетъ принципа внесенія, а признаетъ непосредственное прекращеніе залога вслѣдствіе прекращенія требованія, причемъ залогъ возрождается въ случаѣ пріобрѣтенія его добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ до погашенія статьи о немъ. Статья же о погашеніи залога пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. И то и другое неудовлетворительно какъ съ конструктивной, такъ и съ практической точки зрѣнія.

13) Отрицая вотчинный долгъ, проектъ признаетъ оборотную и обезпечительную ипотеку, но послѣднюю признаетъ лишь въ формѣ принудительнаго и кредитнаго залога. Наряду съ этимъ выдвигаются поручительный и совокупный залогъ и залогъ доходовъ имѣнія. Въ этой области желательна болѣе полная и послѣдовательная система.

14) Проектъ не признаетъ ипотеки собственника и возлагаетъ ея функціи на отмѣтку о предстоящемъ залогѣ. Между тѣмъ, подобная отмѣтка противорѣчитъ принципамъ вещности и акцессорности залога не менѣе, чѣмъ современная ипотека собственника и, кромѣ того, она практически неудовлетворительна.

15) Опасаясь мобилизаціи недвижимости, редакціонная комиссія придала залоговому акту такую конструкцію, которая дѣлаетъ его мало пригоднымъ для цѣлей оборота. Въ частности, пріобрѣтатель акта недостаточно гарантированъ въ согласованности его съ вотчинной книгой.

16) Мало удовлетворительны нормы о цессіи залогового права. Въ частности, цессія актовая связана съ излишними формальностями, но тѣмъ не менѣе, не пользуется пуб-

19168

личной вѣрой. Напротивъ, полнаго одобренія заслуживаетъ отрицаніе бланковой цессіи.

17) Проектъ тщательно ограждаетъ интересы вѣрителя за время до наступленія срока требованія, защищая его какъ противъ фактическихъ распоряженій собственника, такъ и противъ заключаемыхъ послѣднимъ сдѣлокъ по имѣнію. Однако, мѣры эти, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ критиковъ проекта, не ведутъ къ „порабощенію собственника".

18) По вопросу объ искахъ вѣрителя, проектъ выдвигаетъ довольно сложную систему. Въ основѣ ея лежитъ мысль, что залоговой искъ имѣетъ главенствующее значеніе, а личный искъ имѣетъ характеръ лишь дополнительный. Но этотъ принципъ проводится только по отношенію къ оборотной ипотекѣ, вѣрителемъ по которой не является кредитное учрежденіе. По ипотекѣ же банковой допускается предъявленіе исключительно залогового иска, между тѣмъ какъ по ипотекѣ обезпечительной вѣрителю предоставляется свободный выборъ между исками залоговымъ и личнымъ. Далѣе, нѣкоторыя отступленія отъ основного принципа допускаются ст. 100 и 101,2. Сложность этой системы сама по себѣ является недостаткомъ. Кромѣ того, слѣдуетъ имѣть въ виду возможность злоупотребленій на почвѣ дополнительнаго предъявленія личнаго иска. Серьезныя опасенія долженъ вызывать также и искъ изъ ст. 100.

19) Въ виду недостатковъ, которыми страдаетъ проектъ ВУ., слѣдуетъ высказать пожеланіе, чтобы онъ былъ подвергнутъ тщательной переработкѣ. Можно, однако, признать, что предлагаемая проектомъ вотчинная система и въ настоящемъ своемъ видѣ стоитъ значительно выше нынѣ дѣйствующаго порядка укрѣпленія правъ въ недвижимости. Поэтому пріобрѣтеніе проектомъ силы закона даже безъ всякихъ дальнѣйшихъ улучшеній представляло бы собой крупную реформу.

К. Магнисенъ, Юрьевъ

№ 12
1390
XV 26279
Императорский
Московский археологический
музей

Положенія,

извлеченныя изъ диссертаціи профессора Императорскаго Юрьевскаго Университета Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговена:

„Матеріальное право проекта Вотчиннаго Устава",

т. I и II.

---

1) Введеніе вотчинной системы является настоятельной необходимостью въ интересахъ упорядоченія поземельнаго оборота и, въ частности, въ интересахъ упроченія поземельнаго кредита. Оно возможно внѣ зависимости отъ составленія кадастра.

2) Проектъ ВУ. 1907 г. покоится на общепризнанныхъ и испытанныхъ на практикѣ основныхъ принципахъ вотчинной системы. Однако, съ внѣшней стороны классификація основныхъ принциповъ, принятая проектомъ, не вполнѣ удовлетворительна. Таковыми являются лишь принципы внесенія и публичной вѣры вотчинной книги. Указанные же редакціонною комиссіей принципы спеціальности, старшинства и изъятія внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ отъ дѣйствія давности имѣютъ только вспомогательное значеніе, а принципъ безповоротности представляетъ собой лишь одно изъ проявленій публичной вѣры вотчинной книги.

3) Принципъ внесенія признается проектомъ въ такъ наз. относительной формѣ. Внесеніе конститутивнаго значенія не имѣетъ и вотчинное право возникаетъ только тогда, когда въ основаніи внесенія лежитъ дѣйствительный обязательственно-вещный договоръ. При этомъ характерною особенностью проекта является единство обряда внесенія.

4) Принципъ публичной вѣры выраженъ въ проектѣ не съ

I 12
1390.

Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лорингговенъ,
Профессоръ Императорскаго Юрьевскаго Университета.

Матеріальное Право Проекта Вотчиннаго Устава.

ТОМЪ II.

Залоговое право. Заключеніе.

XIV - 24261

Юрьевъ.
Типографія К. Маттисена.
1914.

Оттискъ изъ „Ученыхъ Записокъ Императорскаго Юрьевскаго Университета“.

Того же автора.

Вступленіе наслѣдника въ обязательства и права требованія наслѣдодателя по остзейскому праву, Юрьевъ 1905.

Die Schuldenhaftung der Erben nach den livländischen Rechtsbüchern, Weimar 1905.

Erbenhaftung und Beispruchsrecht, Weimar 1906.

Der Sukzessionsmodus des deutschen Erbrechts, Berlin 1908.

Наслѣдованіе въ крестьянской недвижимости по германскому праву, т. I, Историческія основы, Юрьевъ 1910.

Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости, С.-Петербургъ 1910.

Національность въ гражданскомъ правѣ и проектъ Гражданскаго Уложенія, С.-Петербургъ 1911.

Матеріальное право проекта Вотчиннаго Устава, т. I, Юрьевъ 1914.

Въ настоящую книгу вошли, въ болѣе или менѣе переработанномъ видѣ, слѣдующія статьи, напечатанныя уже ранѣе:

Система залоговыхъ правъ по проекту ВУ. — Юридическія Записки 1911, I.

Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости — Журналъ Министерства Юстиціи 1911, V, VI.

Отвѣтственность должника по залогу по проекту ВУ. — Вопросы Права 1911, II.

Обязательственные договоры въ проектѣ ВУ. — Вопросы Права 1912, I.

Право собственности и права въ чужомъ имѣніи въ проектѣ ВУ. — Вопросы Права 1912, IV.

Отвѣтственность заложеннаго имѣнія по проекту ВУ. — Юридическія Записки 1913, I/II.

Подготовка проекта ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, II, III.

Основныя начала вотчинной системы по проекту ВУ. — Журналъ Министерства Юстиціи 1913, III, IV.

Понятіе залога въ проектѣ ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, VI.

Залоговой актъ въ проектѣ ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, VII.

Возникновеніе и прекращеніе залога по проекту ВУ. — Сборникъ, посвященный памяти Г. Ф. Шершеневича.

Оглавленіе.

Залоговое право.

Понятіе залога.

I. Понятіе залога въ современномъ правѣ. Стр.

§ 48. Характеръ правъ вѣрителя 1
§ 49. Придаточность ипотеки 11
§ 50. Нормы BGB. и ZGB. 15

II. Понятіе залога въ проектѣ ВУ.

§ 51. Исходныя точки составителей проекта 18
§ 52. Вещность залога 21
§ 53. Придаточность залога 25
§ 54. Конструкція залога въ проектѣ ВУ. 32

Возникновеніе и прекращеніе залога.

I. § 55. Принципъ внесенія и залоговое право 37

II. Возникновеніе залога.

§ 56. Внесеніе статьи о залогѣ 46
§ 57. Правооснованіе внесенія 52
§ 58. Обезпечиваемое требованіе 61

III. Прекращеніе залога.

§ 59. Ст. 108—111 проекта ВУ. 70
§ 60. Оцѣнка нормъ проекта 82

Виды залога.

§ 61. Виды залога по BGB. и ZGB. 89
§ 62. Система проекта 99
§ 63. Оборотная ипотека 107
§ 64. Принудительный залогъ 115
§ 65. Кредитный залогъ 131
§ 66. Особые виды залога. 137
§ 67. Вотчинный долгъ 153
§ 68. Выводы 160

Стр.

Старшинство залоговыхъ правъ.

§ 69. Общія положенія 165
§ 70. Сохраненіе старшинства и ипотека собственника 175
§ 71. Сохраненіе старшинства по проекту 189

Залоговой актъ.

§ 72. Понятіе залогового акта 206
§ 73. Залоговой актъ и вотчинная книга 226

Уступка и закладъ залогового права.

§ 74. Уступка и закладъ по постановленіямъ проекта 243
§ 75. Форма актовой цессіи 253
§ 76. Бланковая цессія и акты на предъявителя . . 266
§ 77. Частные вопросы 274

Права кредитора по залогу.

§ 78. Содержаніе отд. 7 гл. IV 281
§ 79. Сдѣлки собственника 284
§ 80. Фактическія распоряженія собственника 300
§ 81. „Порабощеніе собственника-должника“ 307

Осуществленіе залогового права.

§ 82. Сущность залогового иска 312
§ 83. Объемъ залогового иска 324
§ 84. Объектъ взысканія 337
§ 85. Страховое вознагражденіе какъ объектъ взысканія 353
§ 86. Искъ изъ ст. 100 360
§ 87. Послѣдствія отчужденія заложенной недвижимости 370
§ 88. Иски залоговой и личный I. 384
§ 89. Иски залоговой и личный II. 394
§ 90. Личный искъ и публичная продажа 410
§ 91. Выводы 421

Заключеніе.

I. § 92. Общая оцѣнка проекта 425

II. Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости.

§ 93. Проблема мобилизаціи въ матеріалахъ къ проекту 429
§ 94. Понятіе и виды мобилизаціи 433
§ 95. Мѣры противъ мобилизаціи I. 441
§ 96. Мѣры противъ мобилизаціи II. 451
§ 97. Выводы 460

Залоговое право.

Понятіе залога.

I. Понятіе залога въ современномъ правѣ.

§ 48. Характеръ правъ вѣрителя.

Мобилизація мѣновой цѣнности недвижимости и введеніе ея въ оборотъ для цѣлей кредита мыслима, съ точки зрѣнія юридической конструкціи, двоякимъ путемъ. Можно, во-первыхъ, признать за извѣстнымъ лицомъ непосредственное право на реализуемую путемъ публичной продажи опредѣленную долю цѣнности недвижимости[1]). Можно, во-вторыхъ, привести въ связь такое право съ обязатель-

1) Какъ указано ниже въ текстѣ, рѣчь идетъ о долѣ, количественно опредѣленной. Но это никогда не будетъ долей квотативной, опредѣленной пропорціонально цѣнности недвижимости какъ цѣлаго, такъ какъ подобное опредѣленіе, благодаря невозможности установить заранѣе мѣновую цѣнность недвижимости въ моментъ публичной продажи, нарушало бы принципъ спеціальности. Съ другой стороны, разумѣется само собой, что практически право на долю цѣнности можетъ оказаться правомъ на всю мѣновую цѣнность, если именно сумма, которою опредѣляется въ моментъ публичной продажи послѣдняя, окажется равною суммѣ или ниже суммы, въ которой установлено обремененіе недвижимости. Въ виду этого было бы, пожалуй, точнѣе говорить не о правѣ на долю цѣнности недвижимости, но о правѣ на цѣнность, получаемую изъ реализованной путемъ публичной продажи цѣнности недвижимости. Однако, въ виду того, что случаи подобнаго рода являются болѣе или менѣе исключеніемъ, а также ради большей простоты и ясности изложенія, кажется позволительнымъ придерживаться терминологіи, употребляемой въ текстѣ.

ственнымъ требованіемъ, съ тѣмъ, чтобы его возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе находились въ болѣе или менѣе строгой зависимости отъ послѣдняго.

Въ первомъ случаѣ создается, по современной терминологіи, вотчинный долгъ, во-второмъ — ипотека или залоговое право въ тѣсномъ смыслѣ [1]). Само собой разумѣется, при этомъ, что отдѣльное положительное законодательство можетъ, сообразуясь съ потребностями оборота, какъ остановиться на одной изъ этихъ формъ, такъ и признать и ту и другую.

Но во всякомъ случаѣ право вѣрителя будетъ направлено именно на мѣновую цѣнность недвижимости [2]). Напротивъ, самая недвижимость, какъ тѣлесный объектъ, не представляетъ, съ этой точки зрѣнія, интереса.

Однако, это право должно быть поставлено въ строго опредѣленныя рамки. Не говоря даже о томъ, что при современной вотчинной системѣ каждое право, подлежащее внесенію въ вотчинную книгу, должно имѣть количественно

1) Подъ понятіе заголового права въ обширномъ смыслѣ подойдутъ, напротивъ, какъ вотчинный долгъ, такъ и ипотека. Такая терминологія принята швейцарскимъ уложеніемъ, пользующимся выраженіемъ Grundpfand для обозначенія обоихъ институтовъ, а также литературой германскаго права, между тѣмъ какъ само германское уложеніе избѣгаетъ пользоваться общимъ для вотчиннаго долга и для ипотеки терминомъ.

2) Достаточно извѣстно, что вопросъ о существѣ залогового права въ высокой степени споренъ. На почвѣ пандектнаго права споръ велся, главнымъ образомъ, о томъ, имѣетъ ли вѣритель по залогу вещное право или право требованія, направленное или противъ самой вещи или противъ собственника ея. Ср. по этому вопросу Dernburg, Pfandrecht II, S. 104 flg., Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 47 flg., а также курсы пандектнаго права. Въ русской литературѣ см. Звоницкій, О залогѣ, стр. 181 сл. Одержавшее верхъ первое изъ этихъ двухъ мнѣній должно быть признано господствующимъ и въ настоящее время, такъ какъ оно поддерживается большинствомъ писателей, высказавшихся по этому вопросу какъ для германскаго уложенія, такъ и для швейцарскаго. Въ противоположность къ нему за послѣднее время нарождается воззрѣніе на залоговое право какъ на право на цѣнность заложенной недвижимости. Это мнѣніе высказалъ впервые Bremer, Pfandrecht und

опредѣленный объемъ [1]), слѣдуетъ имѣть въ виду, кромѣ того, еще и то, что право на долю цѣнности не можетъ не обладать и качественною опредѣленностью. Необходимо привести въ связь каждый вотчинный долгъ и каждую ипотеку съ опредѣленною ступенью въ скалѣ обремененій, лежащихъ на данной недвижимости. Ибо каждая доля цѣнности имѣетъ свой специфическій вѣсъ въ зависимости отъ того, какое она занимаетъ мѣсто по порядку. Благодаря этому и экономическое значеніе права на долю цѣнности опредѣляется, именно, этимъ мѣстомъ.

При такомъ положеніи дѣла объективное право не можетъ не снабдить права на долю цѣнности недвижимости разъ навсегда опредѣленнымъ старшинствомъ, въ результатѣ чего какъ вотчинный долгъ, такъ и ипотека являются правомъ на количественно и качественно опредѣленную долю мѣновой цѣнности недвижимости.

Однако, по ходячему и господствующему мнѣнію, залогъ во всѣхъ своихъ видахъ является правомъ вещнымъ. Между тѣмъ сущность вещнаго права усматривается, какъ

Pfandobjekt, S. 62 flg., Hypothek und Grundschuld, S. 54 flg. Къ нему присоединились Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 52 flg., Substanzrecht und Wertrecht, Archiv f. ziv. Praxis 1901, S 155 flg., Bürgerliches Recht, Encyklopädie I, S. 615 flg., Crome, System III, S. 2 flg., 639 flg., Endemann, Lehrbuch II, 1[9], S. 700, 704, Bruns-Eck-Mitteis, Pandektenrecht, Kohlers Encyklopädie I, S. 353, Wieland, Sachenrecht, S. 288, Tuor, Das neue Recht, S. 462, 478. Къ приверженцамъ этого ученія слѣдуетъ отнести также Ihering, Geist des röm. Rechts III, 1, S. 216, N. 265 b и Windscheid, Pandekten I, S. 1012 ad N. 18. Не чуждъ ему и Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 851, 857, Schuld und Haftung, S. 25, 30, 33, отрицающій характеръ права на цѣнность лишь за залоговымъ правомъ германскаго, но признающій его за залоговымъ правомъ швейцарскаго уложенія. Ср. также Kuehnast, Untersuchung des Grundschuldbegriffes, S. 48 flg.. Klein, Verhandlungen des XXII Juristentages I, S. 441, Wolff, Sachenrecht, S. 44[1]. Нѣкоторые другіе приверженцы того же воззрѣнія указаны у Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 852 N. 6. Въ русской литературѣ къ этому мнѣнію присоединился Звоницкій, О залогѣ, стр. 173 сл., особ. стр. 245.

1) Въ силу принципа спеціальности — ср. выше, т. I, § 26, а также ниже, § 56.

извѣстно, въ томъ, что оно даетъ управомоченному лицу непосредственное господство надъ вещью[1]). При такомъ воззрѣніи, однако, логически немыслимо прикрѣплять залогъ къ опредѣленному разъ на всегда старшинству. И это тѣмъ болѣе, что залогъ, понимаемый какъ вещное право, вообще непосредственнаго отношенія къ цѣнности недвижимости не имѣетъ — онъ относится къ самой вещи и заключается въ правѣ владѣть ею и продать ее.

Не отрицая правильности такого взгляда для извѣстныхъ историческихъ фазисовъ развитія залогового права, слѣдуетъ, однако, сказать, что въ современномъ правѣ, съ отпаденіемъ права на владѣніе заложенною недвижимостью и съ превращеніемъ права продажи въ право требовать удовлетворенія путемъ продажи, совершаемой органами государственной власти, о господствѣ управомоченнаго лица надъ вещью говорить уже не приходится. Тутъ, напротивъ, съ полною ясностью выступаетъ характеръ залога какъ права на цѣнность вещи. И вмѣстѣ съ тѣмъ, становится окончательно неизбѣжнымъ установленіе количественной и качественной опредѣленности права.

Но если, въ виду этого, нельзя уже признавать залоговое право правомъ вещнымъ, то естественно возникаетъ вопросъ, какимъ же оно обладаетъ характеромъ.

Отвѣтъ, очевидно, можетъ быть только одинъ: залоговое право есть право абсолютное[2]). Оно имѣетъ силу по отно-

1) Съ особой опредѣленностью формулируется это воззрѣніе въ BGB. Motive III, S. 6. См. также Regelsberger, Pandekten I, S. 199 flg. Ср. по этому поводу сказанное о возможности двоякаго представленія о сущности вещныхъ правъ у Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 259.

2) Существованіе подобной категоріи правъ, охватывающей также и права вещныя, не можетъ быть подвержено сомнѣнію, хотя ею и пользуются далеко не всѣ писатели. Но ср. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe II, S. 179 flg., Windscheid, Pandekten I, S. 149, Endemann, Lehrbuch I, S. 10 flg., Crome, System I, S. 166 flg. См. также Wieland, Sachenrecht, S. 288. Въ русской литературѣ оперируютъ этой категоріей

шенію ко всѣмъ лицамъ, соприкасающимся со сферой правъ управомоченнаго лица. И нельзя не отмѣтить особо, что абсолютность права, направленнаго на долю цѣнности и сопряженнаго съ опредѣленнымъ старшинствомъ, проявляется безусловно, внѣ зависимости отъ правъ предыдущихъ или послѣдующихъ.

Однако, установленныя до сихъ поръ характерныя черты залогового права — абсолютность и направленіе на долю цѣнности — еще не опредѣляютъ въ достаточной мѣрѣ его содержанія. Онѣ указываютъ, съ одной стороны, на отношенія между управомоченнымъ и третьими лицами, съ другой — на результатъ, къ достиженію котораго направлено право залога. Но онѣ ничего не говорятъ о содержаніи права. Между тѣмъ, именно эта сторона вопроса является въ настоящее время наименѣе выясненной.

Затрагиваемая тутъ проблема можетъ быть формулирована вопросомъ: слѣдуетъ ли считать собственника обремененной недвижимости должникомъ по залогу или имѣется самостоятельное обремененіе недвижимости, хотя бы и поставленное въ зависимость отъ обязательственнаго требованія?

Каждое изъ этихъ воззрѣній нашло рядъ представителей въ литературѣ, при чемъ отдѣльныя, высказываемыя по этому поводу мнѣнія отличаются другъ отъ друга немалымъ числомъ различныхъ оттѣнковъ[1]). Однако, если исходить изъ того понятія о залогѣ, которое отражается въ новѣйшемъ современномъ правѣ, и если оставлять въ сторонѣ нѣкоторыя, маловажныя уклоненія, которыя, къ тому же,

и подводятъ подъ нее, въ частности, залоговое право Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 239 сл., Звоницкій, О залогѣ, стр. 212 сл.

1) Краткое сопоставленіе высказанныхъ по этому вопросу мнѣній даетъ Wolff, Sachenrecht, S. 449 flg., болѣе подробное, хотя и лишь въ примѣненіи къ вотчинному долгу — Puntschart, Der Grundschuldbegriff, S. 35 flg.

имѣютъ прежде всего терминологическій характеръ [1]), то несомнѣнно приходится сказать, что залогъ, какъ въ формѣ вотчиннаго долга, такъ и въ формѣ ипотеки, является непосредственнымъ и самостоятельнымъ обремененіемъ недвижимости, не проходящимъ черезъ медіумъ собственника.

А если это такъ, то абсолютное право на цѣнность заложенной недвижимости, каковымъ является залоговое право, пріобрѣтаетъ вполнѣ опредѣленный характеръ: оно должно быть отнесено къ категоріи правъ присвоенія [2]).

Что подобная категорія правъ существуетъ въ современномъ правѣ, въ этомъ сомнѣнія быть не можетъ, хотя она принимается во вниманіе лишь сравнительно небольшимъ числомъ писателей. Но подъ нее подводились до сихъ поръ только права, направленныя на присвоеніе самой тѣлесной вещи [3]). А такъ какъ эти права въ результатѣ приводятъ къ установленію непосредственнаго господства надъ данною вещью, то принято считать и ихъ правами вещными, несмотря на то, что такая квалификація не вполнѣ точна: самое право присвоенія, какъ таковое, не проявляется въ господствѣ надъ вещью. Слѣдовательно, было бы правильнѣе считать право присвоенія правомъ не вещнымъ, а абсолютнымъ.

Однако, наряду съ правами присвоенія, направленными

1) Объ этомъ см. ниже, § 50.

2) Категорія правъ присвоенія имѣла большое значеніе для древне-германскаго права, см. напр., Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 1, S. 80, Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 601 flg. Въ современномъ правѣ это значеніе безспорно весьма уменьшилось, но далеко не утратилось, хотя о правахъ присвоенія въ литературѣ или вовсе не упоминаютъ, или упоминаютъ лишь мимоходомъ. Ex professo настаиваютъ на необходимости сохраненія этой категоріи Stobbe-Lehmann и Gierke въ указанныхъ сочиненіяхъ.

3) По древне-германскому праву сюда относились прежде всего право ретракта и право родового и сосѣдскаго выкупа, а по современному праву — т. наз. вещное право преимущественной покупки и возникающее изъ права на разработку нѣдръ земли (ср. проектъ ВУ. 24, 2) право на ископаемыя. Ср. выше, т. I, стр. 235, прим. 4.

на самую вещь, слѣдуетъ поставить право присвоенія, направленное на цѣнность вещи. Въ самомъ дѣлѣ, таковымъ, именно, является залоговое право. Ибо искъ изъ залогового права въ современномъ правѣ направленъ на допущеніе публичной продажи [1]). А если съ формальной точки зрѣнія цѣлью залогового права является производство публичной продажи, то съ матеріальной ею является, безспорно, присвоеніе опредѣленной доли цѣнности недвижимости.

Подобная конструкція залогового права совпадаетъ, по своему результату, съ тѣми конструкціями, которыя исходятъ изъ воззрѣнія на залоговое право, какъ на непосредственное обремененіе недвижимости. Она отличается отъ нихъ тѣмъ, что опредѣляетъ содержаніе и сущность разсматриваемаго права, не ограничиваясь однимъ выясненіемъ средствъ и результатовъ его осуществленія [2]).

Напротивъ, эта же конструкція становится въ рѣзкое противорѣчіе со всѣми теоріями, признающими такъ или иначе наличность обязанности собственника, безразлично, считается ли эта обязанность долгомъ его въ смыслѣ современнаго права, или же въ смыслѣ германистическаго понятія Schuld въ противоположность понятію Haftung. И нельзя не отмѣтить, что тенденція конструировать залоговое право, именно, при помощи понятій Schuld и Haftung проявляется за послѣднее время все сильнѣе, такъ что, пожа-

1) Вопросъ о томъ, на что, въ сущности, направлено petitum кредитора и какъ оно должно быть формулировано, довольно споренъ въ литературѣ. Сказанное въ текстѣ отвѣчаетъ мнѣнію, которое, кажется, можно считать господствующимъ — см. Kober, Sachenrecht ad 1147, III, 2, S. 799 flg., гдѣ и приведена главнѣйшая литература. Ср., кромѣ того, Wolff, Sachenrecht, S. 490 flg.

2) Мимоходомъ и безъ обоснованія уже Виндшейдъ назвалъ современное залоговое право правомъ на присвоеніе опредѣленной доли цѣнности вещи — „Recht auf Aneignung eines bestimmten Teils des Vermögenswerts einer Sache“ — Pandekten I, § 225 ad Anm. 18. Predari, Grundbuchordnung, S. 217 повторяетъ этотъ тезисъ.

луй, уже приходится признавать построенную на этомъ базисѣ конструкцію господствующею [1]).

Въ задачи настоящаго труда не входитъ полемика ни вообще съ высказанными въ литературѣ мнѣніями, ни, въ частности, съ послѣднимъ изъ упомянутыхъ. Но въ виду той роли, какую играетъ оно, все же кажется умѣстнымъ указать, хотя бы вкратцѣ, на то, что оно въ современномъ дѣйствующемъ правѣ не имѣетъ почвы. Сами ея приверженцы признаютъ, что не можетъ быть рѣчи о сознательномъ использованіи понятій Schuld и Haftung въ современномъ законодательствѣ [2]). Если же наиболѣе крупный представитель этого воззрѣнія утверждаетъ [3]), что всякая отвѣтственность логически предполагаетъ наличность долга и что поэтому признаніе вещнаго долга, отвѣчающаго праву залогового кредитора на удовлетвореніе, является необходимымъ, то приходится возразить, во-первыхъ, что при конструкціи залогового права, какъ права присвоенія, подобной необходимости, очевидно, не существуетъ. Во-вторыхъ же, нельзя не замѣтить, что этотъ вещный долгъ представляетъ собой ни что иное, какъ вспомогательную конструкцію, нисколько не выясняющую разсматриваемой проблемы. Ибо вещный долгъ ни въ чемъ не проявляетъ своего существованія: современнымъ правомъ не признается ни иска, ни какого либо другого средства, при помощи котораго можно было бы заставить должника исполнить этотъ долгъ. Все сводится къ залоговому иску, цѣлью котораго является реализація цѣнности недвижимости въ видахъ удовлетворенія изъ нея управомоченнаго лица [4]).

1) Въ русской литературѣ этотъ вопросъ затронутъ у Базанова, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 375 сл.

2) Ср. v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, S. 12 flg.

3) Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 852 flg.

4) Два новѣйшихъ изслѣдователя этого вопроса, оперирующіе также понятіями Schuld и Haftung, стараются избѣжать вытекающихъ изъ такого положенія дѣлъ затрудненій и, тѣмъ не менѣе, выполнить нѣсколько

Болѣе вѣса можно было бы признать за другимъ возраженіемъ, которое опиралось бы на воззрѣнія практической жизни [1]). Дѣло въ томъ, что при принятой здѣсь конструкціи нѣтъ обязанности собственника совершать уплату по лежащему на недвижимости обремененію. Если же онъ производитъ ее, то онъ лишь осуществляетъ предоставленное ему право съ цѣлью избѣжанія публичной продажи недвижимости. И вотъ по этому поводу можно указать на то, что ни одинъ собственникъ не смотритъ на совершаемую имъ уплату иначе, какъ на исполненіе болѣе или менѣе тяжкой обязанности. А съ другой стороны, ни одинъ вѣритель не видитъ существа своего права въ возможности требовать продажи недвижимости съ тѣмъ, чтобы получить долю ея цѣнности. Напротивъ, управомоченный желаетъ получить проценты и капиталъ отъ собственника. Публичная же продажа недвижимости, въ глазахъ его, представляетъ лишь послѣднее средство, примѣненіе котораго умѣстно

инымъ путемъ будто бы логически необходимое требованіе установленія связи между долгомъ и отвѣтственностью. А именно, Puntschart, Der Grundschuldbegriff, S. 110 flg., конструируетъ понятіе чистаго долга, отвлеченнаго какъ отъ правооснованія, такъ и отъ личности должника, которому со стороны управомоченнаго отвѣчаетъ чистое право на полученіе („eine reine, von Schuldgrund und Person des Schuldners losgelöste und in diesem Sinne „unpersönliche“ Schuld, der ein reines Bekommensollen gegenübersteht“). v. Schwerin, Schuld und Haftung im geltenden Recht, S. 24 flg., напротивъ, выставляетъ понятіе вѣрительскаго долга безъ должника (Gläubigerschuld), которое сводится къ праву на полученіе (Bekommen-Sollen). Обѣ эти конструкціи едва ли могутъ быть признаны удачными. Онѣ не только въ высокой степени искусственны, но страдаютъ, кромѣ того, внутреннимъ противорѣчіемъ. Ибо что же такое есть долгъ безъ должника или вѣрительскій долгъ? Вѣдь, въ сущности, именно такія конструкціи являются ни чѣмъ инымъ, какъ признаніемъ, что для конструкціи современнаго залога понятіе долга въ германистическомъ смыслѣ не можетъ принести пользы. Впрочемъ, если оставить въ сторонѣ терминологію, которою пользуются оба эти автора, то трудно отрицать, что по существу дѣла они очень близки къ воззрѣнію, высказываемому въ текстѣ. Ихъ чистый или вѣрительскій долгъ, ихъ право на полученіе есть ни что иное, какъ, именно, право присвоенія цѣнности обремененной недвижимости.

1) Ср. Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 166 flg.

только въ случаѣ упорнаго неисполненія собственникомъ своихъ обязанностей.

Трудно спорить противъ того, что соотвѣтствующая такому воззрѣнію конструкція de lege ferenda мыслима, хотя съ другой стороны и нельзя не отмѣтить, что ея достоинства были бы довольно сомнительны. Въ случаѣ усвоенія ея, приходилось бы признать особый искъ управомоченнаго къ собственнику, содержаніемъ котораго являлось бы требованіе уплаты. Въ случаѣ же безуспѣшности этого иска, слѣдовало бы или направить взысканіе на недвижимость, т. е. приступить къ публичной продажѣ, или же предъявить особый искъ о признаніи допустимости публичной продажи. Другими словами, достигался бы тотъ же самый результатъ, но лишь обходнымъ и притомъ болѣе сложнымъ путемъ. Иное положеніе создалось бы, разумѣется, если бы признать наличность личнаго долга собственника и допустить вслѣдствіе того взысканіе съ его движимаго имущества. Но объ этомъ, очевидно, и рѣчи быть не можетъ [1]).

Въ виду этого остается лишь сказать, что изложенное только что возраженіе покоится на явномъ недоразумѣніи. Оборотъ нуждается въ непосредственномъ обремененіи недвижимости, не проходящемъ черезъ медіумъ собственника. Таковое и предоставляется въ его распоряженіе объективнымъ правомъ съ тѣмъ, однако, что собственнику дается возможность отстранить осуществленіе правъ управомоченнаго лица путемъ уплаты. Если же учиненіе уплаты является для собственника тягостнымъ, то оно отъ этого еще не превращается изъ права въ обязанность. Съ чисто субъективной точки зрѣнія уплата, безспорно, является жертвой, приносимой собственникомъ, но приносимой ради избѣжанія потерь болѣе чувствительныхъ въ матеріальномъ или нравственномъ отношеніи. Но къ принесенію этой жертвы собственникъ ничуть не обязанъ. И если онъ отождествляетъ экономическую или нравственную необходимость жертвы съ правовою обязанностью, то подобное субъективное отношеніе къ данному вопросу никоимъ образомъ не можетъ измѣнить объективнаго положенія дѣла. Равнымъ образомъ, за субъективнымъ воззрѣніемъ управомоченнаго не можетъ быть признано рѣшающаго значенія. Онъ имѣетъ право присвоить себѣ путемъ публичной продажи цѣнность недвижимости. Если онъ будетъ разсчитывать на то, что собственникъ предупредитъ осуществленіе его права добровольною уплатой, не имѣя, однако, никакихъ средствъ принудить его къ этому, то и его воззрѣнія остаются въ области чисто субъективной. Строить на нихъ какіе бы то ни было объективные выводы, очевидно, недопустимо.

1) Въ противномъ случаѣ пришлось бы уничтожить понятіе вотчиннаго долга и отказаться, насколько дѣло идетъ объ ипотекѣ, отъ проведенія грани между личнымъ искомъ изъ обязательственнаго требованія и вещнымъ искомъ изъ ипотеки. А это логически немыслимо и привело бы, кромѣ того, и къ практически недопустимому результату тогда, когда собственникъ недвижимости не является личнымъ должникомъ.

§ 49. Придаточность ипотеки.

Итакъ, и вотчинный долгъ, и ипотека являются непосредственнымъ обремененіемъ недвижимости, въ силу котораго за управомоченнымъ лицомъ признается абсолютное право присвоенія количественно и качественно опредѣленной доли цѣнности недвижимости. Однако, уже выше было указано на то, что характерная черта ипотеки въ противоположность вотчинному долгу состоитъ въ томъ, что заключающееся въ ней обремененіе недвижимости приводится въ связь съ обязательственнымъ требованіямъ. При этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что эта связь можетъ быть болѣе или менѣе тѣсная. Мыслимо, что за нею признается абсолютная сила и что она не прерывается ни при какихъ условіяхъ. Другими словами, залогъ въ такомъ случаѣ получаетъ строго придаточный или акцессорный характеръ.

Но мыслимо также и нѣчто иное. А именно, потребности оборота могутъ привести къ признанію нѣкоторой самостоятельности за залоговымъ правомъ. Можетъ показаться желательнымъ поставить право по ипотекѣ на болѣе твердую почву, чѣмъ та, каковою можетъ являться обязательственное требованіе. Выражаясь конкретно, въ интересахъ оборота можетъ появиться необходимость обезпечить въ большей мѣрѣ формальную дѣйствительность ипотеки. Эта цѣль можетъ быть достигнута путемъ подчеркиванія вотчиннаго элемента, другими словами, тѣмъ, что дѣйствительность ипотеки ставится въ зависимость уже не отъ личнаго требованія, а отъ показаній вотчинной книги. Ясно, что, благодаря этому, принципъ акцессорности отступаетъ на второй планъ передъ принципомъ публичной вѣры вотчинной книги, между тѣмъ какъ при придаточной ипотекѣ замѣчается противоположное явленіе, т. е. оттѣсненіе принципа публичной вѣры принципомъ акцессорности.

Однако, необходимо имѣть въ виду, что принципъ акцессорности самъ по себѣ сохраняется. Это иначе и быть не можетъ при тѣхъ исходныхъ точкахъ, которыя лежатъ въ основаніи конструкціи ипотеки. Лишь при столкновеніи между нимъ и принципомъ публичной вѣры, ему приходится уступать. Съ другой же стороны, вслѣдствіе именно такого соотношенія между двумя принципами, третій добросовѣстный пріобрѣтатель правъ по ипотекѣ не подверженъ возраженіямъ, основывающимся на обязательственномъ правоотношеніи, насколько эти возраженія не явствуютъ изъ вотчинной книги, т. е. насколько они не поставлены, въ свою очередь, подъ дѣйствіе принципа публичной вѣры. Благодаря этому, разсматриваемый видъ ипотеки, — извѣстный подъ названіемъ оборотной ипотеки въ противоположность ипотекѣ акцессорной, придаточной или обезпечительной — приближается по своей конструкціи къ вотчинному долгу. Разъ онъ возникъ, то онъ можетъ существовать независимо отъ обязательственнаго требованія, покоясь исключительно на записи въ вотчинной книгѣ. Въ виду этого было бы даже мыслимо утвержденіе, что имѣется полное совпаденіе оборотной ипотеки съ вотчиннымъ долгомъ, если бы не одно обстоятельство: оттѣсненіе акцессорности происходитъ только въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя ипотеки. Оно, слѣдовательно, не имѣетъ абсолютнаго характера.

Такимъ образомъ оказывается, что оборотная ипотека сама по себѣ акцессорна такъ же, какъ ипотека обезпечительная. Но, благодаря дѣйствію принципа публичной вѣры вотчинной книги, а въ частности, благодаря легитимаціи къ распоряженію лица, внесеннаго въ качествѣ управомоченнаго [1]), по отношенію къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю, связь ипотеки съ требованіемъ можетъ прекратиться, въ виду чего оборотная ипотека при извѣстныхъ условіяхъ превращается въ вотчинный долгъ [2]).

Въ связи съ этимъ можно, впрочемъ, отмѣтить еще и то, что при изложенномъ взглядѣ на сущность залога исчезаютъ и тѣ конструктивныя затрудненія, которыя связаны съ институтомъ ипотеки собственника. Этотъ институтъ появился, какъ извѣстно, на почвѣ стараго взгляда на залогъ,

1) Ср. выше т. I, § 22.

2) Это, впрочемъ, вопросъ, довольно спорный въ литературѣ. Изложеннаго въ текстѣ мнѣнія придерживается Wolff, Sachenrecht, S. 455, 483 flg. То же самое приходится сказать о Kober, Sachenrecht ad 1113, I, 2, S. 676 flg., Maenner, Sachenrecht, S. 364, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II, S. 1 flg., 6, 85 flg., Hachenburg, Vorträge, S. 508, 510, 534, 537 flg. Очень близки къ тому же мнѣнію Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 880, 884, Crome, System III, S. 650 flg., Endemann, Lehrbuch II, 2, S. 717 flg., 725 flg., 730 flg. Нѣкоторые другіе писатели, напротивъ, утверждаютъ, что зависимость ипотеки отъ обязательственнаго требованія сохраняется принципіально, хотя и они не отрицаютъ, что акцессорность подвержена ослабленіямъ, благодаря особымъ условіямъ вотчинной системы. Сюда относятся v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, S. 107 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 736. Послѣдній, при этомъ настаиваетъ на томъ, что германское уложеніе „сохранило, съ точки зрѣнія юридической конструк-

какъ на право вещное, и преслѣдовалъ, прежде всего, цѣль воспрепятствовать движенію послѣдующихъ ипотекъ при отпаденіи предыдущихъ. При помощи его достигался обходнымъ путемъ экономически желательный результатъ, при чемъ, однако, допускалось очевидное противорѣчіе самому понятію залогового права, какъ права акцессорнаго. И вмѣстѣ съ тѣмъ была создана почва для безконечныхъ споровъ о сущности ипотеки собственника.

Если же признавать залогъ правомъ на качественно и количественно опредѣленную долю цѣнности, то нѣтъ уже необходимости пользоваться подобнымъ обходнымъ путемъ. Съ отпаденіемъ ипотеки [1]), освободившаяся доля цѣнности имѣнія переходитъ въ распоряженіе собственника и о движеніи младшихъ ипотекъ рѣчи быть не можетъ. Затрудненій же къ признанію за собственникомъ, наряду съ правомъ собственности въ самой недвижимости, еще и права на распоряженіе опредѣленною долей ея цѣнности, изъятой изъ сферы власти вѣрителей, не можетъ встрѣтиться, очевидно, даже со стороны противниковъ понятія права въ собственной вещи.

ціи, акцессорную природу ипотеки". Но онъ же оговаривается, что акцессорность поддерживается лишъ при помощи легальной фикціи. Близко къ Дернбургу стоятъ Turnau- Förster, Liegenschaftsrecht I, S. 726: признавая акцессорность, они отказываютъ ей, однако, въ практическомъ значеніи. Впрочемъ, не лишено, пожалуй, интереса сопоставленіе съ высказанными въ литературѣ воззрѣніями мнѣнія редакторовъ германскаго уложенія. На вопросъ объ акцессорности ипотеки обратила вниманіе въ особенности вторая комиссія — см. BGB. Protokolle III, S. 538 flg. Меньшинство комиссіи признавало акцессорный характеръ ипотеки, хотя и оно не отрицало, что „историческое развитіе повело къ нѣкоторымъ отступленіямъ отъ этого принципа". Большинство же пошло значительно дальше и утверждало, что ипотека „освободилась въ рядѣ случаевъ отъ своего акцессорнаго характера". Въ другомъ мѣстѣ (l. c., S. 623) указывается еще на и то, что, ипотека можетъ существовать также и независимо отъ обязательственнаго требованія. Послѣднее „имѣетъ лишь то значеніе, что оно легитимируетъ вѣрителя.".

1) Само собой разумѣется, что это относится равнымъ образомъ къ случаю, когда внесенная въ вотчинную книгу ипотека не возникла вслѣдствіе недѣйствительности обязательственнаго требованія.

При такомъ положеніи дѣла можно было бы даже утверждать, что нѣтъ никакой необходимости въ сохраненіи института ипотеки собственника. На его мѣсто могло бы поступить право распоряженія свободною долей цѣнности и всѣ тѣ многочисленные случаи, въ которыхъ, напр., германское уложеніе признаетъ возникновеніе ипотеки собственника, разрѣшатся гораздо проще и логичнѣе. Но нельзя не имѣть въ виду, что практическія соображенія дѣлаютъ, тѣмъ не менѣе, желательнымъ сохраненіе ипотеки собственника. А именно, при превращеніи отпавшихъ ипотекъ въ свободныя мѣста, утилизированіе данной доли цѣнности предполагаетъ установленіе новаго залога, между тѣмъ какъ при превращеніи ея въ ипотеку собственника достаточно обыкновенной ея цессіи. Въ виду этого обстоятельства, не приходится возражать противъ сохраненія разсматриваемаго института. Но необходимо имѣть, при этомъ, въ виду, что дѣло идетъ не о какомъ либо особомъ видѣ ипотеки, а лишь объ особой, признанной ради чисто практическихъ цѣлей формѣ свободнаго мѣста, находящагося въ распоряженіи собственника [1]).

§ 50. Нормы BGB. и ZGB.

Вотъ къ чему сводится сущность залога въ обширномъ смыслѣ слова по современному праву. Правда, предыдущее изложеніе стремилось выяснить, главнымъ образомъ, тѣ основныя идеи, которыя кроятся въ этомъ институтѣ. Благодаря этому, оно претендуетъ на значеніе, прежде всего, de lege ferenda. Но оно, тѣмъ не менѣе, не имѣетъ отвлеченнаго характера, а напротивъ, всецѣло опирается на два новѣйшихъ уложенія, т. е. на германское и швейцарское. Съ

---

1) Конструкцію, весьма сходную съ изложенной въ текстѣ, выставляетъ Endemann, Lehrbuch I, S. 733 flg., при чемъ онъ, однако, подчеркиваетъ отрицательную функцію ипотеки собственника (Ausschliessungsrecht) и отклоняетъ воззрѣніе на залогъ какъ на право, направленное лишь на опредѣленную долю цѣнности имѣнія.

другой стороны, нельзя, правда, отрицать, что редакторы германскаго уложенія принципіально избрали другую исходную точку: они признавали залоговое право правомъ вещнымъ, простирающимся на всю заложенную недвижимость [1]). Однако, это воззрѣніе въ самомъ уложеніи не выдержано. Напротивъ, въ результатѣ получается не только абсолютное право на цѣнность [2]), но, съ практической точки зрѣнія, именно, право на количественно и качественно разъ навсегда опредѣленную долю цѣнности [3]). Что же касается самаго содержанія этого права, то трудно сомнѣваться въ томъ, что оно есть право присвоенія или, выражаясь иначе, что залогъ является непосредственнымъ обремененіемъ недвижимости, не проходящимъ черезъ медіумъ собственника [4]). Равно не

1) Motive III, S. 204, ср. 603, 737.

2) Это слѣдуетъ сказать въ виду того, что германское уложеніе не признаетъ за кредиторомъ никакого права на господство надъ вещью, а напротивъ, лишь на удовлетвореніе путемъ публичной продажи — BGB. 1147.

3) Такой результатъ достигается при помощи ипотеки собственника или вотчиннаго долга собственника, возникающихъ въ силу закона, именно, съ цѣлью воспрепятствовать нарушенію качественной опредѣленности залогового права — ср. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 857 flg., 919 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 720 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 511 flg., Kober, Sachenrecht ad 1163, S. 845 flg. Ср. также сказанное по этому поводу въ трудѣ, замѣчательномъ, именно, тѣмъ, что въ немъ тщательно принимается во вниманіе то развитіе, которое получило германское ипотечное право на практикѣ въ виду господствующихъ экономическихъ условій — Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 56 flg.: „Der gesetzliche Grundsatz vom Aufrücken der nachstehenden Hypothekare ist hiernach praktisch fast ganz beseitigt. Es bleibt, abgesehen von einer Löschung, die der Eigentümer selbst bewilligt, hauptsächlich der Fall der mangelnden Einigung über die Begründung der Hypothek. Aber auch wenn hier der Nachstehende im Hinblick auf die Nichtigkeit der vorgehenden Belastung zunächst aufrückt, so entsteht doch die Frage, ob er nicht im Hinblick auf die zwischen ihm und dem Eigentümer getroffene Abrede nach Treu und Glauben dem Eigentümer gegenüber als verpflichtet angesehen werden muss, wieder zurückzutreten. Der Regel nach wird diese Frage bejaht werden müssen . . . .“

4) О кажущихся отступленіяхъ германскаго уложенія отъ этого принципа, имѣющихъ, однако, лишь терминологическій характеръ, см. Wolff, Sachenrecht. S. 452 flg. Ср. впрочемъ также Müller-Erzbach, Relativität der Begriffe, Jherings Jahrbücher 1912, 4/6, S. 354 о картинныхъ выраженіяхъ въ законодательствѣ. Въ качествѣ примѣра приводится BGB. 1113, говорящая, что слѣдуетъ платить опредѣленную сумму изъ недвижимости („eine bestimmte Geldsumme . . . . aus dem Grundstück zu zahlen ist“). Лишь изъ ст. 1147 можно усмотрѣть, въ чемъ заключается истинный смыслъ этого оборота: вѣритель получаетъ удовлетвореніе путемъ публичной продажи. — Въ русской литературѣ эта сторона вопроса затронута у Базанова, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 393 сл. и у Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 194 сл., 243 сл., причемъ первый изъ нихъ защищаетъ точку зрѣнія, принятую въ текстѣ, между тѣмъ какъ второй признаетъ наличность обязанности собственника обремененной недвижимости.

приходится сомнѣваться въ томъ, что соотношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и ипотекой по германскому уложенію совершенно совпадаетъ съ изложенною выше конструкціей [1]).

Что же касается уложенія швейцарскаго, то тутъ позволительно говорить уже о полномъ совпаденіи его легальной конструкціи съ изложенною выше. Его залоговое право даже по воззрѣнію самихъ редакторовъ уложенія является правомъ на количественно и качественно опредѣленную долю цѣнности недвижимости [2]). Никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ и вопросъ о соотношеніи между залогомъ и обязательственнымъ требованіемъ [3]). И единственное затрудненіе получается благодаря нѣкоторымъ не совсѣмъ удачнымъ оборотамъ, намекающимъ на имѣющееся будто бы признаніе

1) Ср. приведенную выше, стр. 13 прим. 2, литературу по вопросу объ акцессорности ипотеки.

2) ZGB. 813, Erläuterungen III, S. 187, 245 flg. Ср. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 858, Wieland, Sachenrecht ad 813, Tuor, Das neue Recht, S. 477 flg., Rümelin, Der Vorentwurf zu einem ZGB., S. 123 flg. Достойно вниманія, впрочемъ, то, что по швейцарскому уложенію, ст. 815, въ противоположность германскому BGB. 1177, 1197, въ случаѣ публичной продажи ипотека или вотчинный долгъ собственника, а равно свободныя мѣста въ скалѣ обремененій не принимаются въ соображеніе. Объясняется это, очевидно, нежеланіемъ составителей ZGB. признавать за личными вѣрителями собственника преимущество передъ залоговыми.

3) ZGB. 824, 842, 866. Ср. Wieland, Sachenrecht, S. 286 flg., 289 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 484 flg., Rümelin, der Vorentwurf, S. 124 flg.

обязанностей собственника обремененной недвижимости [1]). Но это обстоятельство не оказало вліянія на существо права, которое, напротивъ, и тутъ является чистымъ правомъ присвоенія [2]). Въ виду этого вполнѣ допустимо считать упомянутые обороты лишь редакціонными промахами, неизбѣжными даже въ уложеніи столь высокаго достоинства, какимъ является уложеніе швейцарское.

При такомъ положеніи дѣла, едва ли будетъ слишкомъ смѣлымъ утвержденіе, что новѣйшимъ законодательствамъ удалось окончательно развить и установить понятіе залога, возбуждавшее горячіе споры въ продолженіе столь долгаго времени.

II. Залогъ въ проектѣ ВУ.

§ 51. Исходныя точки составителей проекта.

Къ сожалѣнію, нельзя не сказать съ самого начала, что составители проекта были далеки отъ сознательнаго построенія залога на основаніи современныхъ идей. Это относится, прежде всего, къ редакціонной комиссіи. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо признать, что именно ее приходится винить въ этомъ меньше всего. Въ то время, когда она приступала къ работѣ, господствующее въ наукѣ мнѣніе еще вовсе не было склонно признавать залоговое право тѣмъ, что оно есть т. е. абсолютнымъ правомъ на цѣнность вещи. Въ то

1) Ср. ZGB. 795, говорящую о Zinspflicht, 851 — о Schuldner по вотчинному долгу, 861 — объ обязанности должника по оборотной ипотекѣ и вотчинному долгу совершать уплату въ мѣстѣ жительства вѣрителя.

2) Это неизбѣжно вытекаетъ изъ того, что единственнымъ искомъ управомоченнаго является залоговой искъ о производствѣ публичной продажи. Wieland, Sachenrecht, S. 290, правда, настаиваетъ на признаніи особаго вещнаго долга собственника. Но такъ какъ онъ никакихъ самостоятельныхъ аргументовъ въ пользу этого мнѣнія не приводитъ, а опирается всецѣло на литературу германскаго права, то, въ опроверженіе его мнѣнія достаточно ссылки на сказанное по этому вопросу выше, въ § 48.

время не могъ даже считаться законченнымъ споръ о вещномъ или обязательственномъ характерѣ залога, а въ пользу новой теоріи раздавались лишь отдѣльные голоса, оставшіеся, повидимому, совершенно неизвѣстными редакціонной комиссіи. Намѣчавшіеся же въ законодательствѣ нѣкоторыхъ германскихъ территорій зачатки современнаго построенія залога были теоретически еще недостаточно разработаны.

Слѣдуетъ добавить, что и наше дѣйствующее гражданское право не представляло благопріятнаго базиса для смѣлыхъ новыхъ построеній. Достаточно извѣстно, что нормировка залогового права въ X томѣ далеко неудовлетворительна и что, въ частности, даже вещный — по господствующей терминологіи — характеръ его подвергается сомнѣнію. При такихъ условіяхъ болѣе чѣмъ понятно, что комиссія, находясь, къ тому же, подъ вліяніемъ западно-европейскихъ научныхъ теченій, обратила вниманіе, прежде всего на эту сторону дѣла и пожелала установить въ первую голову, что залоговое право есть, именно, право вещное. Это было необходимо не только въ теоретическихъ видахъ, но еще въ большей степени для того, чтобы дать собственнику заложенной недвижимости возможность распоряжаться своимъ имѣніемъ.

Но въ работахъ комиссіи замѣчается, кромѣ того, по нѣкоторымъ вопросамъ уже сознательное стремленіе къ извѣстной осторожности. Это обстоятельство равно помѣшало введенію въ проектъ мыслей, которыя въ то время могли показаться еще новыми и необычными, между тѣмъ какъ за послѣднія двадцать лѣтъ онѣ успѣли пріобрѣсти полное право гражданства въ законодательствѣ и наукѣ. Это относится, между прочимъ, къ институтамъ вотчиннаго долга и ипотеки собственника и къ системѣ сохраненія мѣста въ противоположность системѣ сохраненія старшинства для предстоящаго залога.

Въ результатѣ получилась конструкція залога, добро-

совѣстно выработанная, но чуждая всякаго творчества. Примѣры иностранныхъ законодательствъ тщательно использованы, ученія наиболѣе авторитетныхъ теоретиковъ приняты въ соображеніе. Но новыя идеи, уже зародившіяся къ тому времени и, такъ сказать, носившіяся въ воздухѣ, членами редакціонной комиссіи не были схвачены и утилизированы.

Однако, несмотря на все это, можно было бы не возражать противъ выставленнаго въ проектѣ ВУ. понятія залогового права, если бы проектъ сталъ закономъ въ свое время, т. е. вскорѣ послѣ составленія его редакціонною комиссіею. Но это не сбылось. А за два десятилѣтія, прошедшія со времени опубликованія перваго проекта, въ которомъ всѣ основныя мысли уже были окончательно установлены, имѣлась, разумѣется, возможность использовать прогрессъ науки и законодательной техники и придать проекту новый обликъ. Но особая комиссія, какъ извѣстно, не считала своей задачей критиковать и измѣнять проектъ съ точки зрѣнія конструктивной. Поэтому онъ вышелъ изъ ея рукъ совершенно неизмѣненнымъ именно въ этомъ отношеніи. А министерство юстиціи, со своей стороны, сдѣлало лишь выборку между мнѣніями большинства и меньшинства комиссіи. Къ вопросамъ же, не возбудившимъ разногласій въ средѣ послѣдней, оно не дотрагивалось. Не затронуло оно и вопроса о конструкціи залогового права [1]).

При такихъ условіяхъ, неудивительно, если въ проектѣ проявляется воззрѣніе на сущность залога, которое въ 90-ыхъ годахъ минувшаго столѣтія еще могло считаться современнымъ, но которое нынѣ должно быть признано устарѣвшимъ. Правда, ближайшее изслѣдованіе нормъ проекта покажетъ, что принятыя составителями его исходныя точки не настолько отразились на самомъ проектѣ, чтобы нельзя было построить болѣе удовлетворительное понятіе о залогѣ по проекту ВУ., чѣмъ то, которое имѣли въ виду они.

1) Ср. выше, т. I, §§ 8, 9.

§ 52. Вещность залога.

Итакъ, необходимо считаться съ фактомъ, что конструктивная сторона залогового права была очерчена окончательно уже въ первой стадіи составленія проекта.

Сама редакціонная комиссія, какъ уже было отмѣчено, выдвигала на первый планъ вещность залогового права. И по отношенію именно къ этому моменту Объясненія [1]) подчеркиваютъ, что „та или другая исходная точка зрѣнія на залоговое право такъ глубоко затрагиваетъ всѣ стороны этого права, такъ сильно отражается на всѣхъ важнѣйшихъ вопросахъ, изъ него вытекающихъ, что она не можетъ не оказывать вліянія на всю совокупность законоположеній, касающихся залога“.

Несмотря на это, въ текстѣ проекта не упоминается прямо объ этой чертѣ залогового права. Но она явствуетъ, по вполнѣ правильному замѣчанію Объясненій [2]), уже изъ ст. 1 ВУ., называющей въ числѣ вотчинныхъ правъ также и право залоговое. Кромѣ того, ст. 46, дающая легальное опредѣленіе залога, особо упоминаетъ о droit de suite, говоря, что залогъ „даетъ кредитору, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось“. Правда, droit de suite нельзя считать особымъ самостоятельнымъ правомъ и если пользуются этимъ терминомъ, то это объясняется лишь удобствомъ и выразительностью его. Само по себѣ, droit de suite, разумѣется, есть ни что иное, какъ правомочіе, вытекающее изъ вещнаго или, вѣрнѣе, абсолютнаго характера залогового права. А по существу вопроса, противъ воззрѣнія комиссіи на залогъ, какъ на право вещное, приходится выставить тотъ же аргументъ который умѣстенъ вообще по этому вопросу, т. е. прихо-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 268, 1896 г. I, стр. 285.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 270 сл., 1896 г. стр. 287 сл.

дится указать на фактъ, что залогъ по праву проекта уже не даетъ вѣрителю никакого непосредственнаго господства надъ заложенною недвижимостью.

Но какъ бы то ни было, залогъ признается проектомъ правомъ вещнымъ. Отсюда Объясненія [1]) дѣлаютъ дальнѣйшій выводъ, что залогъ долженъ быть правомъ недѣлимымъ, т. е. что онъ „обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, имъ обремененное".

Это утвержденіе можетъ быть понимаемо двояко. Можно, во-первыхъ, понимать недѣлимость какъ качество, въ силу котораго, говоря словами Объясненій, залогъ „продолжаетъ тяготѣть на этомъ имѣніи, какъ цѣломъ, во все время своего существованія, а слѣдовательно, и даже тогда, когда дѣло идетъ объ удовлетвореніи лишь ничтожнаго остатка требованія". Дѣйствительно, это качество, присущее залогу. Однако, оно нисколько не вытекаетъ ни изъ сущности залога, ни, въ частности, изъ того, что онъ является правомъ вещнымъ. Напротивъ, само по себѣ вполнѣ мыслимо пропорціональное съ погашеніемъ долга освобожденіе идеальныхъ частей заложенной вещи отъ обремененія. Но такое положеніе дѣлъ въ общемъ такъ мало отвѣчаетъ интересамъ кредиторовъ и можетъ привести къ такимъ осложненіямъ, что уже римское право презюмировало недѣлимость залога, предоставляя, однако, сторонамъ соглашаться о его дѣлимости [2]). Иначе обстоитъ дѣло по современному вотчинному праву. Тутъ въ интересахъ ясности и наглядности книги можетъ быть допущено лишь обремененіе недвижимости какъ одного цѣлаго. А поэтому тутъ залогъ дѣйствительно долженъ обладать недѣлимостью. Но это требованіе вызывается, именно, практическими соображеніями, а не самимъ существомъ залога [3]).

1) Объясненія 1893 г., I, стр. 271, 1896 г., стр. 289.

2) Cp. Dernburg, Pfandrecht II, S. 28 flg.

3) Поэтому и допускается, опять таки въ практическихъ видахъ,

Однако, подъ недѣлимостью можно разумѣть также и нѣчто иное. Дѣло въ томъ, что вещное право безспорно должно охватывать всю обремененную имъ вещь. Оно не можетъ быть прикрѣплено къ одной качественно опредѣленной долѣ вещи или цѣнности вещи, хотя оно и можетъ быть снабжено опредѣленнымъ старшинствомъ благодаря тому, что ему приходится уступать передъ другимъ, ранѣе установленнымъ вещнымъ правомъ того же содержанія. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, отпаденіе предыдущаго права должно привести къ отпаденію подобнаго ограниченія и къ развитію даннымъ вещнымъ правомъ своей полной и абсолютной силы [1]).

Слѣдовательно, если считать залогъ правомъ вещнымъ и если признавать, поэтому, что онъ распространяется недѣлимо на всю вещь, то логически быть не можетъ прикрѣпленія его къ опредѣленному мѣсту или, выражаясь иначе, надѣленія его опредѣленнымъ разъ на всегда старшинствомъ. Но, съ другой стороны, такая постановка вопроса дѣлаетъ невозможнымъ выполненіе одного изъ самыхъ насущныхъ требованій современнаго кредитнаго оборота.

Между тѣмъ, редакціонная комиссія считаетъ недѣлимость залога и въ этомъ второмъ смыслѣ чѣмъ то необходимымъ — что вполнѣ логично при избранной ею конструкціи залога, но что должно привести къ неудовлетворитель-

исключеніе, если недвижимость состоитъ въ собственности нѣсколькихъ лицъ — ср. ВУ. 48, см. ниже, § 56. Въ противномъ случаѣ это исключеніе не могло бы быть оправдываемо.

1) Указаніе на то, что римское право, съ одной стороны, признавало залогъ вещнымъ правомъ, а съ другой, допускало и ипотеку собственника и successio hypothecaria не опровергаетъ сказаннаго въ текстѣ. Оба института находятся въ явномъ противорѣчіи съ римско-правовою конструкціей залога, устранить которое не удалось до сихъ поръ, несмотря на многочисленныя предпринятыя въ этомъ направленіи попытки. А такъ какъ потребности жизни вынудили юристовъ признать эти институты, то остается только или считать ихъ противопринципными аномальностями или же конструировать залогъ и по римскому праву не какъ право вещное, а какъ право абсолютное.

нымъ результатамъ, не говоря уже о томъ, что совершенно послѣдовательное проведеніе этой мысли прямо невозможно. Именно, излагая признанныя въ современныхъ законодательствахъ системы сохраненія старшинства, комиссія говоритъ [1]) по отношенію къ одной изъ нихъ, къ системѣ мекленбургской, что она „выдвигаетъ особое понятіе о мѣстѣ и о старшинствѣ, совершенно оторванномъ отъ залога, противорѣчащее тому началу, по которому залогъ обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, на которомъ онъ установленъ“. Но, со своей стороны, редакціонная комиссія вводитъ въ проектъ отмѣтку о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога [2]) и кромѣ того придаетъ значеніе такой же отмѣтки статьѣ о погашенномъ залогѣ [3]). Другими словами, она равно признаетъ прикрѣпленіе залога къ опредѣленному старшинству, но пользуется при этомъ менѣе совершеннымъ средствомъ.

Въ оправданіе же подобныхъ предположеній комиссія говоритъ [4]), что это есть средство „болѣе осторожное, болѣе гарантирующее будущихъ кредиторовъ отъ злоупотребленій со стороны собственника и потому менѣе опасное“. А кромѣ того, отмѣтка о сохраненіи старшинства „сама по себѣ представляетъ одно только пустое мѣсто, не составляетъ обремененія имѣнія, пока не будетъ восполнена соотвѣтствующимъ внесеніемъ залогового требованія“ [5]).

Ясно, что комиссія, отвергши мекленбургскую систему по конструктивнымъ соображеніямъ, тутъ уже переноситъ вопросъ въ другую плоскость. Она отказывается отъ конструктивнаго обоснованія принятаго рѣшенія и выдвигаетъ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 367. 1896 г. I, стр. 378. Ср. Ж. О. К., стр. 151 сл.

2) ВУ. 68 сл. Ср. ниже, § 71.

3) ВУ. 108. Ср. ниже. §§ 59, 60.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 371, 1896 г. I, стр. 381.

5) Ср. обо всемъ этомъ ниже, § 69 сл., а также § 95.

моментъ цѣлесообразности. Въ крайнемъ случаѣ, можно признать, что имѣется нѣкоторый намекъ на конструктивныя соображенія въ указаніи на создаваемое посредствомъ отмѣтки „пустое мѣсто“. Но чѣмъ же является это пустое мѣсто, которое создается иногда по соглашенію собственника съ однимъ изъ вѣрителей, а иногда возникаетъ въ силу закона, благодаря погашенію залога? Вѣдь въ сущности, оно есть ни что иное, какъ средство для обхода выставленнаго столь рѣшительно самою комиссіей принципа о распространеніи залога на всю недвижимость. Другими словами, признаніемъ возможности создать подобное пустое мѣсто признается и фактъ, что ипотека, несмотря на увѣренія комиссіи, все же прикрѣплена къ опредѣленному старшинству и опредѣленному мѣсту, т. е. что она не охватываетъ всей недвижимости.

Не можетъ быть спора о томъ, что подобное прикрѣпленіе въ той или другой формѣ совершенно необходимо. Но именно эта необходимость и не позволяетъ конструировать залоговое право какъ право вещное, простирающее свою силу на всю вещь. Если же редакціонная комиссія это дѣлаетъ, то остается лишь признать, во-первыхъ, что исходная точка ея конструкціи избрана неудачно, а во-вторыхъ, что сама конструкція не проведена послѣдовательно — хотя эта непослѣдовательность неизбѣжна для достиженія цѣлесообразныхъ практическихъ результатовъ.

§ 53. Придаточность залога.

Столь же большое значеніе, какъ вещности залога, комиссія придаетъ его акцессорности. Этотъ признакъ подчеркивается даже въ легальномъ опредѣленіи залога, даваемомъ въ ст. 46: „Залогъ есть обезпеченіе денежнаго требованія недвижимымъ имѣніемъ“, и редакціонная комиссія кладетъ неоднократно именно этотъ моментъ въ основаніе

своихъ разсужденій. Она, въ частности, настаиваетъ[1]) на безусловной зависимости залога отъ обязательственнаго требованія: установленіе залога предполагаетъ наличность требованія; всякаго рода ограниченія, коими обставлено требованіе, простираются и на обезпечивающій его залогъ; пространство и сила залога обусловливаются пространствомъ и силою требованія; недѣйствительность требованія влечетъ за собою и недѣйствительность залога.

Въ связи съ этимъ, редакціонная комиссія рѣшительно отклоняетъ институтъ вотчиннаго долга, правда, не столько по конструктивнымъ соображеніямъ, сколько по мотивамъ цивильно-политическимъ, т. е. изъ опасенія мобилизаціи недвижимости[2]). Но если считать акцессорность необходимымъ свойствомъ залога, то абстрактное обремененіе недвижимости является, очевидно, немыслимымъ также и съ логической точки зрѣнія. Съ другой стороны, однако, нельзя не поставить слѣдующаго вопроса: если комиссія придаетъ акцессорности столь абсолютное значеніе, то какъ же она нормируетъ оборотную ипотеку, необходимость признанія которой, съ точки зрѣнія интересовъ оборота, не подлежитъ сомнѣнію? Вѣть тутъ акцессорность можетъ проводиться только въ отношеніяхъ между собственникомъ и первымъ кредиторомъ, между тѣмъ какъ добросовѣстный и возмездный третій пріобрѣтатель ипотеки долженъ пользоваться защитой публичной вѣры вотчинной книги.

Принципіальнаго рѣшенія этого вопроса комиссія не даетъ ни въ самомъ текстѣ проекта, ни въ Объясненіяхъ. Въ послѣднихъ, напротивъ, неоднократно подчеркивается абсолютная сила принципа акцессорности. Не признается даже принципіальнаго различія между двумя выставляемыми проектомъ видами ипотеки, обезпечительной и оборотной и при случаѣ комиссія особо указываетъ на то, что оба эти вида однородны и одинаково акцессорны[1]). Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, тутъ наблюдается то же самое явленіе, о которомъ пришлось говорить уже по поводу другой отличительной черты конструкціи, данной залоговому праву комиссіей, а именно, по поводу вещнаго его характера.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 271 сл., 485 сл., 1896 г. I, стр. 289 сл., 487 сл.

2) Ср. ниже, § 67.

Дѣло въ томъ, что редакціонная комиссія и тутъ на словахъ строго поддерживаетъ выставленный ею принципъ, но что она одновременно отступаетъ фактически отъ него настолько, насколько это является необходимымъ въ практическихъ видахъ. Она, слѣдовательно, съ потребностями жизни считается, но не желаетъ признавать принципіальнаго значенія за вызванными ими отступленіями. А потому она и не заботится о выработкѣ конструкціи, которая дѣйствительно отвѣчала бы характеру, пріобрѣтаемому ипотекой благодаря подобнымъ отступленіямъ.

Это проявляется въ двухъ отношеніяхъ.

Во-первыхъ, ст. 107[2]) постановляетъ, что при взысканіи по залогу собственникъ можетъ предъявлять всякаго рода возраженія противъ первоначальнаго кредитора. Что же касается третьихъ лицъ, то, въ случаѣ добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтенія ими залогового требованія, противъ нихъ могутъ быть предъявляемы только такія возраженія, которыя явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Сюда же относится постановленіе ст. 110. Оно покоится на томъ, что проектъ проводитъ грань между прекращеніемъ залога и погашеніемъ его. При этомъ, не говорится прямо, когда, именно, наступаетъ первое. Но изъ сопоставленія ст. 108 съ ст. 110 явствуетъ, что залоговое право признается прекратившимся въ зависимости отъ прекращенія требова-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 488, 1896 г. I, стр. 491.

2) Ст. 107 разбирается ex professo ниже, въ §§ 63 и 82.

нія и что прекращеніе залога, со своей стороны, служитъ основаніемъ для погашенія его въ вотчинной книгѣ [1]).

Слѣдовательно, и здѣсь подчеркивается принципъ акцессорности. Но, вмѣстъ съ тѣмъ, ст. 110 оговариваетъ, что собственникъ, „который въ силу платежа или иного основанія имѣлъ право требовать погашенія залога въ вотчинной книгѣ, но не принялъ необходимыхъ къ тому мѣръ, не можетъ предъявлять возраженія о прекращеніи залога противъ третьяго лица, добросовѣстно и возмездно пріобрѣвшаго залоговое требованіе, если въ вотчинную книгу до передачи залогового требованія не была внесена отмѣтка о погашеніи залога“. Другими словами, тутъ оговаривается вторично, что противъ добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя правъ по залогу не могутъ быть предъявлены возраженія, которыя не явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Ясно, что ст. 110, не говоря даже о редакціонныхъ ея недостаткахъ, совершенно излишня, такъ какъ она лишь повторяетъ, въ примѣненіи къ частному случаю, сказанное уже въ ст. 107. Но независимо отъ этого, слѣдуетъ сказать, что проектъ ВУ. относится къ выставленному въ этихъ двухъ статьяхъ правилу какъ къ исключенію изъ общей нормы, котораго могло бы и не быть. Между тѣмъ, оно выражаетъ основную мысль, на которой покоится весь институтъ оборотной ипотеки. Но благодаря формулировкѣ, избранной нашимъ проектомъ, получается впечатлѣніе, что ограниченіе возраженій противъ третьяго пріобрѣтателя не вытекаетъ изъ самой сущности оборотной ипотеки, а, напротивъ, является результатомъ случайной положительной нормы. И такое впечатлѣніе поддерживается Объясненіями, которыя неоднократно подчеркиваютъ акцессорность залога и изображаютъ ее чѣмъ то, не подлежащимъ сомнѣнію и

1) Ср. объ этомъ ниже, § 59.

проявляющимся при всѣхъ условіяхъ. Правда, въ постатейныхъ Объясненіяхъ къ ст. 107 [1]) и 110 [2]) имѣются вполнѣ правильныя ссылки на принципы вотчинной системы, дѣлающіе неизбѣжными ограниченіе возраженій. Но это можетъ лишь ослабить общее впечатлѣніе, а не уничтожить его.

А далѣе, нельзя не сказать, что эти двѣ статьи, при рѣзкомъ подчеркиваніи, въ общемъ, акцессорнаго характера залога, въ состояніи вызвать и другія недоразумѣнія. Если, именно, требованіе прекратилось, а залогъ сохраняется въ силѣ на основаніи ст. 107 и 110, то спрашивается, можетъ ли онъ быть признаваемъ залогомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова? Очевидно, что отвѣтъ долженъ быть данъ отрицательный. Разъ залогъ продолжаетъ существовать внѣ зависимости отъ обязательственнаго требованія, то на лицо имѣется уже не ипотека, а напротивъ, абстрактное обремененіе недвижимости, т. е. именно тотъ вотчинный долгъ, который отклоняется столь рѣшительно редакціонную комиссіей во имя принципа акцессорности. Можно было бы, разумѣется, утверждать, что propter pignus remanet obligatio. Но это было бы фикціей, не только не имѣющей ни малѣйшей опоры въ текстѣ проекта ВУ., но и, кромѣ того, лишенной всякаго содержанія. Ибо будто бы сохранившееся обязательственное требованіе все равно никакого дѣйствія не оказывало бы.

Въ виду изложеннаго приходится сказать, что, по отношенію къ оборотной ипотекѣ, акцессорность залога имѣетъ по проекту столь же условное значеніе, какое она имѣетъ по современнымъ кодексамъ. Т. е. она признается лишь настолько, насколько она можетъ быть согласована съ принципами вотчинной системы. Въ случаѣ же столкновенія между принципомъ акцессорности съ одной стороны

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 502 сл., 1896 г. I, стр. 503 сл.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 513 сл., 1896 г. I, стр. 515 сл.

и принципомъ публичной вѣры съ другой, уступаетъ принципъ акцессорности и ипотека превращается въ вотчинный долгъ, т. е. въ абстрактное и самостоятельное, отнюдь не акцессорное обремененіе недвижимости [1]).

Въ связи съ этимъ необходимо указать еще и на слѣдующее: ст. 101,2 признаетъ отпаденіе личнаго иска залогового вѣрителя, если онъ, въ случаѣ отчужденія недвижимости, не былъ предъявленъ противъ первоначальнаго должника въ теченіе трехъ лѣтъ по наступленіи срока [2]).

Въ этой нормѣ нельзя не видѣть установленія сокращенной давности для обезпеченнаго залогомъ обязательственнаго требованія. Не говоря пока о цѣлесообразности ея, слѣдуетъ, во всякомъ случаѣ, признать, что ею выдвигается дальнѣйшее отступленіе отъ принципа акцессорности и признаніе дальнѣйшаго случая превращенія ипотеки въ вотчинный долгъ.

Но, кромѣ того, въ проектѣ ВУ. имѣется еще второе, неизвѣстное западнымъ кодексамъ нарушеніе принципа акцессорности. Оно заключается въ томъ, что отвѣтственность должника по залогу ограничивается заложеннымъ имѣніемъ, если вѣрителемъ является кредитное учрежденіе [3]). Если же таковымъ является частное лицо, то и тогда происходитъ нѣкоторое суженіе правъ вѣрителя: онъ долженъ предварительно произвести взысканіе съ заложенной недвижимости. И лишь послѣ того, какъ онъ не получилъ такимъ путемъ полнаго удовлетворенія, онъ можетъ обратить взысканіе на остальное имущество должника [4]).

1) Притомъ такое положеніе дѣлъ можетъ наступить какъ вслѣдствіе первоначальной недѣйствительности, такъ и вслѣдствіе прекращенія обязательственнаго требованія. Ибо и въ первомъ случаѣ, возраженія, не явствующія изъ книги или акта, имѣютъ значеніе только между контрагентами. При возмездномъ же пріобрѣтеніи залога третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ, онъ превращается въ вотчинный долгъ.

2) Ср. ниже, § 87.

3) ВУ. 104.

4) ВУ. 101.

Само собой разумѣется, однако, что и это относится лишь къ оборотной ипотекѣ и что обезпечительная остается этимъ незатронутою [1]).

Ближайшій разборъ этихъ статей будетъ предпринятъ въ своемъ мѣстѣ [2]). Но уже теперь слѣдуетъ сказать, что онѣ во всякомъ случаѣ противорѣчатъ воззрѣнію на залоговое право, какъ на право акцессорное. Если бы оно являлось таковымъ, то оно, очевидно, не было бы въ состояніи вліять на судьбы обязательственнаго требованія и вытекающаго изъ него личнаго иска. Между тѣмъ, оно при залогѣ въ кредитныхъ учрежденіяхъ совершенно поглощаетъ послѣдній, а въ остальныхъ случаяхъ оттѣсняетъ его на второй планъ и приводитъ къ признанію за нимъ лишь субсидіарнаго значенія.

Въ матеріалахъ къ проекту нельзя найти оправданія этой непослѣдовательности. Объясняя соотвѣтствующія статьи, редакціонная комиссія [3]), напротивъ, настаиваетъ на строго акцессорномъ характерѣ залога и даже пользуется этимъ случаемъ для утвержденія, что оборотный залогъ ничѣмъ не отличается отъ обезпечительнаго. Однако, все это направлено лишь противъ предположеній, высказанныхъ въ Главныхъ Основаніяхъ и сводящихся къ установленію исключительно реальной отвѣтственности. Но, доказавъ, что подобное ограниченіе отвѣтственности противорѣчитъ природѣ залогового права, комиссія уже безъ всякаго конструктивнаго обоснованія устанавливаетъ строго предметную отвѣтственность по залогу въ кредитномъ учрежденіи, утверждая при этомъ, что это есть единственное исключеніе изъ общаго правила. Для частной же оборотной ипотеки она признаетъ примарную отвѣтственность недвижимости съ субсидіарною

1) ВУ. 103.

2) Ср. ниже, §§ 82, 88 сл.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 484 сл., 1896 г. I, стр. 487 сл.

лишь отвѣтственностью прочаго имущества должника. А вопросъ о томъ, согласуются ли эти постановленія съ акцессорною природой залога, по этому поводу даже не ставится. Не ставится онъ и въ весьма пространной по этому вопросу аргументаціи большинства членовъ особой комиссіи [1]).

При такомъ положеніи дѣла необходимо признать, что акцессорность залога по проекту ВУ. подвержена еще одному и притомъ весьма значительному ослабленію. Благодаря этому, оборотная ипотека, проявляясь въ формѣ залога въ кредитныхъ учрежденіяхъ, является, въ сущности, чѣмъ то среднимъ между ипотекой и вотчиннымъ долгомъ. Личный искъ вѣрителя совершенно отпадаетъ, а самое требованіе сохраняетъ значеніе для залога лишь по отношенію къ дѣйствительности его — если только не отпадаетъ и это значеніе его въ силу принципа публичной вѣры [2]). Что же касается частной оборотной ипотеки, то тутъ наступаетъ лишь нѣкоторое оттѣсненіе обязательственнаго требованія, выражающееся въ низведеніи иска, вытекающаго изъ него, на степень иска субсидіарнаго.

§ 54. Конструкція залога по проекту ВУ.

Итакъ, въ результатѣ всего сказаннаго, приходится признать, что редакціонная комиссія своей конструкціи залога какъ права вещнаго и строго акцессорнаго не провела. Подъ давленіемъ требованій оборота ей пришлось отступить отъ своихъ исходныхъ точекъ и конструировать залогъ, хотя бы и противъ собственной воли, такъ же, какъ конструируютъ

1) Ж. О. К., стр. 193 сл.

2) Правда, слѣдуетъ отмѣтить, что принципъ публичной вѣры на практикѣ едва ли найдетъ примѣненіе къ банковой ипотекѣ, такъ какъ цессія таковой, по весьма понятнымъ причинамъ, въ уставахъ земельныхъ банковъ не предусматривается. Но оно все же мыслимо, хотя бы лишь въ исключительныхъ случаяхъ. А поэтому, съ теоретической точки зрѣнія, для выясненія конструкціи банковой ипотеки, слѣдовало коснуться и этого момента, несмотря на то, что онъ лишенъ практическаго значенія.

его другія современныя законодательства, т. е. какъ абсолютное право на цѣнность вещи, устанавливаемое въ обезпеченіе обязательственнаго требованія, съ тѣмъ однако, что оно пріобрѣтаетъ самостоятельный и независимый отъ требованія характеръ, когда этого требуютъ принципы вотчинной системы. Наиболѣе неудовлетворительно разрѣшенъ, при этомъ, вопросъ объ установленіи связи между залогомъ и качественно опредѣленными долями цѣнности недвижимости: цѣль достигается лишь въ несовершенной мѣрѣ и притомъ обходнымъ путемъ.

Въ противоположность же оборотной ипотекѣ, ипотека обезпечительная является такимъ же абсолютнымъ правомъ на цѣнность недвижимости, однако съ тѣмъ, что ея зависимость отъ обязательственнаго требованія не прекращается ни при какихъ условіяхъ.

Такой результатъ находится въ противорѣчіи съ намѣреніями комиссіи. Но изложенная конструкція, тѣмъ не менѣе, отвѣчаетъ легальному опредѣленію, даваемому въ проектѣ. А именно, вещный характеръ залога въ ст. 46, какъ извѣстно, прямо не упоминается. Если же сказано, что залогъ „даетъ кредитору право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось“, то это безспорно вполнѣ совмѣстимо съ воззрѣніемъ на залогъ, какъ на абсолютное право на цѣнность вещи или на долю цѣнности, причемъ, правда, этой долѣ не придается достаточной качественной опредѣленности. Что же касается акцессорности, то ст. 46 выражаетъ общій принципъ. И, несмотря на то, что онъ высказывается вполнѣ категорически и что признаваемыя проектомъ отступленія отъ него формулированы мало удачно, все же получается результатъ по существу удовлетворительный: акцессорность принципіально признается, но она, насколько дѣло идетъ объ ипотекѣ оборотной, уступаетъ при столкновеніи съ публичной вѣрой вотчинной книги.

При такихъ условіяхъ остается открытымъ лишь одинъ вопросъ: можно ли считать залогъ непосредственнымъ обремененіемъ недвижимости, изъ котораго вытекаетъ право присвоенія управомоченнаго или онъ является обремененіемъ, проходящимъ черезъ медіумъ собственника и возлагающимъ на послѣдняго извѣстныя обязанности?

Редакціонная комиссія этого вопроса не ставила. Поэтому неудивительно, что нельзя найти на него отвѣтъ въ матеріалахъ къ проекту и что самый проектъ не выражается столь точно и опредѣленно, чтобы отвѣтъ вытекалъ непосредственно изъ его постановленій. Если же провѣрить отдѣльныя его нормы, то на первый взглядъ можетъ получиться впечатлѣніе, будто въ проектѣ имѣется намекъ на признаніе вещнаго долга, лежащаго на собственникѣ, какъ на таковомъ, независимо отъ того, является ли онъ одновременно и должникомъ по обязательственному требованію.

Сомнѣнія, именно, можетъ возбудить неоднократно употребляемое проектомъ выраженіе „залоговое требованіе“ [1]). Въ литературѣ встрѣчается даже предположеніе, что здѣсь имѣется отзвукъ, хотя и безсознательный, того воззрѣнія, по которому собственникъ обязанъ къ уплатѣ [2]). Очень возможно, что это предположеніе, опирающееся, впрочемъ, на ст. 107 ВУ., правильно. Но, тѣмъ не менѣе, не приходится дѣлать отсюда какіе бы то ни было выводы. Ибо въ общемъ подъ терминомъ „залоговое требованіе“ разумѣется, какъ отмѣчено тѣмъ же писателемъ [3]), ни что иное, какъ требованіе, обезпеченное залогомъ. А вліяніе указаннаго воззрѣнія ограничивается неудачной формулировкой ст. 107. Если же проектъ говоритъ ex professo о содержаніи правъ вѣрителя по залогу, то всегда указывается — и притомъ

1) ВУ. 50, 65, 69, 70, 71, 85 сл., 106, 107, 110.
2) Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 409 сл.
3) Тамъ же.

въ ясной вполнѣ редакціи — лишь на его право получить удовлетвореніе путемъ публичной продажи. И никакого права требованія, не говоря уже объ искѣ, противъ собственника заложенной недвижимости, какъ такового, за нимъ не признается. Это вытекаетъ съ ясностью, не допускающей никакихъ сомнѣній, прежде всего изъ ст. 46, дающей легальное опредѣленіе залога, а также изъ ст. 98, назначеніе которой состоитъ, именно, въ выясненіи правъ кредитора на удовлетвореніе. Въ обѣихъ статьяхъ говорится только объ удовлетвореніи изъ имѣнія, или, точнѣе, изъ цѣнности имѣнія. Если же въ послѣдней изъ этихъ двухъ статей сказано, что право на удовлетвореніе возникаетъ „по наступленіи срока платежа капитальной суммы или процентовъ“, то не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что рѣчь идетъ о срокѣ, назначенномъ по обязательственному требованію, обезпеченному ипотекой, и о платежѣ, къ которому обязанъ личный должникъ, какъ таковой [1]).

Если же дѣло обстоитъ такъ, то необходимо признать наличность не обязанности, а лишь права собственника совершить уплату. А благодаря этому получается результатъ, что абсолютное право вѣрителя на цѣнность недвижимости по проекту ВУ. такъ же, какъ по уложеніямъ германскому и швейцарскому, есть право присвоенія.

Такимъ образомъ и въ этомъ отношеніи можно сказать, что проектъ выставляетъ, помимо воли самихъ составителей, вполнѣ современное во всѣхъ существенныхъ чертахъ понятіе залогового права. Правда, безсознательность созиданія такого понятія отражается на достоинствахъ проекта, въ частности, на ясности его постановленій. Но нежелательныя послѣдствія реальнаго значенія можетъ имѣть развѣ его слишкомъ недовѣрчивое отношеніе къ системѣ опредѣленныхъ мѣстъ и къ институту ипотеки собственника.

1) То же самое относится къ ст. 99, говорящей о платежѣ по востребованію.

По всѣмъ же прочимъ вопросамъ могли бы быть достигнуты вполнѣ удовлетворительные результаты путемъ лишь редакціонной переработки соотвѣтствующихъ постановленій [1]).

1) Въ литературѣ до сихъ поръ обращено мало вниманія на вопросъ о конструкціи залога по проекту ВУ. Замѣчаніе г. Кассо о смыслѣ термина „залоговое требованіе“ уже упомянуто. Онъ же указываетъ, кромѣ того, при предпринятомъ имъ бѣгломъ разсмотрѣніи постановленій проекта, на то, что залогъ есть право не вещное, но абсолютное, что́ отвѣчаетъ общему воззрѣнію этого писателя на природу залога — см. Понятіе о залогѣ, стр. 410. Въ противоположность ему, г. Цвингманъ констатируетъ, также лишь мимоходомъ, что редакціонная комиссія признаетъ залогъ правомъ вещнымъ и акцессорнымъ. Своего собственнаго мнѣнія г. Цвингманъ по этому поводу не высказываетъ — см. Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 19 сл.

Больше вниманія возбудилъ вопросъ объ акцессорности залога. Между тѣмъ какъ г. Тютрюмовъ ограничивается констатированіемъ факта, что проектъ придаетъ ипотекѣ характеръ акцессорный — см. Св. Зам., № 144, отзывъ юридическаго факультета Московскаго университета порицаетъ будто бы допущенное въ ст. 46 умолчаніе объ этомъ обстоятельствѣ — см. Св. Зам., № 142. Другіе писатели, напротивъ, констатируютъ признаніе акцессорности залога, оговариваясь, однако, что акцессорность нарушается ограниченіемъ отвѣтственности должника — см. Кассо, ук. соч., стр. 405 сл., 408, Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 270, 277. Ср. также Св. Зам., № 235.

Этимъ, однако, и ограничивается сказанное въ литературѣ по вопросу о конструкціи залога.

Возникновеніе и прекращеніе залога.

I.

§ 55. Принципъ внесенія и залоговое право.

Казалось бы, что вопросъ о возникновеніи и прекращеніи залогового права долженъ, при господствѣ вотчинной системы, рѣшаться въ высокой степени просто. Стоитъ лишь выяснить, какого отношенія къ принципу внесенія придерживается данное положительное право и никакихъ затрудненій быть не можетъ.

На дѣлѣ, однако, оказывается, что такое предположеніе не вполнѣ правильно. Правда, вопросъ о возникновеніи залога, при послѣдовательномъ къ нему отношеніи законодательства, не можетъ представлять серьезныхъ затрудненій. Необходимо лишь провести грань между возникновеніемъ или первоначальнымъ установленіемъ залога, съ одной стороны, и пріобрѣтеніемъ третьимъ лицомъ уже возникшаго въ пользу одного лица залогового права, съ другой. Именно, такой переходъ существующаго уже залогового права къ новому управомоченному стоитъ совершенно особнякомъ. По всѣмъ современнымъ кодексамъ, а также по нашему проекту ВУ., онъ находится подъ дѣйствіемъ особыхъ нормъ [1]). Это иначе и быть не можетъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ

1) Ср. ниже, §§ 74 сл.

залогъ не могъ бы быть тѣмъ орудіемъ кредитнаго оборота, какимъ онъ долженъ служить въ народно-хозяйственныхъ цѣляхъ.

Но если имѣть, такимъ образомъ, въ виду лишь возникновеніе залога въ точномъ смыслѣ слова, то можно сказать, что, при принятомъ новѣйшими уложеніями и нашимъ проектомъ принципѣ относительной силы внесенія [1]), для залога создается менѣе сложное положеніе, чѣмъ для прочихъ вотчинныхъ правъ. Послѣднія, какъ извѣстно, возникаютъ или путемъ внесенія соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу на основаніи опредѣленныхъ юридическихъ сдѣлокъ или же независимо отъ внесенія въ силу опредѣленныхъ юридическихъ фактовъ. Что же касается залога, то, благодаря принципіальному отказу современныхъ законодательствъ отъ легальной ипотеки [2]), по отношенію къ нему принципъ внесенія можетъ и долженъ проявляться съ абсолютной силой.

Съ другой стороны, слѣдуетъ замѣтить, что ученіе о возникновеніи залога, по сравненію съ ученіемъ о возникновеніи другихъ вотчинныхъ правъ, не осложняется и тѣмъ обстоятельствомъ, что современный залогъ въ главномъ своемъ видѣ, а по проекту ВУ. вообще, является въ моментъ установленія правомъ безусловно акцессорнымъ [3]). Ибо если для дѣйствительности залога требуется дѣйствительность не только правоосновапія, въ частности вотчиннаго договора объ установленіи залога, но также и дѣйствительность обезпечиваемаго обязательственнаго требованія, то въ области другихъ вотчинныхъ правъ имѣется къ этому нѣкоторая аналогія въ тѣхъ законодательствахъ, которыя приняли систему матеріальнаго договора [4]).

1) Ср. выше, т. I, § 11.

2) О нѣкоторыхъ исключеніяхъ, допускаемыхъ современными уложеніями, см. ниже.

3) Ср. выше, §§ 49, 53.

4) Ср. выше, т. I, § 13.

Въ противоположность этому, вопросъ о прекращеніи залога является довольно сложнымъ. Правда, и тутъ законодательство, покоящееся на современныхъ принципахъ, не должно бы отказываться отъ принципа внесенія, согласно которому вотчинное право прекращается не иначе, какъ посредствомъ погашенія въ вотчинной книгѣ записи о немъ. Но здѣсь все же имѣется рядъ особенностей.

Для выясненія ихъ необходимо констатировать, что право залога какъ таковое, независимо отъ вотчинной системы, можетъ прекратиться по поводамъ двоякаго рода, а именно, во-первыхъ, по такимъ, которые касаются обязательственнаго требованія и, во-вторыхъ, по такимъ, которые затрагиваютъ самое право залога, оставляя въ силѣ обязательственное требованіе. Что касается случаевъ второй категоріи, то здѣсь имѣется на лицо полная аналогія къ прекращенію прочихъ вотчинныхъ правъ, между тѣмъ какъ въ случаяхъ первой категоріи проявляется акцессорная природа залога. Но какъ тутъ, такъ и тамъ необходимо имѣть въ виду, что прекращеніе залога имѣетъ, при извѣстномъ принципіальномъ взглядѣ на сущность его [1]), нѣкоторыя послѣдствія, которыя являются въ высокой степени нежелательными и поэтому должны быть устранены. А именно, если считать залогъ, по примѣру и редакторовъ германскаго уложенія и составителей нашего проекта ВУ., правомъ вещнымъ, охватывающимъ самую вещь и притомъ всю вещь, то отпаденіе старшаго залогового права должно привести къ повышенію послѣдующихъ ипотекъ, другими словами, къ причиненію собственнику ничѣмъ неоправдываемаго ущерба, а съ другой стороны, къ необоснованному улучшенію позиціи младшихъ кредиторовъ. Правда, такой результатъ появляется лишь благодаря неправильному пониманію залога и швейцарское уложеніе, какъ извѣстно, избѣгаетъ его. Но съ нимъ все-

1) Ср. выше, §§ 48 сл.

таки слѣдуетъ считаться и нельзя не принимать мѣръ къ устраненію его.

Что касается, затѣмъ, въ частности, значенія прекращенія требованія, то, для достиженія удовлетворительныхъ результатовъ, необходимо отказаться отъ устарѣлыхъ воззрѣній на сущность залога и исходить изъ положенія, что залогъ есть ничто иное, какъ право на опредѣленную долю цѣнности недвижимости, которое, притомъ, можетъ быть, само по себѣ, какъ самостоятельнымъ, такъ и поставленнымъ въ зависимость отъ обязательственнаго требованія. Далѣе, необходимо имѣть въ виду, что степень зависимости можетъ быть различная. Она можетъ быть абсолютной — тогда возникаетъ ипотека акцессорная или обезпечительная. Но она можетъ быть и относительной, въ каковомъ случаѣ имѣется на лицо ипотека оборотная.

При обоихъ видахъ ипотеки прекращеніе требованія имѣетъ одно лишь непосредственное послѣдствіе: право на долю цѣнности освобождается отъ первоначальной зависимости и становится самостоятельнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, прерывается связь между правомъ и тѣмъ лицомъ, которое обладало имъ, такъ какъ эта связь устанавливалась, именно, обязательственнымъ требованіемъ. А благодаря этому, право на долю цѣнности становится безсубъектнымъ.

Создавшееся такимъ образомъ положеніе можетъ быть разрѣшено двоякимъ путемъ. Мыслимо, во-первыхъ, чтобы прекращеніе связи между правомъ и субъектомъ приводило къ непосредственному прекращенію самаго права. Слѣдуетъ признать, что, по общимъ принципамъ гражданскаго права, такое рѣшеніе является даже единственно правильнымъ. Но, съ другой стороны, оно противорѣчило бы принципамъ вотчинной системы. Принципъ внесенія, именно, требуетъ, чтобы внесенное въ вотчинную книгу право прекращалось только путемъ внесенія записи о погашеніи.

Наряду съ этимъ, принципъ публичной вѣры требуетъ, чтобы за внесеннымъ въ книгу управомоченнымъ лицомъ, въ интересахъ добросовѣстнаго оборота, сохранилась легитимація къ распоряженію даннымъ правомъ.

При такихъ условіяхъ, на первый планъ выдвигается второе изъ возможныхъ рѣшеній. Оно заключается въ томъ, что прекращеніе требованія признается лишь основаніемъ прекращенія залога и что послѣднее происходитъ исключительно путемъ погашенія записи о залогѣ. Въ виду этого, лишившееся субъекта право на долю цѣнности связывается съ лицомъ собственника недвижимости, какъ бы возвращаясь къ нему послѣ отпаденія того субъекта, которому оно было уступлено. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, за прежнимъ управомоченнымъ, въ силу принципа публичной вѣры, сохраняется легитимація къ распоряженію даннымъ правомъ, но лишь настолько, насколько рѣчь идетъ объ ипотекѣ оборотной. По отношенію же къ ипотекѣ обезпечительной принципъ публичной вѣры уступаетъ передъ принципомъ акцессорности: зависимость ея отъ обязательственнаго требованія проводится столь строго, что уступка ипотеки безъ требованія признается невозможнымъ.

Итакъ, прекращеніе требованія, при послѣдовательномъ проведеніи принциповъ вотчинной системы, приводитъ не къ прекращенію залога, а къ превращенію его въ такъ наз. ипотеку собственника или, точнѣе, вотчинный долгъ собственника. Ясно, что такой результатъ, съ юридической точки зрѣнія, является единственно удовлетворительнымъ, тѣмъ болѣе, что ипотека собственника, при правильномъ взглядѣ на сущность залогового права, не представляетъ, вопреки мнѣнію составителей нашего проекта, конструктивныхъ затрудненій [1]).

Этотъ результатъ, кромѣ того, вполнѣ удовлетворите-

1) См. выше, § 49.

ленъ и съ точки зрѣнія экономической. Благодаря ему становится невозможнымъ пріобрѣтеніе младшими кредиторами лучшаго старшинства помимо воли собственника. Правда, если признавать залоговое право правомъ на долю цѣнности, разъ на всегда опредѣленную, если, другими словами, прикрѣплять залогъ къ первоначальному его старшинству, то съ точки зрѣнія интересовъ собственника проявляется лишь весьма незначительное различіе между результатами обоихъ только что разсмотрѣнныхъ рѣшеній. Въ обоихъ случаяхъ данная доля цѣнности остается въ его распоряженіи и различіе между ними проявляется, главнымъ образомъ, въ большемъ удобствѣ ипотеки собственника при дальнѣйшемъ использованіи освободившагося мѣста. Впрочемъ, нельзя не замѣтить, что признаніе непосредственнаго прекращенія залога вслѣдствіе прекращенія требованія, съ одной стороны, и прикрѣпленіе залога къ опредѣленному старшинству — съ другой, представляютъ собой явленія, характерныя для весьма далекихъ другъ отъ друга стадій развитія залогового права. Поэтому, они едва ли найдутъ мѣсто въ одномъ и томъ же законодательствѣ и съ возможностью такой комбинаціи не надо считаться.

Если такъ рѣшается вопросъ о значеніи прекращенія обязательственнаго требованія, то по отношенію къ юридическимъ фактамъ, касающимся непосредственно залогового права, также существуетъ полная возможность къ соблюденію принципа внесенія. Одно лишь исключеніе является неизбѣжнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и безвреднымъ. Это — случай гибели обремененной недвижимости. Тутъ перестаетъ существовать объектъ права, благодаря чему не можетъ не прекратиться и самое право. Разумѣется, что этотъ случай не представляетъ особаго практическаго интереса. Но онъ все же долженъ быть упомянутъ ради полноты изложенія.

Напротивъ, другіе, относящіеся сюда случаи могутъ

быть согласованы безъ затрудненій съ принципомъ внесенія. Въ частности, нѣтъ причинъ, по которымъ публичная продажа недвижимости или вообще удовлетвореніе вѣрителя путемъ продажи такихъ предметовъ, на которые простираетъ свою силу залогъ, должна была бы вызвать непосредственное прекращеніе залога. Напротивъ, и тутъ внесеніе статьи о погашеніи должно играть рѣшающую роль. Что же касается случаевъ совпаденія залога и права собственности въ одномъ лицѣ, а также отказа вѣрителя отъ права залога безъ отказа отъ требованія, то они представляютъ, очевидно, нѣкоторую аналогію къ случаямъ, въ которыхъ прекращается обязательственное требованіе. И тутъ равно въ уваженіе принципа внесенія, какъ для избѣжанія нежелательныхъ экономическихъ послѣдствій, необходимо признавать прекращеніе залога лишь послѣдствіемъ погашенія о немъ записи, между тѣмъ какъ совпаденіе и отказъ могутъ имѣть значеніе только правооснованія погашенія.

Нѣсколько особое положеніе слѣдуетъ признать за залогомъ, установленнымъ на срокъ. Тутъ приходится признать прекращеніе залога въ моментъ наступленія срока, такъ какъ срокъ внесенъ въ книгу и прекращеніе, слѣдовательно, происходитъ по самой книгѣ. Запись о внесеніи тутъ исполняетъ одновременно и функціи записи о погашеніи. Особое же внесеніе статьи о погашеніи является желательнымъ лишь въ видахъ порядка и для избѣжанія возможныхъ недоразумѣній.

Въ результатѣ оказывается, такимъ образомъ, что принципъ внесенія можетъ быть проведенъ безъ сколько нибудь серьезныхъ затрудненій также и по вопросу о прекращеніи залога. Остается лишь указать на то, что во всѣхъ случаяхъ прекращенія залога одинъ формальный актъ погашенія приводитъ къ достиженію цѣли только при господствѣ въ данномъ законодательствѣ принципа формальной силы внесенія. Напротивъ, по законодательствамъ, требующимъ

каузальности внесенія, прекращеніе залога наступаетъ лишь тогда, когда погашеніе опирается на дѣйствительное основаніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, само собой разумѣется, что и статья о погашеніи, внесенная безъ правооснованія и вслѣдствіе этого недѣйствительная, находится подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги и оказываетъ поэтому свое дѣйствіе въ пользу добросовѣстныхъ третьихъ лицъ, пріобрѣтающихъ права въ данной недвижимости.

Какъ же относятся къ проблемѣ возникновенія и прекращенія залога новѣйшіе западно-европейскіе кодексы?

Можно сказать, что эта проблема рѣшается, какъ швейцарскимъ, такъ и германскимъ уложеніемъ вполнѣ удовлетворительно благодаря послѣдовательному проведенію принципа внесенія. Правда, что касается перваго изъ нихъ, то нельзя не отмѣтить, что оно допускаетъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ возникновеніе легальной ипотеки, вовсе не подлежащей внесенію въ вотчинную книгу [1]). Но если оставить въ сторонѣ эти единичные отступленія отъ принципа, то слѣдуетъ установить, что возникновеніе залога ставится принципіально въ зависимость отъ внесенія [2]). Что же касается его прекращенія, то ZGB. высказываетъ категорично, что таковое происходитъ лишь вслѣдствіе погашенія или полной гибели участка [3]). Одно прекращеніе требованія никакой роли не играетъ. Оно является только основаніемъ

1) Ср. ZGB. 808, 810, 836. Напротивъ, сюда не относится ст. 819, такъ какъ ею лишь признается за требованіемъ ипотечнаго кредитора о возмѣщеніи уплоченныхъ имъ страховыхъ премій то же старшинство, которое имѣетъ само обезпеченное залогомъ требованіе. Другими словами, первое объявляется придаточнымъ ко второму. Равно сюда не относятся ипотеки изъ ст. 837. Онѣ не могутъ считаться ипотеками легальными, такъ какъ законъ является лишь правооснованіемъ внесенія. То же самое слѣдуетъ сказать, кстати, и объ ипотекѣ изъ ст. 648 германскаго уложенія. Но см. BGB. 1287.

2) ZGB. 799.

3) ZGB. 801.

къ погашенію [1]). Но собственникъ притомъ отнюдь не обязанъ требовать такового, онъ, напротивъ, можетъ оставить запись о залогѣ и уступить ипотеку другому лицу [2]). Другими словами, залоговое право остается въ силѣ и пріобрѣтается собственникомъ. Правда, экономической необходимости въ этомъ нѣтъ, такъ какъ повышенія послѣдующихъ ипотекъ не происходитъ и въ случаѣ погашенія, благодаря принятому швейцарскимъ уложеніемъ прикрѣпленію залогового права къ опредѣленному старшинству [3]).

То же самое значеніе, какое имѣетъ прекращеніе требованія, признается за юридическими фактами, затрогивающими непосредственно залоговое право [4]).

Само собой разумѣется при этомъ, что, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ принципъ публичной вѣры вотчинной книги остается въ полной силѣ [5]).

Система германскаго уложенія приводитъ, въ общемъ, къ тѣмъ же самымъ результатамъ. А именно, для возникновенія ипотеки необходимо внесеніе соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу [6]), для прекращенія — ея погашеніе [7]). Прекращеніе же требованія, совпаденіе въ одномъ лицѣ вѣрителя и собственника, отказъ вѣрителя отъ ипотеки создаютъ лишь основаніе къ превращенію залога въ ипотеку или вотчинный долгъ собственника [8]). Это отно-

1) ZGB. 863, 1. — Wieland, Sachenrecht ad 863, P. 4 утверждаетъ, не приводя, однако, никакихъ доказательствъ, что залоговое право прекращается уже вслѣдствіе прекращенія требованія.

2) ZGB. 863, 2.

3) Ср. выше, § 50.

4) ZGB. 863, 2.

5) ZGB. 865, 872.

6) BGB. 873.

7) BGB. 875, ср. 1183.

8) BGB. 1163. Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 921 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 724 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 513 flg., Kober, Sachenrecht ad 1163 flg. Тутъ же имѣется перечень спеціальной литературы по вопросу объ ипотекѣ собственника. Ср., впрочемъ, также Hachenburg, Vorträge, S. 510 flg.

сится равно къ ипотекѣ оборотной, какъ къ ипотекѣ обезпечительной съ тою лишь разницей, что, въ случаѣ уступки послѣ прекращенія требованія, только первая изъ нихъ пріобрѣтается подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги, между тѣмъ какъ вторая къ пріобрѣтателю не переходитъ, а остается ипотекой собственника [1]).

По вопросу же о послѣдствіяхъ погашенія замѣчается расхожденіе между германскимъ уложеніемъ и швейцарскимъ: первое изъ нихъ исходитъ, какъ извѣстно [2]), изъ воззрѣнія на залогъ, какъ на право вещное, простирающее свою силу на самую вещь и притомъ на всю вещь. Благодаря этому, погашеніе приводитъ къ повышенію послѣдующихъ ипотекъ.

Такимъ образомъ, можно сказать, что въ обоихъ новѣйшихъ уложеніяхъ принципіально признается начало внесенія, хотя и допускаются незначительныя отъ него отступленія.

II. Возникновеніе залога по проекту ВУ.

§ 56. Внесеніе статьи о залогѣ.

Вопросу о возникновеніи залога посвящена, прежде всего, ст. 47, гласящая, что „залогъ пріобрѣтается со времени внесенія обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ вотчинную книгу на основаніи договора или завѣщанія, или же на основаніи судебнаго рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія, либо земскаго, городского или общественнаго учрежденія“.

Къ сожалѣнію, необходимо замѣтить въ первую голову, что редакція этой статьи является не совсѣмъ удачной въ троякомъ отношеніи.

Здѣсь, во-первыхъ, упоминается о внесеніи въ вотчинную книгу требованія. Уже по поводу проекта 1893 г., пользовавшагося тѣмъ же самымъ оборотомъ, было замѣчено [1]), что вносится не обязательственное требованіе, а право залога. Это замѣчаніе сохраняетъ свое значеніе, разумѣется, и въ настоящее время. Ибо если въ статьѣ о залогѣ и указывается подробно обязательственное требованіе [2]), то все же вносится не оно, а, напротивъ, возникающее въ обезпеченіе его вотчинное право. Требованіе же сохраняетъ свой чисто обязательственный характеръ и уже по одному этому не можетъ, въ силу ст. 1 ВУ., подлежать внесенію въ книгу.

Второе возраженіе должно касаться термина „пріобрѣтается“. Нельзя сказать, чтобы онъ былъ неправильнымъ. Но онъ недостаточно точенъ именно въ данномъ случаѣ. Дѣло въ томъ, что рѣчь идетъ не о пріобрѣтеніи вообще, а лишь о пріобрѣтеніи залога первымъ управомоченнымъ, о возникновеніи или установленіи его. Провозглашаемый ст. 47 принципъ внесенія имѣетъ силу для залога лишь при возникновеніи его, между тѣмъ, какъ залогъ можетъ быть пріобрѣтаемъ цессіонаріями перваго вѣрителя также и внѣ книги, посредствомъ актовой цессіи [3]), другими словами, внѣ зависимости отъ принципа внесенія. Въ виду этого, безспорно желательно провести грань между этими двумя понятіями и выяснить точнѣе, что ст. 47 относится лишь къ случаю первоначальнаго установленія залогового права.

Правда, можно предполагать, что формулировка, избранная ст. 47, не вызоветъ на практикѣ никакихъ недоразумѣній. Но въ видахъ научнаго достоинства проекта было бы все же желательно пользоваться болѣе точнымъ терминомъ.

Наконецъ, нельзя не указать на то, что проектъ оста-

1) Ср., кромѣ указанной въ предыдущемъ примѣчаніи литературы, въ особенности Wolff, Sachenrecht, S. 543 flg.

2) Ср. выше, § 50.

1) Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 409. Тутъ же имѣется довольно правдоподобное указаніе на ходъ мыслей, благодаря которому комиссія приняла именно такую терминологію.

2) Ср. ВУ. 195.

3) Ср. ниже, §§ 74 сл.

вляетъ недоговореннымъ, въ силу какого юридическаго факта собственно возникаетъ залогъ. Онъ говоритъ, что залогъ пріобрѣтается „со времени внесенія", послѣдовавшаго на опредѣленномъ основаніи [1]). Было бы, несомнѣнно, правильнѣе утверждать, что это происходитъ „въ силу" или „вслѣдствіе" внесенія. Впрочемъ, и тутъ не приходится опасаться практическихъ недоразумѣній. Но и тутъ, очевидно, не соблюдены требованія elegantiae juris. А кромѣ того, предлагаемая формулировка явно способствуетъ воззрѣнію, противъ котораго сама редакціонная комиссія протестуетъ довольно энергично, говоря [2]), что „подъ внесеніемъ залога слѣдуетъ понимать не простое лишь оглашеніе права, уже возникшаго ранѣе, не укрѣпленіе права", а именно „необходимое условіе его возникновенія".

Но несмотря на всѣ эти недочеты, можно все же констатировать, что проектъ въ ст. 47 провозглашаетъ принципъ внесенія и притомъ въ абсолютной формѣ. Ни здѣсь, ни въ другихъ своихъ постановленіяхъ, онъ не допускаетъ никакихъ исключеній. Тѣмъ самымъ устраняется возможность возникновенія залога внѣ книги.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, уже изъ той же ст. 47 явствуетъ, что внесеніе само по себѣ, какъ формальный актъ, безсильно создать залоговое право. Для достиженія своей цѣли оно должно происходить, во-первыхъ, на опредѣленномъ правооснованіи, а во-вторыхъ, оно должно служить обезпеченію обязательственнаго требованія. Проектъ, слѣдовательно, отвергаетъ также и въ области залога принципъ формальной силы внесенія [3]).

1) Тѣмъ же оборотомъ проектъ пользуется въ ст. 20 и 27 по отношенію къ праву собственности и правамъ въ чужой недвижимости. Ср. выше, т. I, § 30.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277, 1896 г. I, стр. 294. Ср. сказанное выше, т. I, § 11, по поводу редакціи ст. 3 ВУ.

3) Ср. выше, т. I, § 14.

Но прежде, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію значенія которое имѣютъ для возникновенія залога правооснованіе и обязательственное требованіе, необходимо указать вкратцѣ на то, что внесеніе должно совершаться въ согласіи съ принципомъ спеціальности. Правда, этотъ принципъ имѣетъ значеніе также и для другихъ вотчинныхъ правъ, вслѣдствіе чего его нормировка должна бы быть отнесена къ общей части проекта, носящей названіе Введенія [1]). Но съ другой стороны, онъ важенъ, въ особенности, для залогового права и можно даже сказать, что онъ, какъ въ силу самой своей природы, такъ и по историческому своему развитію разсчитанъ, прежде всего, на него. Въ виду этого вполнѣ понятно, если проектъ ВУ. особо предписываетъ его соблюденіе, именно, по отношенію къ залогу.

Ст. 48 гласитъ, что „залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ и лишь на всемъ недвижимомъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, или на всей долѣ въ имѣніи, если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности" [2]). Такимъ образомъ, здѣсь выставляется начало спеціальности въ томъ двоякомъ смыслѣ, въ каковомъ оно признается современнымъ вотчиннымъ правомъ: каждое вотчинное право должно имѣть опредѣленное содержаніе и опредѣленный объемъ и каждое право должно относиться къ одной опредѣленной недвижимости.

По отношенію къ залогу интересъ представляетъ, прежде всего, вопросъ объ объемѣ его, въ виду чего проектъ и требуетъ установленія его „только въ опредѣленной суммѣ". О необходимости подобной нормы говорить не приходится — она ясна сама собой. И столь же ясно, что несоблюденіе ея приводитъ къ недѣйствительности внесенной статьи: за-

1) Ср. выше, т. I, § 26.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 288 сл., 1896 г. I, стр. 306 сл.

лога не въ опредѣленной суммѣ быть не можетъ и запись о немъ должна считаться pro non scripta. Она подлежитъ, поэтому, уничтоженію по распоряженію начальника вотчиннаго установленія по собственной его иниціативѣ, независимо отъ требованія собственника или какихъ либо другихъ заинтересованныхъ лицъ [1]).

Однако, нашъ проектъ, въ силу требованій современнаго оборота, признаетъ особую форму ипотеки, ипотеку кредитную [2]), сущность которой сводится къ тому, что при внесеніи залога устанавливается сумма, въ предѣлахъ коей отвѣчаетъ недвижимость, между тѣмъ какъ объемъ дѣйствительной обремененности участка въ каждый данный моментъ находится въ зависимости отъ перемѣнной величины обязательственнаго требованія. На первый взглядъ можетъ показаться, будто этимъ нарушается принципъ спеціальности [3]). Но если принять во вниманіе цѣль, ради которой выставляется начало спеціальности, то становится яснымъ, что въ кредитномъ залогѣ не заключается никакого отступленія отъ него. Вѣдь оно признается не по бухгалтерскимъ соображеніямъ съ тѣмъ, чтобы въ любое время можно было установить сумму обремененій, лежащихъ на недвижимости, а для того, чтобы обезпеченность младшихъ по отношенію къ данной ипотекѣ правъ не пострадала отъ могущихъ произойти увеличеній ея, другими словами, чтобы максимальная цѣнность предыдущихъ ипотекъ была величиной постоянной. А это вполнѣ достигается установленіемъ предѣльной суммы. Напротивъ, возможность, что дѣйствительная сумма требованія будетъ ниже предѣльной, не нарушаетъ ничьихъ ин-

1) Ср. ВУ. 138. См. о неудовлетворительной нормировкѣ вопроса объ исправленіи вотчинной книги выше, т. I, § 17.

2) Ср. ниже, § 65.

3) Такое мнѣніе высказывается въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 17. Противъ него возражаетъ особая комиссія — см. Ж. О. К., стр. 141.

тересовъ и оставляетъ совершенно незатронутыми тѣ цѣли, ради которыхъ провозглашается принципъ спеціальности.

Не больше затрудненій представляетъ это начало и въ примѣненіи къ недвижимости. Наиболѣе послѣдовательнымъ было бы, разумѣется, допущеніе установленія залога лишь на опредѣленномъ имѣніи и притомъ на всемъ имѣніи. Однако, практическія соображенія требуютъ смягченія принципа въ одномъ отношеніи: если недвижимость состоитъ въ сособственности нѣсколькихъ лицъ, то допускается установленіе залога также и въ идеальныхъ доляхъ каждаго сособственника. На эту точку зрѣнія сталъ и нашъ проектъ въ виду того, что противоположнымъ правиломъ чрезмѣрно суживались бы права сособственниковъ [1]). И такъ какъ при внесеніи права сособственности доли отдѣльныхъ сособственниковъ должны быть точно обозначены [2]), то, съ одной стороны, требованіе опредѣленности объекта вполнѣ соблюдается и при такомъ порядкѣ, а съ другой, не слишкомъ страдаютъ ясность и наглядность вотчинной книги.

Напротивъ, реальныя части имѣнія не могутъ быть объектомъ особыхъ правъ, а въ частности, ипотеки [3]). Если появляется экономическая потребность въ этомъ, то она можетъ быть удовлетворена путемъ выдѣленія даннаго участка, съ заведеніемъ для него особой вотчинной книги. Подобное ограниченіе вызывается, какъ трудностью точнаго опредѣленія въ книгѣ данной реальной части — пришлось бы завести для нея въ предѣлахъ четвертаго отдѣла какъ бы особый первый отдѣлъ вотчинной книги [4]), такъ и въ интересахъ наглядности книги.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 291 сл., 1896 г. I, стр. 309 сл.

2) ВУ. 131, 195,6.

3) ВУ. этого правила прямо не высказываетъ, такъ какъ оно слѣдуетъ непосредственно изъ ст. 48. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 291, 1896 г. I, стр. 308 сл.

4) ВУ. 118.

Итакъ, примѣненіе принципа спеціальности къ залогу въ проектѣ ВУ. не вызываетъ никакихъ затрудненій. Остается только замѣтить, что таковыя не проявляются и по вопросу о допустимости совокупной ипотеки, обременяющей нѣсколько недвижимостей по началамъ солидарной отвѣтственности. Начало спеціальности затрогивается тутъ въ обоихъ проявленіяхъ, но оно ничуть не нарушается. А именно, объекты права обладаютъ, несмотря на множественность, полною опредѣленностью, и объемъ обезпечиваемаго требованія точно установленъ, причемъ, съ практической точки зрѣнія, наблюдается извѣстное сходство между совокупной ипотекой, лежащей на каждой изъ обремененныхъ недвижимостей, и кредитнымъ залогомъ. Если же совокупный залогъ признается, тѣмъ не менѣе, проектомъ ВУ. только въ видѣ исключенія [1]), то причиной тому являются уже соображенія цивильно-политическія. На нихъ же покоится и ст. 58, согласно которой „кредиторъ можетъ обезпечить свое требованіе на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, раздѣливъ сумму требованія на нѣсколько частей по числу имѣній, на коихъ устанавливается принудительный залогъ“ [2]). Напротивъ, къ принципу спеціальности это постановленіе не имѣетъ прямого отношенія, хотя на первый взглядъ и можетъ получиться именно такое впечатлѣніе.

§ 57. Правооснованіе внесенія.

Проектъ признаетъ не менѣе четырехъ правооснованій внесенія статьи о залогѣ, а именно, договоръ, завѣщаніе, судебное рѣшеніе и распоряженіе правительственнаго, земскаго, городского или общественнаго учрежденія. На основаніи первыхъ двухъ возникаетъ залогъ добровольный, между тѣмъ какъ въ остальныхъ случаяхъ устанавливается принудительный залогъ. Напротивъ, законъ, какъ таковой,

1) Ср. ниже, § 66.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 337 сл., 1896 г. I, стр. 342 сл.

не только не приводитъ, въ нарушеніе принципа внесенія, къ непосредственному возникновенію залога, но и не служитъ правооснованіемъ внесенія — въ противоположность другимъ современнымъ кодексамъ [1]). Составители проекта были, очевидно, того мнѣнія, что господствующія у насъ экономическія условія не вызываютъ необходимости въ предоставленіи опредѣленнымъ требованіямъ подобнаго льготнаго положенія. Насколько такой взглядъ правиленъ, это можетъ быть выяснено, разумѣется, только со временемъ, на основаніи практическаго опыта.

Что касается договора, то почти излишне говорить, что рѣчь идетъ здѣсь о вотчинномъ договорѣ, заключенномъ между сторонами въ вотчинномъ установленіи или у нотаріуса и содержащемъ въ себѣ соглашеніе объ установленіи залога въ недвижимости одной изъ сторонъ съ цѣлью обезпеченія обязательственнаго требованія другой стороны [2]). Само собой разумѣется и то, что договоръ этотъ является, съ матеріальной точки зрѣнія, чѣмъ то самостоятельнымъ, отдѣльно существующимъ отъ могущаго быть заключеннымъ между сторонами договора объ обезпечиваемомъ обязательствѣ [3]). Въ этомъ отношеніи договоръ о залогѣ нисколько не отличается отъ договоровъ объ установленіи какихъ либо другихъ вотчинныхъ правъ. Въ частности же слѣдуетъ отмѣтить, что и этотъ договоръ долженъ имѣть каузальный характеръ, какъ всѣ вотчинные договоры, заключаемые въ силу постановленій

1) Ср. BGB. 648, Gesetz v. 1. 6. 1909 über die Sicherung der Bauforderungen, bes. 9 flg., ZGB. 820, 837 flg.

2) ВУ. 4, 248 сл., 282, 292 сл. — Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 281 сл., 1896 г. I, стр. 298 сл. Если, впрочемъ, Объясненія называютъ договоръ о залогѣ соглашеніемъ, „въ силу коего должникъ установляетъ на своемъ имѣніи залогъ въ пользу кредитора, обезпечивающій извѣстное требованіе сего послѣдняго“, то это довольно неточно и можетъ опять таки вызвать впечатлѣніе, будто за внесеніемъ признается лишь значеніе укрѣпленія или оглашенія уже возникшаго на основаніи договора залогового права.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 281, 1896 г. I, стр. 298.

нашего проекта [1]). Если же редакціонная комиссія указываетъ, кромѣ того, еще и на то [2]), что правоосновапіемъ для внесенія долженъ служить именно договоръ, а не одностороннее согласіе на внесеніе собственника, то это вытекаетъ уже какъ изъ дословнаго смысла ст. 47, такъ и вообще изъ всей системы проекта ВУ.

Никакихъ сомнѣній по своей сущности не вызываетъ и завѣщаніе въ качествѣ правоосновапія для внесенія залога. Съ одной стороны, какъ замѣчаютъ и Объясненія [3]), нельзя сомнѣваться въ правѣ наслѣдодателя распоряжаться своимъ имуществомъ на случай смерти также и въ этой формѣ, а съ другой — ясно, что подобное распоряженіе можетъ играть, при господствѣ вотчинной системы, роль только правоосновапія, а не факта, непосредственно созидающаго данное право. Мимоходомъ слѣдуетъ отмѣтить развѣ еще то, что въ практической необходимости завѣщательнаго залога въ обезпеченіе отказанныхъ въ завѣщаніи суммъ [4]) не можетъ быть сомнѣнія въ особенности тогда, когда недвижимость, во избѣжаніе ея дробленія, предоставляется лишь одному изъ сонаслѣдниковъ. Напротивъ, меньшую и, пожалуй, даже довольно незначительную роль сыграетъ, по всей вѣроятности, на практикѣ завѣщательный залогъ въ обезпеченіе существующаго уже требованія [5]).

1) Ср. выше, т. I, § 14.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 282, 1896 г. I, стр. 299.

3) 1893 г. I, стр. 282 сл., 1896 г. I, стр. 299 сл.

4) Мимоходомъ стоитъ, впрочемъ, отмѣтить какъ черту, характерную для несогласованности нашихъ гражданско-правовыхъ законопроектовъ, что ВУ. 52 упоминаетъ объ отказахъ, а совпадающая съ нею статья 1046 проекта ГУ.— объ „отказанныхъ по завѣщанію суммахъ“, между тѣмъ какъ тотъ же проектъ ГУ. въ отдѣлѣ наслѣдственнаго права рѣшительно отклоняетъ институтъ отказовъ — ср. объ этомъ рецензіи автора о книгѣ Зелера: Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuches въ Ж. М. Ю. 1912, 4, стр. 352 сл., и Kritische Vierteljahrsschrift 1912, 3, S. 386 flg.

5) Казалось бы, что онъ можетъ пріобрѣсти значеніе лишь въ такихъ случаяхъ, когда между вѣрителемъ и завѣщателемъ существовали такія особыя личныя отношенія, которыя не переходятъ на наслѣдниковъ послѣдняго. Но такіе случаи едва ли будутъ встрѣчаться очень часто.

Можно, впрочемъ, упомянуть о томъ, что вопросъ о допустимости этого второго вида завѣщательнаго залога возбудилъ споры въ средѣ редакціонной комиссіи при составленіи проекта 1893 г. и былъ тогда рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ [1]). Затѣмъ, однако, комиссія измѣнила свое мнѣніе и въ проектъ 1896 г. вошла уже ст. 52 съ нынѣшнимъ своимъ содержаніемъ, причемъ, однако, не указывается въ Объясненіяхъ, на основаніи какихъ соображеній мнѣніе прежняго меньшинства было признано правильнымъ всею комиссіей [2]).

Но какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ нѣтъ причины возражать противъ окончательнаго рѣшенія комиссіи. Не можетъ быть сомнѣній въ правѣ завѣщателя дѣлать распоряженіе объ установленіи залога, а тѣ злоупотребленія, которыхъ опасалось большинство комиссіи въ 1893 г., едва ли имѣютъ реальное значеніе.

Напротивъ, не малыя сомнѣнія должно вызвать третье изъ предусмотрѣнныхъ проектомъ правооснованій залога, а именно судебное рѣшеніе. Здѣсь не мѣсто входить ни въ конструктивную, ни въ цивильно-политическую оцѣнку принудительнаго залога, вносимаго на основаніи судебнаго рѣшенія [3]). Но нельзя не указать уже здѣсь на то обстоятельство, что при признаніи вообще принудительнаго залога непослѣдовательно и даже неправильно проводить грань между вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ, съ одной сто-

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 301 сл.

2) Въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 317 сл. передаются лишь соображенія прежняго меньшинства. Ср., кромѣ того, Св. Зам., № 152, гдѣ Ревельскимъ Окружнымъ Судомъ излагаются доводы противъ нормировки, принятой проектомъ 1893 г. Довольно своеобразная мысль высказывается, впрочемъ, въ Св. Зам., № 153. Тутъ предлагается отнести завѣщательный залогъ къ залогу принудительному — „такъ какъ онъ устанавливается безъ согласія наслѣдника должника и безъ согласія кредитора“. Тотъ же критикъ желаетъ, впрочемъ, связать завѣщательный залогъ „съ ограниченіемъ права отчужденія и залога“ — Св. Зам., № 163.

3) Ср. ниже, § 64.

роны, и не вступившимъ въ законную силу или неокончательнымъ рѣшеніемъ и постановленіемъ суда объ обезпеченіи иска, съ другой, въ томъ смыслѣ, что лишь по первому вносится запись о залогѣ, между тѣмъ какъ по вторымъ вносится лишь отмѣтка [1]). Это слѣдуетъ сказать притомъ, не только въ видахъ сохраненія чистоты понятія отмѣтки [2]), но также и съ чисто практической точки зрѣнія. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ публичной продажи недвижимости отмѣтка о принудительномъ залогѣ обладаетъ совершенно тою же самой силой, какъ и запись о немъ и управомоченный по отмѣткѣ получаетъ удовлетвореніе въ томъ же порядкѣ и въ томъ же размѣрѣ [3]). Къ тому же можно отмѣтить лишній разъ, что въ признаніи такой отмѣтки ипотекой не крылось бы ни неосторожности ни жестокости по отношеніи къ должнику, такъ какъ принудительный залогъ является строго акцессорнымъ.

Никакого интереса съ цивилистической точки зрѣнія не представляетъ второй, предусмотрѣнный проектомъ видъ принудительнаго залога — залогъ, вносимый на основаніи распоряженія правительственныхъ и другихъ публично-правовыхъ установленій. Тутъ рѣшающую роль сыграли исключительно фискальныя соображенія [4]). И остается только высказать сомнѣніе, съ одной стороны, въ необходимости этого новаго института, такъ какъ интересы фиска и безъ того достаточно обезпечены проектами ВУ. и ППВ. [5]), а съ другой — въ обоснованности приравненія распоряженій этихъ мѣстъ къ вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніямъ. Что касается этого, то, по системѣ проекта, слѣдовало допускать внесеніе не записи, а лишь отмѣтки, пока за собствен-

1) ВУ. 55, 149, 151.
2) Ср. выше, т. I, §§ 24, 25.
3) Проектъ ППВ. 173,3, 200, 203.
4) Объясненія 1893 г. I, стр. 334 сл., 1896 г. I, стр. 340 сл.
5) Ср. ВУ. 11,2 и 12,2, ППВ. 197,2 и 200,3.

никомъ-должникомъ остается право обжалованія данныхъ распоряженій.

Редакціонная комиссія, впрочемъ, излагая ученіе о правоосновании залога, высказываетъ мнѣніе [1]), что подъ правоосновaніемъ слѣдуетъ понимать „отдѣльное отъ самого требованія право домогаться особаго для этого требованія обезпеченія въ видѣ установленія залога“. Это, конечно, неправильно. Правооснованіе никоимъ образомъ не есть право, а есть лишь юридическій фактъ или совокупность юридическихъ фактовъ, при наличности которыхъ внесеніе въ книгу приводитъ къ возникновенію залога. Но, разумѣется, изъ правооснованія можетъ вытекать упоминаемое Объясненіями право требовать внесенія залога. При этомъ, договоръ о залогѣ, по конструкціи проекта ВУ., самъ по себѣ заключаетъ въ себѣ обращенное къ вотчинному установленію требованіе внесенія [2]), между тѣмъ какъ по завѣщанію должно быть подано особое прошеніе, за исключеніемъ одного, предусмотрѣннаго въ проектѣ случая, когда распоряженіе завѣщателя объ установленіи залога принимается въ соображеніе вотчиннымъ установленіемъ ex officio [3]). Напротивъ, судебное рѣшеніе, какъ таковое, не имѣетъ никакого отношенія къ залогу. Оно пріобрѣтаетъ его только вслѣдствіе предпринятія взыскателемъ опредѣленныхъ шаговъ [4]). Наконецъ, распоряженіе правительственнаго или другого присутствія можетъ быть приравнено скорѣе всего къ договору о залогѣ, такъ какъ въ немъ сливаются въ одно и правооснованіе въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. установленіе наличности недоимки

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 279, 1896 г. I, стр. 296.
2) ВУ. 274 сл. Ср. выше, т. I, §§ 14, 15.
3) ВУ. 145 сл., 148.
4) ВУ. 149 сл. Въ этихъ статьяхъ упоминается, впрочемъ, только о представленіи въ вотчинное установленіе исполнительнаго листа. Но совершенно ясно, что такое представленіе должно быть сопровождено просьбой о внесеніи статьи, на каковую и указывается мимоходомъ въ ст. 132, 1.

и обращенное къ вотчинному установленію требованіе внесенія залога.

По этому поводу редакціонною комиссіей выдвигается вопросъ [1]), подлежитъ ли уступкѣ право на внесеніе залога, вытекающее изъ одного изъ предусмотрѣнныхъ въ проектѣ правооснованій?

Подобное право является, безспорно, правомъ личнымъ, не имѣющимъ силы противъ третьихъ лицъ, въ частности, противъ сингулярныхъ правопреемниковъ должника. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не считать его правомъ акцессорнымъ, существующимъ ради опредѣленнаго или опредѣлимаго обязательственнаго требованія и находящимся въ строгой отъ него зависимости. Въ силу самой сущности дѣла немыслимо, чтобы за извѣстнымъ лицомъ признавалось право на внесеніе залога внѣ подобной зависимости. Поэтому и не можетъ быть рѣчи о самостоятельной уступкѣ права на внесеніе, не говоря уже объ уступкѣ самаго правооснованія.

Другой вопросъ, разумѣется, — переходитъ ли право на внесеніе залога къ лицу, пріобрѣвшему обязательственное требованіе. На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить, очевидно, утвердительно, если только между сторонами не оговорено противное. Въ правѣ на внесеніе отсутствуетъ элементъ личный, который могъ бы воспрепятствовать переходу его къ третьему лицу и, какъ акцессорное, оно должно раздѣлять судьбу права главнаго. Къ тому же слѣдуетъ имѣть въ виду, что цѣнность самаго обязательственнаго требованія, а слѣдовательно и его оборотоспособность, зависятъ въ значительной мѣрѣ отъ степени обезпеченности его. И при молчаніи по этому вопросу проекта ВУ., кажется вполнѣ допустимымъ по аналогіи примѣнять ст. 85, признающую за ипотечнымъ кредиторомъ право уступать обезпеченное залогомъ требованіе и тѣмъ самымъ признающую переходъ,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 279 сл., 1896 г. I, стр. 296 сл.

вмѣстѣ съ требованіемъ, обезпечивающаго его залогового права.

По мнѣнію редакціонной комиссіи этотъ вопросъ имѣетъ, впрочемъ, значеніе только по отношенію къ завѣщательному и принудительному залогу, не касаясь вовсе залога договорнаго, такъ какъ договоры о залогѣ, заключаемые по проектамъ 1893 и 1896 гг. исключительно въ вотчинномъ установленіи, считаются окончательными. Благодаря этому, дальнѣйшее производство по внесенію имѣетъ мѣсто ex officio, помимо всякаго участія сторонъ.

Для предварительныхъ двухъ проектовъ это утвержденіе, безспорно, правильно, хотя и можно замѣтить, что невозможность уступки вытекаетъ не изъ самаго существа договора о залогѣ, а лишь изъ положительныхъ нормъ, выставленныхъ проектомъ по чисто практическимъ соображеніямъ. Только благодаря имъ, создается единство договора и внесенія, приводящее къ тому, что правооснованіе, возникая и исполняя свои функціи, одновременно лишается и всякаго самостоятельнаго значенія. Но съ точки зрѣнія отвлеченной теоріи, все же создается право на внесеніе, которое и можетъ быть уступлено, хотя бы это практически и оказалось невозможнымъ.

Однако, проектъ ВУ. 1907 г. допускаетъ заключеніе вотчинныхъ договоровъ не только въ вотчинномъ установленіи, но также и у нотаріуса [1]). И если соображенія редакціонной комиссіи сохраняютъ свое значеніе для договоровъ первой категоріи, то они не могутъ быть примѣнены столь же безусловно къ вотчиннымъ договорамъ нотаріальнымъ. Здѣсь, именно, составителямъ проекта не удалось создать то единство акта и внесенія, къ которому они стремились — принятыя ими для этой цѣли практическія мѣры оказываются недостаточными [2]). Въ частности, мыслимо совершеніе собственникомъ, въ промежутокъ времени между заключеніемъ

1) ВУ. 4, ср. Ж. О. К., стр. 49 сл.
2) Ср. выше, т. I, § 15.

договора и полученіемъ его въ вотчинномъ установленіи, такихъ актовъ распоряженія, вслѣдствіе которыхъ начальникъ установленія можетъ пріостановить, въ силу ст. 276,2, внесеніе соотвѣтствующей статьи. Тогда, безспорно, право на внесеніе принимаетъ актуальный и, въ извѣстномъ смыслѣ, самостоятельный характеръ. И тогда же, очевидно, становится возможнымъ его уступка третьему лицу, вмѣстѣ съ уступкой обязательственнаго требованія.

Гораздо проще обстоитъ дѣло съ залогомъ завѣщательнымъ. Изъ завѣщательнаго распоряженія вытекаетъ право легатарія на внесеніе. И едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что это право свободно можетъ быть уступаемо вмѣстѣ съ подлежащимъ обезпеченію требованіемъ.

Что же касается роли судебнаго рѣшенія или въ частности, исполнительнаго листа, то уже выше было указано на то, что исполнительный листъ, какъ таковой, никакого отношенія къ залогу не имѣетъ до подачи взыскателемъ соотвѣтствующаго прошенія въ вотчинное установленіе. До этого момента нельзя считать исполнительный листъ правоосновaніемъ для залога. Онъ обладаетъ вполнѣ самостоятельнымъ характеромъ и можетъ быть, какъ извѣстно, свободно уступаемъ третьему лицу. При этомъ, само собой разумѣется, что пріобрѣтатель правъ по исполнительному листу можетъ, со своей стороны, принять мѣры ко внесенію принудительнаго залога.

Другой вопросъ, возможна ли уступка правъ на внесеніе послѣ установленія связи между исполнительнымъ листомъ и залогомъ, т. е. послѣ подачи соотвѣтствующаго прошенія съ представленіемъ исполнительнаго листа въ вотчинное установленіе. Прямого отвѣта съ указаніемъ формъ, въ которыхъ должна была бы совершаться уступка, проектъ не даетъ. А съ другой стороны, формы, предусмотрѣнныя для уступки залогового права, тутъ неприменимы. Въ виду этого, необходимо притти къ выводу, что послѣ указаннаго

момента уступка права на внесеніе не допустима и это тѣмъ болѣе, что такой результатъ вполнѣ цѣлесообразенъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ могли бы пострадать ясность и наглядность книги. Слѣдовательно, поступающее въ вотчинное установленіе извѣщеніе о совершившейся цессіи обязательственнаго требованія, съ просьбой о внесеніи залога уже въ пользу цессіонарія, должно игнорироваться. Если притомъ уже были приняты мѣры къ исполненію просьбы о внесеніи, въ частности, если она уже была внесена въ реестръ, то кромѣ того, и принципъ единства акта внесенія [1]) не позволяетъ считаться съ цессіей. Если же просьба о внесеніи еще не получила движенія, то за просителемъ должно быть признано право взять ее обратно [2]), съ тѣмъ, чтобы она была возобновлена уже цессіонаріемъ.

Кажется, что этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ по постановленіямъ проекта, именно, такъ—вопреки утвержденію Объясненій, не вполнѣ, впрочемъ, ясному.

Можно прибавить, что и съ точки зрѣнія потребностей оборота другое рѣшеніе едва ли является необходимымъ или хотя бы желательнымъ. Къ тому же трудно предполагать, чтобы поставленный редакціонною комиссіей вопросъ вообще имѣлъ сколько нибудь серьезное практическое значеніе. Едва ли проявится особенно сильная потребность въ уступкѣ права на внесеніе залога, именно, въ промежутокъ времени между подачей просьбы о внесеніи и совершеніемъ внесенія. И это приходится предполагать тѣмъ болѣе, что цессія можетъ быть совершена безпрепятственно тотчасъ же послѣ завершенія этого обряда.

§ 58. Обезпечиваемое требованіе.

Залогъ признается проектомъ, какъ извѣстно, правомъ акцессорнымъ, абстрактное же обремененіе недвижимости

1) Ср. ВУ. 224 сл., въ особ. 240, 274 сл.
2) По аналогіи со ст. 276, 1.

въ формѣ вотчиннаго долга не допускается. Вслѣдствіе этого, для возникновенія залога существенно, наряду со внесеніемъ, происходящимъ въ силу опредѣленнаго правоосно-ванія, еще наличность обязательственнаго требованія, ради котораго и существуетъ самый залогъ. Происхожденіе требованія, при этомъ, вполнѣ безразлично. Оно можетъ быть, какъ договорнымъ, такъ и внѣдоговорнымъ, въ частности, деликтнымъ. Это, впрочемъ, разумѣется, въ сущности, самой собой. Но проектъ все же считаетъ нужнымъ указать на это особо, пользуясь, при этомъ, неудачнымъ пріемомъ перечисленія нѣкоторыхъ примѣровъ, вмѣсто указанія общаго начала [1]).

Объясненія указываютъ [2]), однако, по этому поводу вполнѣ основательно еще и на то, что вотчинное установленіе не должно входить при внесеніи залога въ разсмотрѣніе вопроса о дѣйствительности требованія съ матеріальной точки зрѣнія. Напротивъ, оно обязано лишь удостовѣриться въ томъ, существуетъ ли, съ формальной точки зрѣнія, обязательственное требованіе. И если это условіе соблюдено, то внесеніе должно послѣдовать безпрепятственно.

Съ этимъ замѣчаніемъ нельзя не согласиться, такъ какъ оно непосредственно вытекаетъ изъ современнаго принципа формальной легальности, возлагающаго на вотчинныя установленія лишь обязанность наблюдать за закономѣрностью сдѣлки съ формальной точки зрѣнія [3]).

Однако, въ непосредственной связи съ этимъ, возникаетъ вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ и какія послѣдствія влечетъ за собой внесеніе въ вотчинную книгу залога, если оно послѣдовало несмотря на то, что подлежащаго обезпеченію требованія не существовало. Возникаетъ ли въ такомъ случаѣ залоговое право и какое, при отрицательномъ отвѣтѣ, должно быть признано значеніе за внесенной въ вотчинную книгу статьей?

1) Ст. 52.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277 сл., 1896 г. I, стр. 295 сл.

3) Ср. выше, т. I, § 10.

На эти вопросы ни самъ проектъ, ни матеріалы не даютъ прямого отвѣта. Между тѣмъ, ихъ рѣшеніе является необходимымъ.

Для выясненія этой проблемы слѣдуетъ провести грань между случаями двоякаго рода. Мыслимо, во-первыхъ, что обязательственное требованіе недѣйствительно, и во-вторыхъ что оно еще не существуетъ, но что его возникновеніе въ будущемъ предполагается. Въ этомъ второмъ случаѣ будетъ на лицо залогъ кредитный въ обезпеченіе обязательства, могущаго возникнуть лишь въ будущемъ или могущаго лишь въ будущемъ достигнуть извѣстной предѣльной суммы [1]).

Обращаясь сначала къ второму изъ этихъ двухъ случаевъ, можно сказать, что онъ возбудилъ интересъ также и въ средѣ редакціонной комиссіи. По поводу его Объясне-

1) Въ связи съ этимъ слѣдуетъ указать на утвержденіе Объясненій 1893 г. I, стр. 308, 1896 г. I, стр. 322, согласно которому внесеніе записи о кредитномъ залогѣ „предполагаетъ непремѣннымъ условіемъ существованіе, во время установленія залога, по крайней мѣрѣ того извѣстнаго, конкретнаго правоотношенія, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть“. Съ точки зрѣнія проекта ВУ., съ этимъ необходимо согласиться, но лишь потому, что ст. 195 требуетъ, чтобы въ вотчинной книгѣ означалось „происхожденіе требованія, а именно, проистекаетъ ли оно изъ займа, или купли-продажи, поставки, подряда и т. п“. Но изъ самой сущности кредитнаго залога это правило нисколько не вытекаетъ — вопреки утвержденію Объясненій. Вполнѣ мыслимо, напротивъ, и обезпеченіе имъ всѣхъ вообще требованій, могущихъ возникнуть въ будущемъ въ пользу даннаго кредитора. Это и признается по отношенію къ германскому уложенію мнѣніемъ, господствующимъ въ литературѣ, хотя имѣются и противники его. Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 907 Anm. 44, Dernburg, Sachenrecht, S. 808, Kober ad 1190, P. 2 a. То же воззрѣніе защищаетъ, по отношенію къ швейцарскому уложенію, Wieland, Sachenrecht ad 824, 825, P. 5 a. И въ самомъ дѣлѣ, ни въ одномъ изъ обоихъ уложеній нѣтъ постановленій, опровергающихъ правильность такого взгляда, въ частности нѣтъ предписаній, аналогичныхъ ст. 195 проекта ВУ. — ср. BGB. 1115, ZGB. 794 flg., 824 flg.

нія замѣчаютъ [1]), что „установленіе кредитнаго залога само по себѣ не порождаетъ этого права въ пользу кредитора“. Залогъ въ пользу кредитора возникаетъ лишь съ возникновеніемъ требованія и лишь въ предѣлахъ послѣдняго. При установленіи же залога требуется только наличность такого конкретнаго правоотношенія, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть. Но само собой разумѣется, что возникшій впослѣдствіи залогъ пользуется старшинствомъ по времени внесенія.

Нельзя сказать, чтобы формулировка выставляемыхъ тутъ въ Объясненіяхъ тезисовъ была особенно удачна. Ясно, что нельзя утверждать, къ тому же въ одной и той же фразѣ, что залогъ установленъ и что, тѣмъ не менѣе, въ пользу кредитора не возникло залогового права. По системѣ нашего проекта, не признающаго ипотеки собственника, это является непримиримымъ противорѣчіемъ, такъ какъ залогъ можетъ возникнуть только въ пользу другого, кромѣ собственника, лица, а слѣдовательно, въ каждомъ данномъ случаѣ, только въ пользу кредитора. Если же этого нѣтъ, то не можетъ быть и залога.

Несмотря на это, слѣдуетъ, однако, признать, что Объясненія, въ сущности, пользуются лишь неточной терминологіей, но имѣютъ въ виду, хотя и безсознательно, нѣчто вполнѣ правильное. А именно, нельзя не согласиться, что при данныхъ условіяхъ внесеніе записи о залогѣ не порождаетъ въ пользу кредитора залогового права. Но въ такомъ случаѣ не приходится и говорить объ установленіи залога. На лицо имѣется лишь фактъ, что въ книгу внесена запись о залогѣ. Однако, до возникновенія требованія и пріобрѣтенія залогового права кредиторомъ, запись эта исполняетъ, какъ сознаютъ и авторы Объясненій, только одну функцію: она сохраняетъ старшинство для имѣющаго возникнуть залога. Другими словами, она исполняетъ функціи отмѣтки о старшинствѣ, отличаясь отъ предусмотрѣнной въ проектѣ отмѣтки о старшинствѣ [1]) лишь въ одномъ отношеніи — она уже не нуждается ни въ какихъ дополнительныхъ внесеніяхъ и пріобрѣтаетъ полную силу записи, лишь только появляются матеріальныя для этого условія.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 307 сл., 1896 г. I, стр. 321 сл.

Въ виду этого остается признать, что и самый проектъ и Объясненія выражаются неточно, говоря, что залогъ вносится въ обезпеченіе будущаго требованія. На самомъ дѣлѣ, въ формѣ записи о залогѣ въ вотчинную книгу вносится ничто иное, какъ отмѣтка о будущемъ залогѣ, обладающая нѣсколько особымъ характеромъ, но все же представляющая полную аналогію къ отмѣткѣ о сохраненіи старшинства. И нельзя не замѣтить по этому поводу, что такой неудовлетворительный, съ конструктивной точки зрѣнія, результатъ является неминуемымъ послѣдствіемъ того, что проектъ ВУ. стремится къ достиженію цѣлей, отвѣчающихъ современнымъ функціямъ залога, относясь притомъ отрицательно къ техникѣ современнаго вотчиннаго права, а въ частности, не признавая ипотеки собственника. Ибо при помощи послѣдней желанная цѣль достигалась бы безъ всякихъ затрудненій [2]).

Аналогичное съ этимъ рѣшеніе долженъ получить вопросъ, какое создается положеніе тогда, когда уже возникшее по кредитному залогу требованіе не достигаетъ предѣльнаго размѣра. Залоговое право можетъ, очевидно, существовать только въ размѣрѣ возникшаго требованія. По отношенію же къ излишку запись о залогѣ продолжаетъ

1) ВУ. 68 сл. См. ниже, § 71.

2) См. BGB. 1163, ср. Gierke Privatrecht I, S. 902, Wolff, Sachenrecht, S. 543 flg., Kober ad 1168, P. II, 1 a. Швейцарское уложеніе соотвѣтствующаго постановленія прямо не высказываетъ. Но если сопоставить ст. 824, 813, 814, 863, то нельзя сомнѣваться въ томъ, что оно рѣшаетъ этотъ вопросъ такъ же, какъ уложеніе германское.

играть роль отмѣтки для сохраненія старшинства. Благодаря этому получается результатъ, что, при перемѣнномъ составѣ требованія, соотвѣтственно мѣняется и характеръ внесенной въ вотчинную книгу статьи. Это результатъ, разумѣется, не особенно удачный съ конструктивной точки зрѣнія. Но онъ неизбѣженъ при тѣхъ особенностяхъ, которыми обладаетъ нашъ проектъ. Впрочемъ, можно добавить, что подобный же, хотя и болѣе удовлетворительный перемѣнный характеръ свойственъ записи о кредитномъ залогѣ также и по германскому праву. Здѣсь, однако, колебанія происходятъ между ипотекой въ пользу кредитора и ипотекой собственника [1]) и внесенная въ вотчинную книгу статья все же неизмѣнно сохраняетъ характеръ записи о залогѣ.

Если обратиться, затѣмъ, къ вопросу о томъ, какое значеніе и какія послѣдствія имѣетъ статья, внесенная въ обезпеченіе недѣйствительнаго требованія, то необходимо признать, прежде всего, что недѣйствительность требованія должна повлечь за собой недѣйствительность и записи. Собственникъ имѣетъ, слѣдовательно, право требовать ея погашенія, если только недѣйствительность не была покрыта публичною вѣрой книги, до внесенія въ нее отмѣтки о предъявленіи собственникомъ соотвѣтствующаго иска.

Это, очевидно, и отвѣчаетъ воззрѣніямъ составителей проекта, правда, не нашедшимъ выраженія съ самомъ проектѣ [2]). Напротивъ, невозможно согласиться съ мнѣніемъ ихъ, насколько оно касается послѣдствій погашенія, послѣдовавшаго въ виду недѣйствительности требованія. Это мнѣніе сводится къ тому, что погашенная запись признается несуществующей и не существовавшей. Это вытекаетъ

1) Cp. Gierke, Privatrecht I, S. 908, Wolff, Sachenrecht, S. 553 flg., Kober ad 1190, P. 5.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277 сл., 509, 1896 г. I, стр. 295 сл., 512.

съ полною ясностью изъ сказаннаго въ Объясненіяхъ [1]) по поводу статьи о залогѣ, погашенной вслѣдствіе прекращенія залогового права. Такая статья пріобрѣтаетъ, въ силу ст. 108, значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ [2]). Что же касается статьи, погашенной въ виду недѣйствительности требованія, то редакціонная комиссія прямо заявляетъ, что тутъ „не можетъ быть и рѣчи о сохраненіи старшинства“.

Мотивировки столь рѣшительно высказываемаго мнѣнія не дается. Между тѣмъ, стоитъ представить себѣ послѣдствія такого рѣшенія, чтобы понять его неправильность. Эти послѣдствія еще сносны, если данный залогъ былъ единственнымъ, тяготѣвшимъ на имѣніи или если онъ былъ послѣднимъ. Тогда погашеніе его не производитъ, по крайней мѣрѣ, измѣненія въ правовомъ положеніи. Но если въ вотчинную книгу были внесены еще послѣдующіе залоги, то погашеніе приводитъ, разумѣется, къ повышенію ихъ. А благодаря этому, кредиторы пріобрѣтаютъ ничѣмъ не оправдываемую выгоду, собственникъ же терпитъ столь же необоснованный ущербъ. И притомъ, за кредиторами, въ случаѣ абсолютной ничтожности требованія, нельзя будетъ не признавать права предъявлять со своей стороны искъ о признаніи статьи о залогѣ недѣйствительною. Такимъ образомъ, погашеніе можетъ послѣдовать даже помимо воли собственника.

Можно, однако, констатировать, что воззрѣніе комиссіи о непримѣнимости въ разсматриваемомъ случаѣ ст. 108 въ самомъ проектѣ не нашло выраженія. Правда, статья эта говоритъ, что „по прекращеніи залогового права, статья о залогѣ погашается въ вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника. Съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ“. По дословному своему смыслу это постановле-

1) 1893 г. I, стр. 509, 1896 г. I, стр. 512.

2) Ср. ниже, § 59.

ніе, слѣдовательно, имѣетъ отношеніе только къ прекращенію залогового права, дѣйствительнаго при своемъ внесеніи. Напротивъ, прямого отношенія къ разсматриваемому случаю, въ которомъ залоговое право не могло прекратиться, такъ какъ оно никогда не существовало, ст. 108 не имѣетъ. Однако, съ другой стороны, вполнѣ ясно и неоспоримо, что соображенія, на которыхъ покоится она, имѣютъ общее значеніе: превращеніе статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ должно воспрепятствовать повышенію послѣдующихъ ипотекъ съ цѣлью предохранить отъ ущерба собственника недвижимости. И нѣтъ причинъ, по которымъ этой цѣли не слѣдовало бы имѣть въ виду при погашеніи недѣйствительнаго залога. Положеніе дѣла совершенно одинаковое въ обоихъ случаяхъ. Изъ сущности же погашенной статьи нельзя вывести ни одного аргумента въ пользу противоположнаго мнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, отчего собственникъ долженъ бы понести ущербъ, а кредиторы должны бы пріобрѣсти выгоду тогда, когда ипотека погашается изъ за недѣйствительности требованія, между тѣмъ какъ этого не должно быть, когда погашеніе происходитъ по другимъ причинамъ, напр., вслѣдствіе уплаты по требованію?

Въ виду всего этого, нельзя не признать, что ст. 108 должна быть примѣнена также и къ залогу, недѣйствительному вслѣдствіе недѣйствительности обязательственнаго требованія, другими словами, что погашеніе недѣйствительной записи о залогѣ происходитъ только по просьбѣ собственника и что статья о погашенномъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о сохраненіи старшинства. А вмѣстѣ съ тѣмъ, приходится сказать, что статья о недѣйствительномъ залогѣ, такъ же, какъ статья о будущемъ залогѣ, съ самаго начала имѣетъ значеніе отмѣтки о старшинствѣ [1]).

Правда, съ формальной точки зрѣнія необходимо, чтобы

1) Ср. объ этомъ ниже, § 60.

послѣдовало погашеніе съ указаніемъ въ записи о погашеніи на новое значеніе статьи. Но такъ какъ недѣйствительная статья подлежитъ погашенію съ момента ея внесенія и такъ какъ погашеніе нисколько не измѣняетъ правоположенія, а лишь констатируетъ существовавшую съ самаго начала недѣйствительность, то, съ матеріальной точки зрѣнія, позволительно утверждать, что статья о недѣйствительномъ залогѣ съ момента внесенія ея имѣетъ значеніе отмѣтки о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога.

Но нельзя, разумѣется, не высказать пожеланія, чтобы ст. 108 получила, при окончательной редакціи проекта, соотвѣтствующую, достаточно широкую формулировку.

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, сказать, что залогъ возникаетъ лишь при наличности дѣйствительнаго требованія и притомъ только тогда, когда требованіе существуетъ уже въ моментъ внесенія статьи о залогѣ. Въ противномъ случаѣ, внесенная уже статья имѣетъ только значеніе отмѣтки о старшинствѣ, отличающейся при кредитномъ залогѣ нѣсколько особымъ характеромъ. И съ чисто практической точки зрѣнія, противъ такой нормировки вопроса возражать особенно рѣшительно не приходится. Съ конструктивной точки зрѣнія, напротивъ, ее слѣдуетъ признать далеко не удовлетворительной. Было бы, безспорно, гораздо правильнѣе признать выдвинутую швейцарскимъ уложеніемъ систему опредѣленныхъ мѣстъ, опирающуюся, къ тому же, на единственно правильное пониманіе сущности залога и комбинировать ее, уже въ цѣляхъ практическихъ, съ ипотекой собственника, благодаря которой отпали бы ненужныя и дорого стоющія формальности, необходимыя по нашему проекту для того, чтобы собственникъ получилъ возможность распоряжаться свободными долями цѣнности своего имѣнія. Тогда и получилась бы согласованность между цѣлями, къ которымъ стремится проектъ ВУ. и техникой, которою онъ пользуется. Въ настоящее же время

онъ, какъ было отмѣчено мимоходомъ уже выше, стремится къ достиженію цѣлей вполнѣ современныхъ, но не желаетъ примѣнять современной техники.

III. Прекращеніе залогового права.

§ 59. Ст. 108—111 проекта ВУ.

Первая часть ст. 108 гласитъ: „По прекращеніи залогового права, статья о залогѣ погашается въ вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника".

Это постановленіе основывается, какъ видно на первый взглядъ, на воззрѣніи, что понятія прекращенія залога и погашенія статьи о немъ не совпадаютъ, что, напротивъ, прекращеніе есть явленіе самостоятельное и притомъ по времени предшествующее погашенію и служащее правоосно-ваніемъ послѣдняго. Между тѣмъ, такая нормировка находится, очевидно, въ противорѣчіи съ признаваемымъ въ проектѣ принципомъ внесенія.

Изъ матеріаловъ къ проекту явствуетъ, что редакціонная комиссія стала на такую точку зрѣнія вполнѣ сознательно. Она исходитъ [1]) изъ безспорно правильнаго утвержденія, что „институтъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ только тогда въ состояніи отвѣчать вполнѣ своему назначенію служить дѣйствительнымъ основаніемъ вотчиннаго оборота, когда не одно лишь установленіе вотчинныхъ правъ, но и прекращеніе ихъ соединено съ производствомъ по книгѣ подлежащей записи", — другими словами, принципъ внесенія долженъ найти примѣненіе также и къ прекращенію залогового права.

Но уже въ слѣдующемъ затѣмъ абзацѣ Объясненія допускаютъ отступленіе отъ только что высказанной вполнѣ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 505 сл., 1896 г. I, стр. 507 сл.

правильной мысли. Тутъ, именно, запись о погашеніи сразу признается ничѣмъ инымъ, какъ „средствомъ оглашенія прекращенія залогового права", т. е. погашеніе объявляется не факторомъ правоуничтожающимъ или имѣющимъ вообще матеріальное значеніе, а лишь средствомъ оглашенія того событія, которое произошло внѣ книги. И это, очевидно, равносильно отказу отъ принципа внесенія.

Въ самомъ дѣлѣ, такой отказъ далѣе высказывается уже съ полною откровенностью. Выставляется утвержденіе, что существуетъ принципіальное различіе между условіями возникновенія залога и прекращенія его. По отношенію къ первому, именно, внесеніе играетъ роль необходимаго условія. Погашеніе, напротивъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, „не составляетъ необходимаго условія прекращенія залогового права". Благодаря этому, „залогъ почитается непосредственно прекратившимся при наступленіи извѣстнаго событія, имѣющаго правопрекращающее дѣйствіе, хотя бы залогъ не былъ погашенъ по вотчинной книгѣ". Запись же о прекращеніи имѣетъ лишь весьма ограниченное значеніе: она устраняетъ дѣйствіе принципа публичной вѣры вотчинной книги или, по терминологіи Объясненій, принципа безповоротности.

Такимъ образомъ, устраненіе начала внесенія по отношенію къ прекращенію залога вполнѣ отвѣчаетъ намѣреніямъ редакціонной комиссіи. Совершенно неяснымъ остается только вопросъ о томъ, на какомъ основаніи признается упоминаемое въ Объясненіяхъ принципіальное различіе между возникновеніемъ и прекращеніемъ залога. Констатируется лишь фактъ, имѣющійся на лицо по мнѣнію комиссіи.

Но какъ бы то ни было, на изложенной только что мысли дѣйствительно построено ученіе проекта ВУ. о прекращеніи залогового права. На ней покоится, прежде всего, ст. 108, выражающая основное по всему этому вопросу правило. Ей не противорѣчатъ и остальныя статьи.

При этомъ, ст. 110 имѣетъ назначеніе согласовать съ принципомъ публичной вѣры постановленіе ст. 108 — необходимость принимать въ этомъ отношеніи особыя мѣры появляется, очевидно, вслѣдствіе того, что ст. 108 допускаетъ, благодаря устраненію принципа внесенія, разладъ между книжнымъ и матеріальнымъ правомъ [1]). Ст. 110 постановляетъ, что собственникъ, не принявшій мѣръ къ погашенію прекратившагося залогового права, не можетъ выставлять противъ третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя возраженій, основывающихся на фактѣ прекращенія.

Ясно, что статья эта была бы совершенно излишня, если бы начало внесенія было соблюдено. Но нельзя не прибавить, что она, въ сущности, излишня и при имѣющихся въ проектѣ постановленіяхъ, такъ какъ общій принципъ публичной вѣры вотчинной книги остается въ силѣ, несмотря на ст. 108 [2]). Съ другой стороны, правда, слѣдуетъ считаться съ тѣмъ, что ст. 108 вноситъ въ этотъ вопросъ немало неясности и можетъ ввести въ заблужденіе практику. А поэтому, придется согласиться съ оставленіемъ въ составѣ проекта ст. 110, если останется ст. 108.

Въ противоположность этому, въ ст. 111 нѣтъ необходимости даже при нынѣшнемъ положеніи дѣла. Она предусматриваетъ случай неправильнаго погашенія залога. Если онъ будетъ возстановленъ по судебному рѣшенію, то этимъ

1) Это сознавала, впрочемъ, и сама редакціонная комиссія. Давая, въ общемъ, лишь перефразировку ст. 110, она замѣчаетъ (Объясненія 1893 г. I, стр. 513 сл., 1896 г. I. стр. 515 сл.) предварительно: „Такъ какъ понятія прекращенія и погашенія залоговыхъ правъ не совпадаютъ другъ съ другомъ, то содержаніе вотчинной книги по вопросу о томъ, продолжаетъ ли существовать или уничтожилось то или другое изъ внесенныхъ въ нее залоговыхъ правъ, можетъ оказаться несоотвѣтствующимъ дѣйствительности. Поэтому и здѣсь, какъ при установленіи залога, необходимо вмѣшательство закона". Редакціонная комиссія относитъ, впрочемъ, это замѣчаніе также и къ ст. 111.

2) Уже выше, въ § 53, было отмѣчено, что ст. 110 представляетъ собой лишь примѣненіе къ частному случаю общаго правила ст. 107.

не могутъ быть нарушены права, пріобрѣтенныя добросовѣстно и возмездно третьими лицами.

Ясно, что эта норма вытекаетъ также изъ принципа публичной вѣры: залогъ былъ погашенъ, третьи лица могли полагаться на соотвѣтствующую запись и если она была признана впослѣдствіи неправильной, то это никакого вліянія на ихъ права имѣть не можетъ. Слѣдуетъ даже добавить, что ст. 111 въ состояніи вызвать недоразумѣнія вслѣдствіе того, что она разсчитана только на одинъ частный случай. Она говоритъ, что третьи лица „не теряютъ пріобрѣтеннаго ими старшинства". Составители проекта, повидимому, имѣли въ виду только права въ чужой недвижимости, а также право залога [1]). Между тѣмъ, та же самая норма должна примѣняться и къ случаю пріобрѣтенія третьими лицами права собственности. Другими словами, залогъ, неправильно погашенный, не только не можетъ пріобрѣсти прежняго старшинства, но вовсе не можетъ быть возстановленъ, если, въ промежутокъ времени между погашеніемъ и признаніемъ погашенія неправильнымъ, данная недвижимость была пріобрѣтена третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ.

Эта норма, очевидно, нисколько не касается вопроса о соотношеніи между прекращеніемъ залога и погашеніемъ статьи о немъ. Она сохраняла бы свое значеніе также при полномъ соблюденіи начала внесенія, и, разумѣется, вытекала бы и при этомъ условіи непосредственно изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги.

Мало удовлетворительною является и ст. 109, разсчитанная на одинъ частный случай. А именно, запись о срочномъ поручительномъ залогѣ [2]) погашается только по исте-

1) Если судить по ст. 11,1, то допустимо, однако, и предположеніе, что комиссія имѣла въ виду также и право собственности, такъ какъ указанная статья желаетъ подчинить дѣйствію принципа старшинства и это право — ср. выше, т. I, § 27.

2) Ср. ниже, § 66.

ченіи двухъ мѣсяцевъ со времени наступленія срока, если притомъ не была внесена статья по иску кредитора къ собственнику и къ должнику или статья по объявленію должника несостоятельнымъ.

Это постановленіе, въ сущности, также не имѣетъ отношенія къ принципіальному вопросу о прекращеніи залога. Оно сводится къ тому, что срочный поручительный залогъ прекращается не въ моментъ истеченія срока, а на два мѣсяца позднѣе. Вслѣдствіе этого и погашеніе не можетъ послѣдовать раньше. А при наличности извѣстныхъ условій, въ частности, въ случаѣ принятія кредиторомъ опредѣленныхъ мѣръ, залогъ сохраняетъ свое значеніе и дальше.

Рѣчь идетъ, такимъ образомъ, только объ отсрочкѣ прекращенія и проектъ совершенно напрасно выдвигаетъ на первый планъ погашеніе, которое и тутъ остается лишь средствомъ оглашенія юридическаго факта, совершившагося внѣ вотчинной книги. Въ самомъ дѣлѣ, и сама редакціонная комиссія [1]) приписываетъ ст. 109 чисто практическое значеніе и оправдываетъ ее лишь практическими соображеніями, сводящимися къ тому, что безъ признанія льготнаго срока вѣритель былъ бы лишенъ возможности осуществить свои права по залогу, въ особенности тогда, когда совпадаютъ срокъ истеченія залога и срокъ возникновенія права на искъ по обязательственному требованію къ главному должнику.

Съ этимъ едва ли можно согласиться. Стороны, при установленіи залога и опредѣленіи срока, должны, очевидно, разсчитать послѣдній такъ, чтобы залогъ не оказался безполезнымъ. А законъ, кажется, не имѣетъ причинъ устанавливать льготный срокъ для вѣрителя, не сумѣвшаго позаботиться о своихъ собственныхъ интересахъ. Можно, впрочемъ, прибавить, что редакціонная комиссія, вѣроятно, права, если она утверждаетъ, что введенный въ ст. 109 двухмѣсячный срокъ не нарушаетъ ничьихъ интересовъ. Но это окажется правильнымъ не въ виду его справедливости и краткости, какъ полагаетъ комиссія, а потому, что стороны будутъ учитывать его. Другими словами, ст. 109 приведетъ къ тому, что срочный поручительный залогъ будетъ устанавливаться на срокъ, двумя мѣсяцами менѣе продолжительный, чѣмъ то было бы при молчаніи объ этомъ вопросѣ закона. Излишне говорить, что въ виду этого данная статья является совершенно излишнею и свободно можетъ быть исключена [1]) [2]).

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 509 сл., 1896 г. I, стр. 512 сл.

Итакъ, оказывается, какъ было замѣчено уже выше, что основная мысль ст. 108 остается неприкосновенной и что прочія нормы отдѣленія 10 главы IV проекта не вносятъ въ нее никакой поправки: залогъ прекращается самостоятельно, внѣ зависимости отъ вотчинной книги. Коррективъ вводится только въ силу начала публичной вѣры, благодаря которому непогашенный, хотя бы и прекратившійся залогъ признается въ силѣ въ пользу добросовѣстныхъ и возмездныхъ пріобрѣтателей.

Самъ проектъ не указываетъ тѣхъ основаній, по которымъ прекращается залоговое право. Лишь мимоходомъ упоминается, въ ст. 110, о прекращеніи „въ силу платежа

1) Ср., по этому вопросу, особое мнѣніе двухъ членовъ редакціонной комиссіи въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 511 сл. и Св. Зам., № 241.

2) Нельзя не отмѣтить, что Объясненія къ ст. 109 заканчиваются утвержденіемъ, что „срочный залогъ почитается, согласно ст. 108 (109 проекта 1907 г.) проекта, прекратившимся, по отношенію къ упомянутымъ, (т. е. добросовѣстнымъ и возмезднымъ) пріобрѣтателямъ, не со времени наступленія срока, а со времени его погашенія по книгѣ". Это мотивируется указаніемъ на то, что положеніе добросовѣстныхъ и возмездныхъ пріобрѣтателей должно быть однимъ и тѣмъ же по отношенію къ срочному залогу и къ прочимъ видамъ залога. Между тѣмъ, такое воззрѣніе, очевидно, неправильно. Добросовѣстности въ смыслѣ вотчинной системы, т. е. незнанія о прекращеніи залога вслѣдствіе истеченія срока быть не можетъ, такъ какъ срокъ указанъ въ записи о залогѣ. См. о значеніи срока для прекращенія залога ниже въ текстѣ.

или иного основанія". Въ Объясненіяхъ [1]), напротивъ, говорится, что прекращеніе залога можетъ быть послѣдствіемъ, во-первыхъ, событій, касающихся требованія, а во-вторыхъ, событій, касающихся непосредственно залога и уничтожающихъ его, не затрогивая, однако, обязательственнаго требованія.

Къ событіямъ первой категоріи относятся, по мнѣнію Объясненій, факты, дѣлающіе требованіе недѣйствительнымъ съ самаго начала и факты, уничтожающіе дальнѣйшее его существованіе, т. е. „платежъ, совпаденіе въ одномъ лицѣ кредитора и должника, зачетъ, отказъ отъ требованія, обновленіе послѣдняго и т. п., однимъ словомъ, всѣ способы прекращенія требованій, извѣстные общимъ началамъ обязательственнаго права, за исключеніемъ, впрочемъ, давности, такъ какъ послѣдняя, по силѣ ст. 7 проекта [2]), не распространяется на требованія, обезпеченныя залогомъ". Во всѣхъ случаяхъ этой категоріи прекращеніе залога является неминуемымъ въ силу акцессорнаго характера залога.

Далѣе, Обясненія занимаются вопросомъ о непосредственномъ прекращеніи залога, поводами котораго могутъ являться гибель обремененной недвижимости, совпаденіе права на залогъ съ правомъ собственности, публичная продажа имѣнія, отказъ отъ залога и наступленіе срока, на который залогъ былъ установленъ. При этомъ, болѣе близкаго разсмотрѣнія удостоиваются лишь нѣкоторые изъ этихъ поводовъ. Въ частности указывается, по вопросу о совпаденіи, на то, что „право собственности, какъ большее по своему объему, поглощаетъ, въ силу необходимой логики вещей, меньшее право". Прибѣгать же къ признанному другими законодательствами институту ипотеки собственника редакціонная комиссія не желала въ виду соображеній

1) Объясненія 1896 г. I, стр. 509 сл. Объясненія 1893 г. молчатъ объ этомъ вопросѣ.

2) Ст. 8 проекта 1907 г.

какъ конструктивныхъ, такъ и цивильно-политическихъ [1]). Однако, съ другой стороны, она сочла необходимымъ предоставить собственнику право распоряжаться старшинствомъ погашенной ипотеки. Для этой цѣли и вводится предусмотрѣнное въ ст. 108,2 превращеніе статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ.

Затѣмъ указывается лишній разъ на то, что отказъ отъ залога не затрогиваетъ обязательственнаго требованія. По вопросу же о дѣйствіи срока даются только соображенія, относящіяся къ срочному залогу поручительному. Наконецъ, имѣется еще указаніе на то, что вопросъ о дѣйствіи публичной продажи рѣшается не проектомъ ВУ., а проектомъ ППВ.

Вотъ къ чему сводятся соображенія редакціонной комиссіи, обосновывающія и развивающія ея теорію о прекращеніи залогового права. Для оцѣнки ея слѣдуетъ, однако, указать предварительно на одно очевидное недоразумѣніе. Оно заключается въ томъ, что комиссія считаетъ первоначальную недѣйствительность требованія поводомъ къ прекращенію залога [2]). Это, разумѣется, неправильно. При недѣйствительности требованія залога вовсе не возникаетъ и запись о немъ недѣйствительна съ самаго начала и подлежитъ погашенію. Иной результатъ могъ бы получиться только при признаніи формальной силы внесенія.

Такимъ образомъ, изъ поводовъ прекращенія залога остаются только, во-первыхъ, тѣ, которые покоятся на прекращеніи требованія, во-вторыхъ, тѣ, которые касаются непосредственно самаго залога.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 365 сл., 1896 г. I., стр. 376 сл. Вопросъ объ отношеніи проекта къ ипотекѣ собственника разсматривается ex professo ниже, § 70.

2) Это воззрѣніе находится, впрочемъ, въ явномъ противорѣчіи съ разобраннымъ въ предыдущемъ параграфѣ отношеніи редакціонной комиссіи къ вопросу о примѣнимости ст. 108,2 къ записи о недѣйствительномъ залогѣ.

Если разсматривать сначала послѣдніе, то можно сказать, что никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ гибель недвижимости — уничтоженіе объекта права однозначуще съ прекращеніемъ самаго права. И такъ какъ, кромѣ того, неминуемымъ послѣдствіемъ гибели недвижимости является закрытіе вотчинной книги, то тутъ и не грозитъ противорѣчіе между книжнымъ правомъ и матеріальнымъ.

Болѣе сложное положеніе создается при публичной продажѣ. При принятой проектомъ ППВ. системѣ наименьшаго предложенія [1]), съ точки зрѣнія судьбы ипотекъ, приходится дѣлить ихъ на двѣ категоріи: на тѣ, которыя покрываются вырученной цѣной и на тѣ, которыя остаются неудовлетворенными. Послѣднія погашаются при утвержденіи имѣнія за покупщикомъ, между тѣмъ какъ изъ первыхъ погашаются лишь тѣ, которыя не остаются на имѣніи [2]). Оставаясь вполнѣ на точкѣ зрѣнія, занимаемой составителями проекта, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ сказать, что прекращеніе залога можетъ происходить только въ моментъ погашенія, такъ какъ лишь къ этому моменту окончательно выясняется, которыя изъ ипотекъ подлежатъ погашенію и которыя остаются на имѣніи. Самый же актъ продажи не можетъ имѣть въ этомъ отношеніи рѣшающаго значенія, уже въ виду того, что покупщику и кредитору предоставляется заключить условіе объ оставленіи на имѣніи долга даже тогда, когда послѣднимъ было заявлено требованіе объ удовлетвореніи изъ вырученной публичною продажей суммы [3]). Считать же подобное соглашеніе возстановленіемъ уже прекратившагося залога нѣтъ никакого основанія. А съ другой стороны, нѣтъ основанія и къ проведенію грани между покрытыми

1) Ср. ниже, § 96.

2) ППВ. 173 сл.

3) Ср. проектъ ППВ. 174,3. Изъ прямого смысла этого постановленія явствуетъ, что подобное соглашеніе можетъ быть заключено и послѣ публичной продажи. На это указывается также и въ Объясненіяхъ къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 216 сл., 1896 г., стр. 237.

покупной цѣной ипотеками и непокрытыми въ томъ смыслѣ, чтобы лишь послѣднія считались прекратившимися вслѣдствіе самой публичной продажи.

Въ виду всего этого можно признать, что по вопросу о прекращеніи залога вслѣдствіе публичной продажи принципъ внесенія проводится съ полною послѣдовательностью [1]).

То же самое можно сказать и относительно отреченія вѣрителя отъ залога и наступленія срока. При полномъ о нихъ молчаніи проекта, нельзя не считаться съ тѣмъ, что срокъ залога внесенъ въ вотчинную книгу, благодаря чему въ моментъ наступленія срока изъ статьи о залогѣ явствуетъ фактъ его прекращенія. Слѣдовательно, принципъ внесенія вполнѣ соблюденъ и если, тѣмъ не менѣе, вносится еще особая статья о погашеніи, то это дѣлается только ради порядка и для избѣжанія недоразумѣній. Что же касается отказа отъ залога, то тутъ, очевидно, не можетъ быть рѣчи о непосредственномъ прекращеніи его. Отреченіе есть ни что иное, какъ частное волеизъявленіе [1]) и за нимъ никоимъ не можетъ быть признана большая сила, чѣмъ за договоромъ. Договоръ же, какъ извѣстно, не оказываетъ, по системѣ проекта, непосредственнаго вліянія на вотчинныя права. Необходимо, напротивъ, чтобы онъ прошелъ черезъ медіумъ внесенія. А поэтому слѣдуетъ, въ силу элементарной логики, признавать за отказомъ отъ залога значеніе лишь правоосновапія для внесенія статьи о погашеніи. Прекращеніе же залога можетъ произойти лишь вслѣдствіе послѣдняго.

Болѣе серьезныя затрудненія вызываетъ вопросъ о совпаденіи въ одномъ лицѣ права собственности и залогового

1) Благодаря этому получается, правда, мало удовлетворительный результатъ, что публичная продажа оказываетъ другое дѣйствіе на залоговое право, какъ на прочія вотчинныя права, — ср. выше, т. I, § 16. Но въ виду нормъ проекта, такой выводъ неизбѣженъ.

2) Ср. о сущности отреченія статью бар. Нольде въ Вѣстн. гр. пр. 1913, 3, стр. 121 сл.

права. Самъ проектъ хранитъ молчаніе и о немъ, не давая даже косвенныхъ указаній на то или иное рѣшеніе. Въ виду этого изъ общихъ принциповъ вотчинной системы, а въ частности изъ начала внесенія, можно было бы сдѣлать выводъ, что залогъ остается, съ случаѣ совпаденія, въ силѣ и что послѣднее есть ничто иное, какъ основаніе для погашенія. Но по системѣ проекта ВУ. появилось бы серьезное затрудненіе въ виду того, что пришлось бы констатировать, при такихъ условіяхъ, наличность ипотеки собственника, кот рую, какъ извѣстно, проектъ отрицаетъ, съ внѣшней стороны, съ полною послѣдовательностью. А благодаря этому, получается необходимость отождествлять волю проекта съ волей составителей его и установить, что въ силу совпаденія залоговое право прекращается, независимо отъ погашенія [1]).

Слѣдовательно, не приходится отрицать, что тутъ имѣется на лицо отступленіе отъ принципа внесенія.

Такое же отступленіе имѣется, какъ было отмѣчено уже выше, въ случаѣ прекращенія требованія. И тутъ приходится опираться уже не только на отрицательное отношеніе къ ипотекѣ собственника со стороны проекта и на воззрѣнія редакціонной и особой комиссій. Напротивъ, самый текстъ ст. 108 сл. не допускаетъ другого вывода.

Каковы же послѣдствія этихъ отступленій отъ одного изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы?

Залогъ считается прекратившимся и запись о немъ подлежитъ погашенію. Въ силу же вещнаго характера залогового права послѣдствіемъ прекращенія должно быть повышеніе послѣдующихъ ипотекъ. Такой результатъ, однако, причинялъ бы ущербъ собственнику и улучшалъ бы, безъ основанія, положеніе младшихъ кредиторовъ. Для избѣжанія заключающейся въ этомъ явной несправедливости, проектъ устанавливаетъ, въ затронутой уже выше [2]) ст. 108, 2,

1) Ср. Объясненія 1896 г. I, стр. 510 сл., Ж. О. К., стр. 207 сл.
2) См. предыдущій параграфъ.

что „съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, о чемъ означается въ самой записи о погашеніи“.

Изъ словъ проекта явствуетъ, что превращеніе записи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ происходитъ автоматически, безъ особой о томъ просьбы собственника, лишь только заявлена просьба о погашеніи. А изъ смысла этого института вытекаетъ само собой, что согласія младшихъ кредиторовъ для этого не требуется [1]). Въ виду этого слѣдуетъ сказать, что статья о залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о старшинствѣ съ самаго момента внѣкнижнаго прекращенія залога, внесеніе же въ книгу соотвѣтствующей статьи имѣетъ лишь формальное значеніе. Такой выводъ, впрочемъ, подтверждается еще тѣмъ, что подобное внесеніе совершается лишь по просьбѣ собственника. Ясно, что незаявленіе имъ такой просьбы не можетъ придать подлежащей погашенію статьѣ иного значенія. Въ частности, оно не можетъ сохранить за статьей значеніе записи о залогѣ и собственникъ — что́ и высказывается особо въ матеріалахъ къ проекту [2]) — не можетъ распоряжаться несуществующимъ уже залоговымъ правомъ. Если же онъ желаетъ использовать признанныя за нимъ въ этомъ отношеніи права, то онъ долженъ предпринять необходимые шаги для формальнаго превращенія статьи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ. Лишь послѣ этого онъ можетъ утилизировать освободившуюся долю цѣнности своего имѣнія. А до тѣхъ поръ данная статья выполняетъ по отношенію къ нему только отрицательныя функціи: она препятствуетъ повышенію младшихъ ипотекъ. Положи-

1) Ср. также Объясненія 1893 г. I, стр. 507 сл., 1896 г. I, стр. 511 сл. — Противъ такого рѣшенія полемизируетъ въ интересахъ младшихъ кредиторовъ, опираясь, при этомъ, на право римское и французское, г. Андрущенко въ Св. Зам., № 141, стр. 177.
2) См., въ особенности, Ж. О. К., стр. 207.

тельныхъ же своихъ функцій, которыя заключаются по отношенію къ собственнику въ предоставленіи ему права распоряженія этою долей цѣнности, она выполнять не можетъ.

Но именно до формальнаго превращенія въ отмѣтку о старшинствѣ запись о залогѣ имѣетъ весьма важное значеніе для третьихъ лицъ: третье лицо, добросовѣстно и возмездно заключившее сдѣлку о пріобрѣтеніи прекратившагося залогового права, признается пріобрѣвшимъ его и пользуется всѣми правами кредитора по залогу [1]). Другими словами, принципъ публичной вѣры вотчинной книгѣ сохраняетъ полную силу по отношенію къ записи о залогѣ, несмотря на внѣкнижное прекращеніе внесеннаго права.

§ 60. Оцѣнка постановленій проекта.

Приступая къ оцѣнкѣ рѣшенія, принятаго проектомъ по вопросу о прекращеніи залогового права, необходимо сказать, что оно неудовлетворительно, какъ съ практической, такъ и съ научной точки зрѣнія.

Что касается первой изъ нихъ, то слѣдуетъ, правда, признать, что проектъ стремится къ достиженію тѣхъ же результатовъ, которые получаются по современнымъ кодексамъ. Въ самомъ дѣлѣ, принципъ публичной вѣры вотчинной книги соблюдается, несмотря на нарушеніе принципа внесенія, и подъ дѣйствіемъ его прекратившееся внѣ книги залоговое право возрождается, лишь только этого требуютъ интересы добросовѣстнаго оборота. Съ другой же стороны, превращеніе записи о прекратившемся залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ предохраняетъ собственника отъ повышенія младшихъ ипотекъ, несмотря на то, что проектъ признаетъ право залога правомъ вещнымъ, охватывающимъ всю недвижимость, какъ одно цѣлое.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не отмѣтить, что избраніе

1) Ст. 110.

проектомъ такого обходнаго пути для достиженія желанной цѣли вызываетъ значительныя неудобства, именно, съ практической точки зрѣнія: чтобы получить возможность распоряжаться освободившеюся долею цѣнности своего имѣнія, собственникъ долженъ преодолѣть рядъ формальныхъ затрудненій. Онъ долженъ просить, во-первыхъ, о погашеніи статьи о залогѣ, и онъ долженъ, во-вторыхъ, исполнить всѣ формальности, необходимыя для установленія новаго залога. И само собой разумѣется, что онъ долженъ нести всѣ связанные съ этимъ расходы.

Ясно, что такое положеніе дѣла будетъ отзываться очень сильно въ дѣловомъ оборотѣ. И нельзя не предположить, что весьма скоро войдетъ въ обычай обходъ постановленій проекта: собственники, для избѣжанія расходовъ и хлопотъ, откажутся отъ погашенія прекратившихся залоговъ и оставятъ въ силѣ запись о нихъ, съ тѣмъ, чтобы уступить прекратившееся залоговое право, въ случаѣ надобности, третьему лицу. Практическое же осуществленіе такого способа обходить законъ не будетъ представлять серьезныхъ затрудненій [1]).

На подобную возможность было указано въ свое время

1) Наиболѣе простымъ путемъ будетъ, повидимому, уступка прекратившейся ипотеки подставному лицу, находящемуся, такъ или иначе, въ близкихъ отношеніяхъ къ собственнику. А это лицо учинитъ, со своей стороны, цессію новому пріобрѣтателю. При книжномъ залогѣ съ такою процедурой связанъ нѣкоторый рискъ, который можетъ быть устраненъ лишь внесеніемъ въ вотчинную книгу предусмотрѣнной въ ст. 85 ВУ. оговорки объ ограниченіи кредитора въ правѣ распоряженія ипотекой. Вслѣдствіе этого, пришлось бы вносить, кромѣ того, до использованія ипотеки статью о погашеніи этого ограниченія. Другими словами, при книжной ипотекѣ пришлось бы исполнить довольно тягостныя формальности. Напротивъ, ипотека актовая представляетъ большія удобства и въ этомъ отношеніи, такъ какъ оставленіе акта въ рукахъ собственника дѣлаетъ невозможнымъ злоупотребленія со стороны фиктивнаго цессіонарія. — Можно прибавить, что въ Прибалтійскомъ краѣ, мѣстное право котораго также не признаетъ ипотеки собственника, та же цѣль достигается посредствомъ бланковой цессіи обезпеченнаго залогомъ требованія, на основаніи ст. 3473 Св. гражд. уз. губ. Прибалт. — ср. касс. рѣш. 1912 г., № 120.

уже въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ [1]). Особая же комиссія пренебрегла этимъ предостереженіемъ и высказала мнѣніе, что, съ одной стороны, для собственниковъ не имѣется достаточныхъ побужденій для совершенія подобныхъ поступковъ, и что, съ другой, — заинтересованными лицами можетъ быть предъявленъ споръ противъ такихъ незаконныхъ сдѣлокъ [2]).

Кажется, однако, что опытъ поземельнаго оборота въ Россіи доказалъ въ достаточной мѣрѣ, что желаніе избѣжать расходовъ и хлопотъ является весьма сильнымъ стимуломъ для обхода закона [3]). И трудно сомнѣваться въ томъ, что это желаніе сыграетъ въ будущемъ ту же самую роль, какъ въ прошедшемъ и настоящемъ. Что же касается возможности спора противъ уступки прекратившагося залога, то она не можетъ дѣйствовать сдерживающе на собственника по той простой причинѣ, что такой споръ можетъ быть предъявленъ исключительно самимъ собственникомъ или его правопреемниками. Только одни они заинтересованы въ признаніи даннаго залогового права прекратившимся, между тѣмъ какъ интересъ младшихъ кредиторовъ этимъ вовсе не затрогивается. Это признается, впрочемъ, самимъ проектомъ ВУ. въ ст. 108, постановляющей, что запись о прекратившемся залогѣ погашается по просьбѣ собственника, а не другихъ какихъ либо лицъ. Искъ же о признаніи подобнаго залога прекратившимся долженъ имѣть, очевидно, конечною цѣлью погашеніе статьи о немъ. Превращеніе же записи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ оставляетъ неизмѣненной позицію младшихъ кредиторовъ.

1) Стр. 20 сл.

2) Ж. О. К., стр. 207 сл.

3) На это указываютъ, какъ Объясненія 1893 г. I, стр. 24 сл., 1896 г. I, стр. 24 сл., такъ и самъ Ж. О. К., стр. 10, столь рѣшительно отрицающій по вопросу о прекращеніи залога пагубное вліяніе излишнихъ формальностей.

Если же дѣло обстоитъ такъ, то ясно, что постановленія проекта создаютъ только почву для злоупотребленій со стороны собственниковъ. Благодаря этому, оборотъ ипотеками дѣйствительно будетъ находиться въ шаткомъ положеніи, насколько для каждаго отдѣльнаго случая фиктивнымъ путемъ, въ частности, посредствомъ цессіи въ пользу подставныхъ лицъ, не удастся создать формальную добросовѣстность пріобрѣтателей — въ огражденіе ихъ отъ исковъ собственника. А такъ какъ въ достижимости этой цѣли сомнѣваться не приходится, то можно смѣло предсказать, что сама жизнь устранитъ постановленія проекта о внѣкнижномъ прекращеніи залогового права и создастъ, такимъ образомъ, столь рѣшительно отвергаемую и редакціонною и особою комиссіями ипотеку собственника. Но само собою разумѣется, что съ этимъ будутъ связаны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ значительныя формальныя неудобства и нѣкоторые расходы, не говоря уже о томъ, что по отношенію къ мало опытнымъ и довѣрчивымъ пріобрѣтателямъ правъ по залогу все еще останется возможность злоупотребленій. Съ другой же стороны — и это безспорно еще важнѣе — авторитетъ закона не можетъ не страдать отъ подобнаго систематическаго обхода его, вызваннаго его же недостатками. А какое вліяніе на правосознаніе населенія окажетъ подобное положеніе дѣла, объ этомъ излишне и распространяться.

Таковы недостатки принятаго проектомъ рѣшенія съ практической точки зрѣнія. Съ теоретической же точки зрѣнія необходимо обратить вниманіе, прежде всего, на ничѣмъ не оправдываемое отступленіе проекта отъ принципа внесенія. Правда, Объясненія утверждаютъ, что иного рѣшенія быть не можетъ въ силу необходимой логики вещей, такъ какъ залогъ есть право акцессорное, благодаря чему онъ долженъ прекращаться вслѣдствіе прекращенія требованія и такъ какъ, съ другой стороны, право собственности въ слу-

чаѣ совпаденія не можетъ не поглощать залогового права. Однако, если стать на почву подобной абстрактной логики, то пришлось бы отрицать всю вотчинную систему. Пришлось бы отрицать, прежде всего, предусматриваемую самимъ проектомъ возможность возстановленія, въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя залога, прекратившагося вслѣдствіе совпаденія или прекращенія требованія. Если же признавать, что это есть необходимое послѣдствіе принципа публичной вѣры, то въ такомъ признаніи заключается и признаніе болѣе общаго положенія, что вотчинная система находится подъ дѣйствіемъ особыхъ законовъ и что для поддержанія ея требуется, въ рядѣ случаевъ, отступленіе отъ матеріальной правды въ пользу правды формальной. Въ частности же, слѣдуетъ признать, что къ ней не можетъ примѣняться отвлеченная логика, игнорирующая основы ея существованія. Напротивъ, всякая касающаяся вотчинной системы аргументація должна исходить изъ того, что эта система покоится на двухъ принципахъ, на принципѣ внесенія и на принципѣ публичной вѣры. А оба эти принципа находятся въ тѣсной другъ съ другомъ связи и въ взаимной зависимости.

Если же это такъ, то остается непонятнымъ, отчего въ данномъ случаѣ долженъ соблюдаться одинъ изъ нихъ, между тѣмъ какъ другой можетъ нарушаться. И нельзя, очевидно, считать даже просто логичною нормировку, согласно которой залогъ прекращается независимо отъ погашенія, но оживаетъ снова, если онъ уступается добросовѣстному третьему лицу по возмездной сдѣлкѣ. Не проще ли принять положеніе западныхъ кодексовъ, согласно которому залогъ продолжаетъ считаться дѣйствительнымъ, пока онъ не погашенъ по книгѣ, при чемъ противъ пріобрѣтателя, знавшаго о недостаткахъ пріобрѣтеннаго права, допускаются соотвѣтствующія возраженія, такъ какъ защитой долженъ пользоваться только оборотъ добросовѣстный?

Кажется, что такое рѣшеніе болѣе удовлетворительно

именно съ логической точки зрѣнія, чѣмъ то, которое принято проектомъ „въ силу необходимой логики вещей“.

Это одно. А кромѣ того, не поражаетъ ли своею искусственностью принятый проектомъ институтъ статьи о погашенномъ залогѣ? Вѣдь на дѣлѣ тутъ имѣется ничто иное, какъ недоразвитая форма ипотеки собственника, столь рѣшительно отрицаемой составителями проекта [1]). А съ другой стороны, бросается въ глаза заключающееся въ признаніи отмѣтки о старшинствѣ рѣзкое отступленіе отъ основного взгляда комиссій на сущность залога. Разъ онъ является правомъ вещнымъ, охватывающимъ всю вещь какъ цѣлое, то единственно логичнымъ послѣдствіемъ прекращенія предыдущаго залога является повышеніе послѣдующихъ залоговъ. Если же составители проекта не желали допустить такого результата, съ чѣмъ, разумѣется, нельзя не согласиться, то имъ оставалось только отказаться отъ выставленнаго ими понятія залога.

Однако, они этого не сдѣлали. Они сохранили свое принципіальное воззрѣніе, но допустили отступленіе отъ него именно по тому вопросу, по которому оно должно было проявляться прежде всего. И если такой методъ уже самъ по себѣ обезцѣниваетъ конструктивный базисъ проекта, то онъ, кромѣ того, окончательно лишаетъ всякой убѣдительности указанія проекта на то, что такія то нормы должны быть приняты „въ силу необходимой логики вещей“. Въ самомъ дѣлѣ, отчего можно было бы отказаться отъ логическихъ выводовъ изъ вещнаго характера залогового права, между тѣмъ, какъ акцессорность должна быть проведена съ полною послѣдовательностью? И этотъ вопросъ имѣетъ тѣмъ больше вѣса, съ выдвигаемой Объясненіями и Журналомъ Особой Комиссіи чисто логической точки зрѣнія, что въ первомъ случаѣ нарушались бы только практическіе интересы, между

1) Ср. ниже, § 70.

тѣмъ какъ во второмъ происходитъ столкновеніе между принципомъ акцессорности и принципомъ внесенія.

Однимъ словомъ, необходимость прекращенія залога внѣ книги никоимъ образомъ не можетъ быть доказана при помощи тѣхъ отвлеченно-логическихъ доводовъ, которыми оперируютъ, по этому поводу, составители проекта. Напротивъ, и съ этой точки зрѣнія остается лишь констатировать, что та непослѣдовательность, съ которою авторы проекта вообще относятся къ конструктивнымъ вопросамъ, проявляется здѣсь съ особою яркостью — хотѣлось бы сказать, проводится съ особою послѣдовательностью.

При такомъ положеніи дѣла остается только высказать пожеланіе, чтобы ученіе проекта о прекращеніи залога было тщательно переработано и поставлено на болѣе твердую почву. Путемъ проведенія принципа внесенія и признанія ипотеки собственника такой результатъ могъ бы быть достигнутъ даже при сохраненіи основныхъ воззрѣній проекта на сущность залога — если уже проекту не суждено усвоить дѣйствительно правильное и современное воззрѣніе на залогъ.

Виды залога.

§ 61. Виды залога по BGB. и ZGB.

Взаимное вліяніе другъ на друга римско-правовыхъ и германско-правовыхъ элементовъ, партикуляристическій характеръ правового развитія въ отдѣльныхъ территоріяхъ, разнообразныя потребности кредитнаго оборота — всѣ эти моменты, вмѣстѣ взятые, привели къ тому, что составителямъ новѣйшихъ кодексовъ, германскаго равно, какъ и швейцарскаго, пришлось столкнуться съ цѣлымъ рядомъ исторически выработавшихся отдѣльныхъ видовъ залогового права, которые отличаются другъ отъ друга какъ по своей юридической конструкціи, такъ и по экономическимъ функціямъ, исполняемымъ каждымъ изъ нихъ[1]). Естественно, что былъ поднятъ вопросъ, дѣйствительно ли вызывается потребностями оборота такое обиліе формъ залога, удовлет-

1) Ср. монографіи объ ипотечномъ правѣ отдѣльныхъ германскихъ территорій, изданныя Мейбомомъ подъ общимъ заглавіемъ: „Deutsches Hypothekenrecht, nach den Landesgesetzen der grösseren deutschen Staaten systematisch dargestellt“. См. также Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 826 flg., 835 flg., Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 141 flg. — тамъ же, стр. 155—161, имѣется подробный обзоръ литературы о партикулярномъ ипотечномъ правѣ, — 163 flg. Многочисленныя указанія на прежнее партикулярное право имѣются также въ BGB. Motive III, S. 595 flg. Для швейцарскаго права ср. Huber, Schweiz. Privatrecht IV, S. 797 flg., см. также ZGB. Erläuterungen III, S. 188 flg. — Въ русской литературѣ см. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 109 сл., Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 70—354.

ворительно ли конструктивное обоснованіе ихъ, достойны ли онѣ сохраненія?

Вопросъ этотъ, послѣ живого обсужденія[1]), былъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ: была признана необходимость предоставить въ распоряженіе оборота всѣ главныя формы залогового права, выработанныя ходомъ историческаго развитія. И послѣ того, какъ германское уложеніе пошло по этому пути, его примѣру послѣдовало также и уложеніе швейцарское.

Результатомъ этого является то, что мы встрѣчаемся въ обоихъ новѣйшихъ кодексахъ съ такимъ богатствомъ видовъ залога, что на первый взглядъ получается впечатлѣніе нѣкотораго излишества и недостаточной наглядности. Въ самомъ дѣлѣ, такое впечатлѣніе, очевидно, и было вынесено составителями нашего проекта ВУ., по крайней мѣрѣ, по отношенію къ германскому уложенію — швейцарское, какъ извѣстно, вовсе не было принято ими въ соображеніе. Это впечатлѣніе, по понятнымъ соображеніямъ, въ офиціальныхъ матеріалахъ къ проекту, не находитъ выраженія. Но

2) Ср., въ особенности Verhandlungen des XX Deutschen Juristentages III, S. 261 flg., IV, S. 238 flg., 250 flg. (тутъ же, на стр. 263 сл. указана литература по этому вопросу), 269 flg., Verhandl. des XXII Juristentages I, S. 431 flg., 491 flg., IV, S. 22 flg., 31 flg., 54 flg., 408 flg. Нельзя не отмѣтить, по этому поводу, обстоятельство, характерное для большого интереса, вызваннаго вопросомъ о видахъ залога, что онъ, во-первыхъ, былъ поставленъ на очередь дня двухъ съѣздовъ, и что, во-вторыхъ, заключенія и доклады были возложены на столь авторитетныхъ цивилистовъ, какъ Гирке, Дернбургъ и Клейнъ. Впрочемъ, что касается результата дебатовъ на съѣздѣ юристовъ, то была принята резолюція (XXII. Juristentag IV, S. 408 flg.), въ которой требовалось измѣненіе предположеній проекта уложенія, въ частности, упрощеніе принятой имъ системы. На дѣлѣ, однако, предположенія съѣзда отличаются отъ системы проекта, главнымъ образомъ, съ формальной точки зрѣнія. Если же принять въ соображеніе ихъ матеріально-правовое содержаніе, то оказывается, что резолюція съѣзда требуетъ признанія тѣхъ же формъ залога, которыя предусматривались и проектомъ, а кромѣ того, еще введенія новой формы, рентнаго долга. Правда, соотношеніе между формами залога устанавливается въ резолюціи нѣсколько иное, чѣмъ въ проектѣ.

достаточно характерно то, что одинъ изъ членовъ редакціонной комиссіи[1]) высказалъ чувство величайшаго удовлетворенія по поводу того, что нашъ проектъ не знаетъ въ области залогового права той громоздкости, неясности и излишней сложности, которыми страдаютъ, по его мнѣнію, германское уложеніе и германское же положеніе о вотчинныхъ книгахъ.

При такихъ условіяхъ понятно, что нашъ проектъ не пожелалъ слѣдовать, въ этой области, примѣру германскаго уложенія, а старался выработать свою самостоятельную систему. Само собой разумѣется, что нельзя ставить ему это въ упрекъ. Даже напротивъ, извѣстная доля самостоятельности была необходима уже въ виду того, что въ Россіи господствуютъ иныя народно-хозяйственныя условія, чѣмъ въ Германіи. Но и помимо того, можно было бы лишь привѣтствовать всякое проявленіе самостоятельнаго творчества въ этой области, въ которой едва ли уже сказано, въ настоящее время, послѣднее слово. Тѣмъ не менѣе, до изученія системы залоговыхъ правъ, принятой проектомъ, кажется желательнымъ ознакомиться предварительно, хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ, съ системой новѣйшихъ западныхъ уложеній. Если она, быть можетъ, дѣйствительно не должна была служить образцомъ для нашего проекта, то все же она можетъ дать твердую точку опоры для сужденія о достоинствахъ и недостаткахъ нормъ, выставляемыхъ авторами нашего проекта.

Если обратиться, сначала къ залоговому праву германскаго уложенія[2]), то приходится констатировать, что оно

1) Лыкошинъ, Германское положеніе о вотчинныхъ книгахъ, Вѣстникъ права 1901, 1, стр. 75, 76, 80.

2) Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 680 flg.. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 839 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 445 flg., 455 flg., 543 flg., 556 flg., 565 flg., Kober, Sachenrecht, S. 665 flg. Въ русской литературѣ см. Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 391 сл., Ельяшевичъ, Очеркъ развитія, стр. 37 сл.

признаетъ не менѣе трехъ основныхъ видовъ, которые, въ свою очередь, распадаются еще на нѣсколько подвидовъ. И хотя едва ли можно отрицать правильность того мнѣнія [1]), что законодательство, въ интересахъ оборота, должно предоставить заинтересованнымъ кругамъ на выборъ возможно большее число формъ залогового права, дабы всѣ заслуживающія вниманія потребности были удовлетворены, то все же, безспорно, на первый взглядъ получается, какъ было уже упомянуто, впечатлѣніе, будто германское уложеніе зашло въ этомъ отношеніи слишкомъ далеко и будто обиліе видовъ залогового права создаетъ громоздкую и неясную систему.

Однако, дѣло лишь въ первомъ впечатлѣніи. Если уяснить себѣ основной принципъ, на которомъ покоится система залоговыхъ правъ германскаго уложенія, то уже о неясности и излишней сложности едва ли придется говорить. Напротивъ, несмотря на свое богатство, она оказывается вполнѣ стройною и настолько простою, насколько это позволяютъ условія современнаго поземельнаго оборота. При этомъ можно даже оставить въ сторонѣ то обстоятельство, что редакторы уложенія, до извѣстной степени, были принуждены дать мѣсто большому числу различныхъ формъ ипотеки, такъ какъ они должны были считаться съ правовыми воззрѣніями и обычаями, господствовавшими въ различныхъ территоріяхъ Германіи [2]). Безсистемность, хотя бы и вынужденная условіями жизни, все же оставалась бы безсистемностью и представляла бы собою, съ точки зрѣнія теоріи, недостатокъ. Между тѣмъ, такой безсистемности въ залоговомъ правѣ германскаго уложенія нѣтъ.

Весь вопросъ сводится, какъ уже было указано, къ выясненію принципа, легшаго въ основаніе системы германскаго уложенія.

1) Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht, S. 368.

2) Ср. Motive III, S. 9 flg., 603 flg. и passim.

Прежде всего, уложеніе вполнѣ послѣдовательно проводитъ грань между двумя основными видами обремененія недвижимости, т. е. между самостоятельнымъ ея обремененіемъ, съ одной стороны, и обремененіемъ, поставленнымъ въ зависимость отъ обязательственнаго требованія, съ другой. А затѣмъ, въ предѣлахъ послѣдней категоріи, оно различаетъ залогъ, абсолютно зависимый отъ обязательственнаго требованія, отъ залога, зависимость коего отпадаетъ при наличности извѣстныхъ условій [1]). Выражаясь иначе и приноровливаясь къ наиболѣе распространенному въ литературѣ германскаго права способу классификаціи, можно сказать также — хотя это и будетъ менѣе точно [2]), что критеріемъ служитъ отношеніе залога къ обязательственному требованію. Если же принять этотъ критерій, то получается слѣдующая система.

На первомъ мѣстѣ стоитъ обезпечительная ипотека (Sicherungshypothek) [3]): права вѣрителя изъ ипотеки находятся въ безусловной зависимости отъ обязательственнаго требованія и внесеніе въ вотчинную книгу не оказываетъ вліянія на правоотношеніе. Другими словами, это — ипотека строго акцессорная. Притомъ, подобнымъ характеромъ обладаетъ ипотека на основаніи или соглашенія сторонъ, или же предписанія закона. А законъ требуетъ, чтобы ипотека была акцессорная въ трехъ случаяхъ: во-первыхъ, когда обезпечивается требованіе изъ бумагъ на предъявителя или ордерныхъ, во-вторыхъ, когда обезпечивается требованіе не-

1) См. выше, §§ 48—50.

2) Неточность этой формулировки заключается, очевидно, въ томъ, что западно-европейскія уложенія признаютъ абстрактное обремененіе недвижимости, при коемъ можетъ быть рѣчь объ отношеніи между обремененіемъ и обязательственнымъ требованіемъ лишь въ отрицательномъ смыслѣ. Для проекта ВУ. напротивъ, не знающаго вотчиннаго долга, такая формулировка вполнѣ правильна и можетъ быть принята даже независимо отъ соображеній удобства.

3) BGB. 1184—1190, ZPO. 866, 867, 932.

опредѣленное по суммѣ или могущее возникнуть лишь въ будущемъ, и, наконецъ, въ-третьихъ, въ случаѣ принудительнаго залога на основаніи судебнаго рѣшенія о взысканіи денежной суммы или судебнаго же опредѣленія объ обезпеченіи денежнаго иска [1]).

Вторымъ видомъ ипотеки, по германскому уложенію, является ипотека оборотная (Verkehrshypothek) [2]). Она также устанавливается въ обезпеченіе обязательственнаго требованія и сохраняетъ строго акцессорный характеръ, пока она остается въ рукахъ перваго вѣрителя. При переходѣ, однако, въ руки добросовѣстнаго пріобрѣтателя, она пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе. Право изъ ипотеки не подлежитъ уже возраженіямъ изъ обязательственнаго требованія, насколько они не внесены въ вотчинную книгу или въ залоговой актъ. Такимъ образомъ, акцессорность ипотеки отпадаетъ, лишь только произошла перемѣна въ лицѣ вѣрителя. Дѣйствительное же значеніе сохраняется за нею только по отношенію къ первоначальнымъ контрагентамъ.

Эта оборотная ипотека извѣстна германскому уложенію какъ книжная (Buchhypothek) и какъ актовая (Briefhypothek). Нормальною формою считается, при этомъ, послѣдняя, но, по желанію сторонъ, актъ можетъ быть не выданъ. По своей сущности и своему содержанію, однако, эти два подвида нисколько не отличаются другъ отъ друга [3]).

Наконецъ, германское уложеніе знаетъ еще вотчинный долгъ (Grundschuld) [4]), который съ момента установленія лишенъ акцессорнаго характера и независимъ отъ личнаго требованія. Онъ представляетъ собою абстрактное обремененіе недвижимости. Нормальною его формою является также актовая. Но столь же допустима форма книжная.

1) Ср. также BGB. 648 и BGB. EG. 91.
2) BGB. 1113—1184. 3) Ср. BGB. 1116.
4) BGB. 1191—1198.

Особымъ же подвидомъ вотчиннаго долга является рентный долгъ (Rentenschuld) [1]), сущность котораго состоитъ въ обремененіи недвижимости не капитальнымъ долгомъ, но рентою.

Изложенная только что система едва ли заслуживаетъ упрека въ неясности и излишней сложности. Она основывается на весьма простомъ и нисколько не сложномъ принципѣ и усвоеніе ея не представляетъ никакихъ затрудненій, если только выяснить себѣ, что рѣшающимъ моментомъ является отношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и залоговымъ правомъ. И на основаніи его получается система, переходящая постепенно отъ акцессорной ипотеки къ оборотной, а отсюда къ вотчинному долгу. Если же такую систему можно признать удовлетворительною съ юридической точки зрѣнія, то и съ точки зрѣнія народнаго хозяйства слѣдуетъ сказать, что при помощи ея всѣ желательныя цѣли являются достижимыми. Ибо если цѣнность недвижимости, съ одной стороны, должна служить обезпеченію денегъ, съ другой стороны — привлеченію денегъ [2]), то, именно, указанныя три формы залогового права являются наиболѣе подходящими: акцессорная ипотека служитъ исключительно первой цѣли, вотчинный долгъ второй, а оборотная ипотека примѣнима въ тѣхъ нерѣдкихъ въ практической жизни случаяхъ, въ которыхъ имѣется на лицо комбинація обѣихъ этихъ цѣлей.

Такое сужденіе о системѣ германскаго уложенія представляется еще болѣе обоснованнымъ, если для сравненія привлечь уложеніе швейцарское, которое, въ общемъ, вполнѣ основательно цѣнится выше своего предшественника. Правда, система его [3]), на первый взглядъ, вызываетъ впечатлѣніе,

1) BGB. 1199—1203.
2) Ср. ZGB. Erläuterungen III, S. 182, 194 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 484.
3) ZGB. 793—883. Ср. Tuor, Das neue Recht, S. 461 flg., Wieland, Sachenrecht, S. 285 flg.

будто она гораздо проще и прозрачнѣе системы германскаго уложенія. Но и это впечатлѣніе получается только при первомъ взглядѣ и обусловливается, главнымъ образомъ, тѣмъ, что редакція перваго неизмѣримо удачнѣе редакціи второго. Что же касается существа дѣла,то системы обоихъ кодексовъ во всѣхъ основныхъ чертахъ совершенно со впадаютъ. Мы и здѣсь встрѣчаемся съ тѣми же тремя главными видами залогового права, которые имѣются въ BGB. А именно, Grundpfandverschreibung[1]) есть та же Sicherungshypothek, Schuldbrief[2]) соотвѣтствуетъ Verkehrshypothek, а Gült[3]) — Grundschuld. Если же мы разсмотримъ эти различные виды въ отдѣльности, то, правда, окажется, что имѣются извѣстныя различія. Но вопросъ, которое изъ двухъ уложеній избрало при этомъ болѣе правильный путь, долженъ быть рѣшенъ далеко не во всѣхъ случаяхъ въ пользу швейцарскаго, тѣмъ болѣе, что различія, имѣющіяся между обоими уложеніями, въ значительной части объясняются тѣмъ, что фактическія условія жизни и оборота въ Швейцаріи другія, чѣмъ въ Германіи.

Что касается, прежде всего, ипотеки акцессорной, то швейцарское уложеніе устанавливаетъ болѣе узкія границы обязательнаго ея примѣненія, чѣмъ германское[4]). Признавая, въ частности, что лишь акцессорная ипотека можетъ служить обезпеченіемъ требованій, неопредѣленныхъ по суммѣ или могущихъ возникнуть лишь въ будущемъ, оно предоставляетъ на усмотрѣніе контрагентовъ выборъ ипотечной формы въ обезпеченіе требованій изъ бумагъ на предъявителя или ордерныхъ[5]). Между тѣмъ, едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что установленіе оборотной

1) ZGB. 824—841.
2) ZGB. 842—874.
3) ZGB. 847—874.
4) ZGB. 824.
5) ZGB. 875. Ср. Wieland, Sachenrecht, ad 875, S. 427 flg.

ипотеки въ обезпеченіе означенныхъ требованій должно вызвать значительныя неудобства[1]). Быть можетъ, встрѣтятся случаи, въ которыхъ оборотная ипотека окажется болѣе удобной для обезпеченія такихъ требованій. Но они едва ли будутъ такъ часты, чтобы изъ за нихъ стоило упускать изъ вида тѣ соображенія, которыми руководились по этому вопросу редакторы германскаго уложенія. Во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ сказать, что въ видахъ осторожности рѣшеніе, принятое ими, можетъ служить для насъ примѣромъ скорѣе, чѣмъ рѣшеніе швейцарскаго уложенія, которое, какъ вообще, такъ особенно въ этомъ отношеніи, разсчитано на населеніе, хорошо знакомое съ условіями ипотечнаго оборота и давно свыкшееся съ нимъ.

Впрочемъ, больше всего бросается въ глаза то обстоятельство, что принудительная ипотека, вносимая на основаніи судебнаго рѣшенія или опредѣленія присутственнаго мѣста, швейцарскимъ уложеніемъ не признается. Но не возбуждая пока вопроса о предпочтительности той или иной точки зрѣнія, возможной по этому вопросу, слѣдуетъ сказать во всякомъ случаѣ, что ни различное отношеніе обоихъ уложеній къ добровольному или необходимому характеру акцессорной ипотеки, ни расхожденіе ихъ по вопросу о принудительной ипотекѣ, не имѣютъ рѣшающаго значенія, насколько дѣло касается ясности и простоты системы. Тотъ фактъ, что оба кодекса отправляются изъ однѣхъ и тѣхъ же исходныхъ точекъ зрѣнія, остается совершенно незатронутымъ.

Что же касается ипотеки оборотной, то всѣ сущест-

1) Неудобства эти заключаются въ слѣдующемъ: сущность цѣнныхъ бумагъ сводится, какъ извѣстно къ тому, что бумагою опредѣляются содержаніе права и легитимація вѣрителя. Но если такое же значеніе будетъ признаваться также и за вотчинной книгой, то, очевидно, возможны коллизіи между книгой и цѣнной бумагой. Возможность же таковыхъ устраняется, если цѣнныя бумаги обезпечиваются исключительно кацессорною ипотекой.

венныя постановленія обоихъ уложеній объ этомъ институтѣ совпадаютъ. Они расходятся лишь въ томъ, что швейцарское уложеніе признаетъ только актовую ипотеку, книжной же не знаетъ. Объясненіе этого различія кроется въ томъ, что потребности оборота въ Германіи иныя, чѣмъ въ Швейцаріи [1]). Впрочемъ, съ другой точки зрѣнія, швейцарское уложеніе все же установляетъ два подвида оборотной ипотеки: Schuldbrief можетъ быть именной или на предъявителя, между тѣмъ какъ BGB. не разрѣшаетъ выдавать Hypothekenbrief на предъявителя.

Наконецъ, Gült является въ высшей степени своеобразнымъ и интереснымъ институтомъ, мыслимымъ лишь при тѣхъ исключительныхъ условіяхъ реальнаго кредита, которыя господствуютъ въ Швейцаріи. Уже одно то, что предпосылкой установленія Gült является официальная оцѣнка недвижимости, за вѣрность которой отвѣчаетъ кантонъ [2]), дѣлаетъ ее непримѣнимой въ другихъ странахъ. Но, независимо отъ этого, она, съ юридической точки зрѣнія, является институтомъ, занимающимъ среднее мѣсто между вотчиннымъ и рентнымъ долгомъ. Она, именно, представляетъ собой абстрактное обремененіе недвижимости и имѣетъ, притомъ, съ первымъ общее то, что право вѣрителя принципіально направлено на капиталъ, со вторымъ то, что управомоченный, тѣмъ не менѣе, обязанъ довольствоваться полученіемъ процентовъ и можетъ осуществить свое право на капиталъ только въ опредѣленныхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ [3]) [4]). И здѣсь даже въ опре-

1) Ср. Motive III, S. 612 flg., 617 flg. и Erläuterungen III, S. 193 flg.
2) ZGB. 848, 849.
3) ZGB. 850, 2. Ср. Tuor, Das neue Recht, S. 498, Wieland, Sachenrecht, ad 850, P. 3.
4) Швейцарское уложеніе даетъ, впрочемъ, и помимо того возможность создать при помощи особой конструкціи чистую Rentenschuld, см. Erläuterungen III, S. 270. Но ср. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 909, 916 flg.

дѣленіи личности управомоченнаго не существуетъ различія между германскимъ и швейцарскимъ уложеніями. Ибо и первое изъ нихъ допускаетъ выдачу Grundschuldbrief на предъявителя.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что два новѣйшихъ западно-европейскихъ кодекса идутъ, въ общемъ, по одному пути. У каждаго изъ нихъ есть свои особенности, но исходныя точки и основные принципы совпадаютъ. Классификація же залоговыхъ правъ производится на основаніи одного и того же критерія: оба кладутъ въ основаніе своей системы соотношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и залоговымъ правомъ.

§ 62. Система проекта.

Если обратиться, затѣмъ, къ изученію видовъ залога по проекту ВУ., то приходится констатировать, что проектъ выставляетъ свою собственную систему залоговыхъ правъ, не имѣющую ничего общаго съ системой новѣйшихъ западныхъ уложеній. Онъ не обращаетъ вниманія на соотношеніе между залоговымъ правомъ и обезпеченнымъ имъ обязательственнымъ требованіемъ. Напротивъ, въ основаніе своей классификаціи онъ кладетъ иной критерій.

Дѣло въ томъ, что проектъ, давъ въ ст. 46 опредѣленіе понятія залога, заявляетъ въ ст. 47, что залогъ можетъ быть или добровольный или принудительный. Добровольный же залогъ, согласно ст. 52, можетъ быть договорный или завѣщательный.

Въ слѣдующей затѣмъ 53-ей ст. дается опредѣленіе дальнѣйшаго подвида залога добровольнаго, а именно, залога кредитнаго, который устанавливается въ обезпеченіе требованія неопредѣленнаго по суммѣ или могущаго возникнуть лишь въ будущемъ.

Во второй части той же статьи имѣется, однако, поста-

новленіе, которое въ состояніи вызвать недоразумѣніе. Дѣло въ томъ, что здѣсь говорится о „договаривающихся сторонахъ“. Такой оборотъ можетъ вызвать впечатлѣніе, будто кредитный залогъ устанавливается, по проекту, исключительно путемъ договора, между тѣмъ какъ завѣщательное его установленіе недопустимо. Но такъ какъ подобное ограниченіе, какъ будетъ показано ниже, противорѣчитъ сущности кредитнаго залога и такъ какъ проектъ, кромѣ указаннаго намека, не содержитъ никакихъ на этотъ счетъ постановленій, то кажется позволительнымъ предполагать наличность во второй части ст. 53 лишь неточности выраженія. Слѣдовательно можно признать, что кредитный залогъ, являясь подвидомъ залога добровольнаго, бываетъ договорнымъ или завѣщательнымъ.

Что касается, затѣмъ, залога принудительнаго, то мы узнаемъ изъ ст. 47, что онъ вносится или на основаніи судебнаго рѣшенія о взысканіи денежной суммы или же по распоряженію правительственныхъ и общественныхъ установленій для обезпеченія податей, сборовъ и т. д.

Если всмотрѣться ближе въ эту классификацію, то оказывается, что основное подраздѣленіе покоится на признакѣ субъективномъ. Мы имѣемъ дѣло, съ одной стороны, съ залогомъ добровольнымъ, съ другой — съ залогомъ принудительнымъ. Рѣшающимъ моментомъ является, слѣдовательно, согласіе собственника недвижимости, которая подвергается обремененію. При наличности его получается одинъ видъ залогового права, при отсутствіи его — другой.

Такой же субъективный моментъ играетъ роль и при дальнѣйшихъ подраздѣленіяхъ. Если, по заявленію проекта, добровольный залогъ бываетъ или договорнымъ или завѣщательнымъ, то критеріемъ является, очевидно, та или иная форма проявленія воли собственника. И то же самое слѣдуетъ сказать о подвидахъ залога принудительнаго, который регулируется, на основаніи высказаннаго въ

ст. 47 принципа, болѣе подробно въ третьемъ отдѣленіи гл. IV, въ ст. 55—59. Здѣсь подраздѣленіе производится въ зависимости отъ того, является ли вѣритель лицомъ частнымъ или облеченнымъ публичною властью. Вмѣстѣ съ тѣмъ, здѣсь субъективный моментъ отнесенъ уже не къ собственнику недвижимости, а къ вѣрителю.

Извѣстныя затрудненія вызываетъ, съ этой точки зрѣнія, только залогъ кредитный. Онъ разсматривается проектомъ какъ особый видъ залога добровольнаго. Между тѣмъ, субъективный моментъ одинъ и тотъ же при кредитномъ залогѣ и при обыкновенномъ добровольномъ залогѣ. И если считаться съ опредѣленіемъ кредитнаго залога, которое дается въ ст. 53, то приходится отказаться отъ попытки основывать классификацію и здѣсь на моментѣ субъективномъ. Здѣсь, напротивъ, рѣшающимъ моментомъ признается свойство обезпеченнаго требованія. Это, однако, ничего не говоритъ противъ системы проекта, такъ какъ и западныя уложенія пользуются для установленія подраздѣленій иными критеріями, чѣмъ для основной классификаціи. То же самое придется сказать, если мы впослѣдствіи убѣдимся въ томъ, что обыкновенная добровольная ипотека проекта бываетъ или актовая или книжная.

Съ чисто внѣшней стороны система проекта оказывается, такимъ образомъ, выдержанной. Въ виду этого, приходится поставить вопросъ, не является ли дѣйствительно эта, самостоятельно выработанная нашею редакціонною комиссіей, новая система цѣннымъ вкладомъ не только въ законодательную технику, но и въ науку?

Къ сожалѣнію, однако, невозможно отвѣтить на этотъ вопросъ утвердительно. Напротивъ, приходится возражать какъ съ принципіальной, такъ и съ практической точки зрѣнія.

Здѣсь не мѣсто распространяться о тѣхъ условіяхъ, которыя должны быть соблюдены для достиженія правильной

научной классификаціи. Достаточно указать на то, что въ основаніе ея необходимо положить признакъ, касающійся самой сущности классифицируемыхъ понятій или институтовъ. Между тѣмъ, избранный редакціонной комиссіей для классификаціи залоговыхъ правъ субъективный критерій едва ли имѣетъ что либо общее съ сущностью данныхъ правъ. Съ субъективной и, притомъ, житейской точки зрѣнія собственника обременяемой недвижимости, безъ сомнѣнія, очень важно, устанавливается ли ипотека съ его согласія или помимо него. Но, съ точки зрѣнія объективной и юридической, этотъ моментъ имѣетъ значеніе лишь второстепенное. Онъ относится къ исторіи возникновенія даннаго залогового права и самъ по себѣ нисколько не предрѣшаетъ содержанія его. Ипотека принудительная и добровольная, при нѣкоторыхъ условіяхъ, могутъ имѣть совершенно однородное содержаніе, несмотря на то, что воля собственника играла при установленіи ихъ различную роль. Съ другой же стороны, добровольная ипотека является далеко не однороднымъ институтомъ, но вмѣщаетъ въ себѣ цѣлый рядъ залоговыхъ правъ самаго различнаго содержанія. Это положеніе находитъ яркую иллюстрацію въ уложеніяхъ германскомъ и швейцарскомъ. Въ первомъ изъ нихъ, какъ мы видѣли, принудительная ипотека и ипотека, установленная въ обезпеченіе требованія неопредѣленнаго по суммѣ или могущаго возникнуть лишь въ будущемъ, по своему содержанію вполнѣ совпадаютъ. Добровольная же ипотека, по системѣ обоихъ названныхъ кодексовъ, можетъ быть какъ обезпечительная, такъ и оборотная.

Такимъ образомъ оказывается, что классификація, принятая проектомъ ВУ., ничего не говоритъ о сущности залоговыхъ правъ, насколько вопросъ касается установленія основныхъ категорій ипотеки. То же самое приходится сказать, очевидно, и о дальнѣйшихъ подраздѣленіяхъ, принятыхъ проектомъ,

По системѣ проекта, добровольный залогъ, какъ уже было упомянуто, бываетъ или договорный или завѣщательный. Между тѣмъ, договорный залогъ и завѣщательный по своему содержанію рѣшительно ничѣмъ не отличаются другъ отъ друга. Лишь въ одномъ единственномъ отношеніи проектъ проводитъ между ними различіе. А именно, по ст. 60, договорный залогъ можетъ быть установленъ, по соглашенію сторонъ, съ выдачею или безъ выдачи залогового акта. Ст. же 62,2 гласитъ, что по залогу завѣщательному залоговой актъ можетъ быть выданъ лишь въ случаѣ соглашенія о томъ вотчиннаго кредитора съ наслѣдникомъ, коему досталось обремененное имѣніе. Не говоря пока о достоинствахъ послѣдняго постановленія, слѣдуетъ, во всякомъ случаѣ, сказать, что оно содержанія залогового права нисколько не касается. Мы имѣемъ, слѣдовательно, дѣло не съ двумя самостоятельными категоріями добровольнаго залога, но съ одною, въ которой замѣчается также и одно незначительное отступленіе отъ основного типа.

Но, какъ уже было указано, проектъ выдѣляетъ изъ понятія добровольнаго залога еще особый видъ, подъ названіемъ залога кредитнаго. Въ этомъ отношеніи примѣняется проектомъ уже критерій не субъективный, а объективный: рѣшающее значеніе признается за характеромъ обезпечиваемаго требованія. Однако, и этотъ критерій оказывается неудовлетворительнымъ, такъ какъ и онъ не говоритъ намъ ничего о сущности залогового права, устанавливаемаго въ обезпеченіе даннаго требованія. Ниже[1]), при разсмотрѣніи вопроса, именно, объ этой сущности, окажется, что кредитный залогъ не имѣетъ ничего общаго съ основнымъ видомъ добровольнаго залога, несмотря на то, что и онъ устанавливается по доброй волѣ собственника недвижимости. Нельзя не отмѣтить, впрочемъ, по этому случаю и то, что пріемъ,

1) См. § 65.

примѣняемый здѣсь редакціонною комиссіей не заслуживаетъ одобренія также и въ другомъ еще отношеніи: о сущности основного вида еще ничего не извѣстно, а между тѣмъ уже дается опредѣленіе разновидности.

Въ связи съ этимъ нельзя не указать, далѣе, на то, что проектъ въ отдѣленіи 2, трактующемъ о добровольномъ залогѣ, помѣщаетъ, кромѣ разсмотрѣнныхъ уже правилъ, еще ст. 54, говорящую о томъ, что залогъ можетъ быть установленъ собственникомъ имѣнія также и въ обезпеченіе чужого обязательства. Если исходить изъ того факта, что въ отдѣленіи 2 устанавливаются подвиды добровольнаго залога, то можетъ получиться впечатлѣніе, будто залогъ, обезпечивающій чужое обязательство, является такимъ же самостоятельнымъ подвидомъ добровольнаго залога, каковымъ признается коммиссіей залогъ кредитный. А рѣшающее значеніе, которое проектъ придаетъ моменту субъективному, должно еще усилить такое впечатлѣніе. Ибо съ точки зрѣнія субъективной, отнесенной, къ тому же, вездѣ ко времени установленія залога, вопросъ о томъ, обезпечивается ли обязательство собственника недвижимости или чужое, можетъ, безъ сомнѣнія, играть извѣстную роль. Между тѣмъ, дальнѣйшія нормы проекта вотчиннаго устава показываютъ, что залогъ въ обезпеченіе чужого обязательства не можетъ быть признанъ самостоятельнымъ видомъ залога [1]).

Что касается, наконецъ, залога принудительнаго, то и по отношенію къ нему подраздѣленіе по признаку субъективному оказывается неудачнымъ. Самъ проектъ даетъ въ дальнѣйшемъ одну общую нормировку принудительному залогу, не обращая никакого вниманія на то, является ли его основаніемъ судебное рѣшеніе или требованіе правительственнаго или общественнаго установленія.

Такимъ образомъ, принятыя проектомъ подраздѣленія

1) Ср. ниже, § 66.

какъ залога добровольнаго, такъ и залога принудительнаго оказываются мало удачными.

Въ результатѣ приходится, слѣдовательно, признать, что самостоятельная классификація залоговыхъ правъ, предпринятая редакціонною коммиссіей и сохраненная какъ особою комиссіей, такъ и министромъ юстиціи, совершенно неудовлетворительна. Она основывается не на признакѣ, касающемся сущности нормируемыхъ институтовъ, но на внѣшнемъ моментѣ. Ибо тотъ субъективный моментъ, который положенъ въ основаніе классификаціи, отнюдь не опредѣляетъ содержанія, объема и силы залогового права. Въ этомъ отношеніи не играетъ никакой роли вопросъ о томъ, устанавливается ли залогъ съ согласія собственника недвижимости или помимо его, является ли основаніемъ залога, съ одной стороны, договоръ или завѣщаніе, съ другой, судебное рѣшеніе или требованіе публично-правового установленія. Эти обстоятельства, разумѣется, не лишены нѣкотораго значенія и проектъ ВУ. долженъ обращать на нихъ вниманіе. Но они имѣютъ отношеніе лишь къ возникновенію залогового права. А слѣдовательно, они должны были быть разсмотрѣны въ особой главѣ или особомъ отдѣленіи, трактующемъ, именно, о возникновеніи залогового права, насколько нормы о послѣднемъ не могутъ быть помѣщаемы въ общемъ ученіи о возникновеніи вотчинныхъ правъ въ недвижимости. Если же и это оказалось бы неудобнымъ, то можно было упомянуть о нихъ въ связи съ нормировкой отдѣльныхъ видовъ залога. Но они ни въ коемъ случаѣ не могли служить критеріемъ для классификаціи залоговыхъ правъ [1]).

Попытку редакціонной комиссіи выдвинуть самостоя-

1) Классификацію проекта принимаютъ Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 268 сл., Городыскій, Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 209 (статья эта относится не къ проекту ВУ., а къ III кн. проекта ГУ., приноровленной къ проекту ВУ. 1896 г.), Гуляевъ, Русское гражданское право, стр. 210.

тельную классификацію залоговыхъ правъ необходимо признать, такимъ образомъ, неудавшеюся. При такихъ обстоятельствахъ, остается только придерживаться и впредь системы, принятой западными кодексами и класть въ основаніе классификаціи отношеніе между залоговымъ правомъ и обязательственнымъ требованіемъ — тѣмъ болѣе, что этотъ моментъ, безъ сомнѣнія, дѣйствительно имѣетъ рѣшающее значеніе для сущности залогового права.

Мыслимо, впрочемъ, возраженіе, что редакціонная комиссія вовсе не задавалась созданіемъ новой, самостоятельной системы, что она, напротивъ, желала придерживаться старой испытанной системы и что она лишь въ виду незнакомства русской практики съ современнымъ вотчиннымъ правомъ удѣлила столько вниманія вопросу о возникновеніи ипотеки.

Однако, въ такомъ случаѣ пришлось бы выставить противъ комиссіи два упрека: во-первыхъ, упрекъ въ томъ, что постановленія о возникновеніи ипотеки редактированы въ высшей степени неудачно, а во-вторыхъ, въ томъ, что залоговое право проекта лишено, собственно, всякой системы. Дѣло въ томъ, что классификація залоговыхъ правъ въ зависимости отъ соотношенія между требованіемъ и залоговымъ правомъ ничѣмъ не проявляется съ внѣшней стороны. А съ внутренней стороны, во всякомъ случаѣ, незамѣтно сознательнаго отношенія комиссіи къ разсматриваемой проблемѣ. Дальнѣйшее изслѣдованіе покажетъ, что, дѣйствительно, имѣется возможность классифицировать признанные проектомъ виды залогового права по указанному критерію. Но насколько это соотвѣтствуетъ намѣреніямъ комиссіи, это вопросъ, рѣшить который въ утвердительномъ смыслѣ не даютъ возможности ни самъ проектъ, ни матеріалы къ нему.

Между тѣмъ, совершенно излишне доказывать важность правильной и ясной классификаціи. Но въ настоящемъ случаѣ она должна быть особенно подчеркнута.

Вступленіе въ силу ВУ. выдвинетъ передъ нашей практикой вопросы не только огромной важности, но и огромной трудности. Ей придется имѣть дѣло съ совершенно новой для нея и незнакомой ей системой. Въ виду этого законодательство обязано оказать ей посильную поддержку путемъ особенно тщательной и ясной редакціи закона. Правда, можно признать, что редакціонная комиссія, въ общемъ, имѣла намѣреніе считаться съ этимъ[1]). Этимъ, кстати сказать, и объясняется значительный по сравненію съ западными законодательствами объемъ проекта и его многословіе, за которое онъ неоднократно подвергался порицанію[2]). Тѣмъ же моментомъ отчасти оправдывается и погрѣшность противъ современной законодательной техники, заключающаяся въ помѣщеніи въ текстѣ закона опредѣленій нормируемыхъ институтовъ. Но именно, въ виду условій, выдвинутыхъ самою комиссіей, является особенно прискорбнымъ тотъ фактъ, что комиссія не положила въ основу главы о залогѣ правильную систему. Между тѣмъ, именно этотъ отдѣлъ вотчиннаго права является, пожалуй, однимъ изъ наиболѣе трудныхъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, съ практической точки зрѣнія, однимъ изъ наиболѣе важныхъ.

§ 63. Оборотная ипотека.

Приходится, такимъ образомъ, отклонить классификацію, установленную редакціонною комиссіей и прибѣгнуть къ испытанной системѣ западныхъ кодексовъ. Другими словами,

1) Она прямо высказываетъ въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 55 сл., что желала „изложить вотчинный уставъ такимъ образомъ, чтобъ онъ могъ служить простымъ и наглядымъ пособіемъ“.

2) Св. Зам., №№ 66, 67, 73, Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 41, стр. 2205. Ср. также Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 297 и прим. 245.

слѣдуетъ выяснить, возможно ли построить систему залогового права проекта ВУ., пользуясь въ качествѣ критерія соотношеніемъ между залоговымъ правомъ и обезпечиваемымъ имъ требованіемъ.

Если подойти къ изученію проекта съ этой точки зрѣнія, то, дѣйствительно, можно констатировать, что нормальнымъ видомъ ипотеки признается основанная на договорѣ ипотека оборотная, которая, притомъ, можетъ быть книжною или актовою. По сущности своей она совпадаетъ съ оборотной ипотекой западныхъ кодексовъ. Она, именно, устанавливается въ обезпеченіе опредѣленнаго обязательственнаго требованія, но получаетъ, послѣ перехода съ руки третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя, ордерный характеръ. Первоначальная акцессорность сохраняется, такимъ образомъ, лишь до тѣхъ поръ, пока управомоченнымъ является первоначальный вѣритель или же его наслѣдникъ. Но лишь только на ихъ мѣсто вступаетъ третій добросовѣстный и возмездный пріобрѣтатель, какъ публичная вѣра вотчинной книги отнѣсняетъ моментъ придаточности. Вслѣдствіе этого право изъ ипотеки подлежитъ уже только тѣмъ возраженіямъ, которыя явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Эти положенія вытекаютъ изъ ст. 107 проекта ВУ., которая постановляетъ, что должникъ можетъ предъявлять всякаго рода возраженія противъ первоначальнаго вѣрителя. Противъ третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя, напротивъ, могутъ быть предъявлены только такія возраженія, которыя вытекаютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Въ общемъ слѣдуетъ признать, что эта статья даетъ полную возможность выяснить сущность оборотной ипотеки. Тѣмъ не менѣе приходится констатировать, что она страдаетъ весьма тяжкими недостатками, которые касаются отчасти самой ея сущности, отчасти же ея редакціи.

Уже выше [1]) пришлось отмѣтить, что ст. 107 вызываетъ впечатлѣніе, будто содержимая въ ней норма имѣетъ чисто положительный и даже болѣе или менѣе случайный характеръ. Между тѣмъ, ст. 107 желаетъ дать основное, теоретически и практически наиболѣе важное правило объ оборотной ипотекѣ. Въ ней высказывается тотъ принципъ, на которомъ основывается вся сущность этого главнаго вида современнаго залогового права. Въ виду этого необходимо, чтобы она была формулирована иначе и чтобы она заняла другое мѣсто въ главѣ IV. Условность акцессорнаго характера оборотной ипотеки не должна быть установлена какъ бы мимоходомъ въ отдѣленіи, трактующемъ объ искахъ и возраженіяхъ, и этотъ моментъ вообще не можетъ быть изображаемъ какъ болѣе или менѣе случайное послѣдствіе того, что противъ третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя допускается только ограниченное число возраженій. Правда, это ограниченіе возможности возражать противъ цессіонарія является, съ практической точки зрѣнія, наиболѣе характернымъ и важнымъ проявленіемъ того принципа, на которомъ покоится оборотная ипотека, но все же этотъ принципъ имѣетъ вполнѣ самостоятельное значеніе. И онъ настолько важенъ, что необходимо выставить его особо, по возможности во главѣ отдѣла объ оборотной ипотекѣ и, притомъ, въ положительной формѣ. Къ тому же, это не представляло бы никакихъ затрудненій, если бы вся система была построена правильно и если бы основнымъ въ этой области критеріемъ было признано соотношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и залоговымъ правомъ.

При введеніи такой поправки, сущность оборотной ипотеки проекта останется, разумѣется, неизмѣненной, но система проекта значительно выиграетъ. Къ тому же, надо считаться и съ тѣмъ, что примѣненіе понятія оборотной

1) См. § 53.

ипотеки будетъ для практики несравненно легче при ясной и недвусмысленной формулировкѣ основного принципа. А о важности этого момента едва ли приходится говорить въ виду новизны у насъ вотчинной системы. Нельзя возражать противъ такой поправки и указаніемъ на то, что подобная формулировка принциповъ является задачей не законодательства, а науки. Если законодательство, по современному воззрѣнію, и не должно вторгаться въ область, отведенную наукѣ, то это отнюдь не значитъ, что оно не имѣетъ права формулировать прямо и ясно тѣ принципы, на которыхъ оно основывается [1]).

Такое воззрѣніе находится, къ тому же, въ полномъ соотвѣтствіи съ точкой зрѣнія, занятой новѣйшими западными кодексами.

Что касается, затѣмъ, редакціи ст. 107, то нельзя не отмѣтить, что она страдаетъ рядомъ довольно существенныхъ недостатковъ. Такъ, наряду съ первоначальнымъ кредиторомъ называется его наслѣдникъ, что очевидно излишне. Столь же излишне упоминаніе въ той же фразѣ безвозмездныхъ пріобрѣтателей, такъ какъ условіе возмездности не только вытекаетъ изъ общихъ принциповъ проекта [2]), но кромѣ того выставляется дальше въ самой ст. 107 expressis verbis. А если, по тѣмъ или инымъ причинамъ, казалось желательнымъ изложить данное правило пространно, то слѣдовало назвать на ряду съ безвозмезднымъ пріобрѣтателемъ также и пріобрѣтателя недобросовѣстнаго. Совершенно излишни, наконецъ, и слова второй фразы „или же которыя были извѣстны третьему лицу при пріобрѣтеніи залогового требованія“. Ибо если возраженія были извѣстны, то по отношенію къ нимъ нѣтъ, очевидно, добросовѣстности [3]).

1) О значеніи для оборотной ипотеки ст. 101,2 ср. выше, § 53 и ниже, § 87.

2) Ср. выше, т. I, § 21.

3) О нѣкоторыхъ, чисто стилистическихъ недостаткахъ ст. 107 см. Св. Зам., № 239.

Итакъ, основною формою залога по проекту является ипотека оборотная. Всѣ нормы гл. IV разсчитаны на нее, другіе же виды ипотеки самимъ проектомъ считаются разновидностями, нормы о которыхъ даются въ видѣ исключеній изъ общаго правила. Оборотная же ипотека извѣстна проекту, какъ уже было упомянуто, въ двухъ формахъ, какъ книжная, и какъ актовая. Замѣчательно при этомъ то, что эти двѣ формы признаются совершенно равноцѣнными, между тѣмъ какъ германское уложеніе считаетъ актовую ипотеку нормальнымъ явленіемъ, книжную же — лишь разновидностью, а швейцарское признаетъ только актовую форму. Проектъ, напротивъ, требуетъ особаго, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, соглашенія сторонъ о томъ, устанавливается ли залогъ актовый или книжный [1]). И нельзя не признать полной правильности подобной нормировки, въ виду того, что въ настоящее время нѣтъ никакихъ данныхъ для сужденія о томъ, которая изъ этихъ формъ окажется на практикѣ болѣе цѣлесообразной и подходящей съ точки зрѣнія потребностей поземельнаго кредита въ Россіи.

Но далѣе слѣдуетъ отмѣтить, что, независимо отъ этого болѣе внѣшняго момента, и по существу нѣтъ никакого принципіальнаго различія между книжнымъ и актовымъ залогомъ. Въ частности, дѣйствіе ст. 107 распространяется одинаково какъ на тотъ, такъ и на другой. Несовпаденіе же замѣчается лишь по двумъ вопросамъ, имѣющимъ чисто внѣшнее значеніе и не затрагивающимъ сущности залогового права. А именно, проектомъ установлена различная форма для передачи и для заклада залогового требованія смотря по тому, является ли оно актовымъ или книжнымъ [2]). Само собой понятно, что это иначе и быть не можетъ. Послѣдствія же передачи въ обоихъ случаяхъ совершенно одни

1) Ст. 60.

2) Ст. 85—96.

и тѣ же [1]). Во-вторыхъ же, на основаніи ст. 86, „залоговое требованіе, по коему не выдано залогового акта, можетъ быть передано или заложено какъ въ полной суммѣ, такъ и въ части“. Напротивъ, требованіе, по которому выданъ актъ, признается недѣлимымъ. Однако, ясно, что и это различіе лишено всякаго принципіальнаго значенія. Къ тому же, изъ матеріаловъ къ проекту явствуетъ, что редакціонная комиссія руководилась по этому вопросу чисто практическими соображеніями [2]).

До сихъ поръ принималась въ соображеніе лишь ипотека оборотная, основанная на договорѣ. Однако, сюда можетъ относиться, въ равной мѣрѣ, и залогъ завѣщательный. Правда, по проекту получается впечатлѣніе, будто онъ представляетъ собою вполнѣ самостоятельный видъ. Но если комиссія, дѣйствительно, желала придать ему такое значеніе, то эта цѣль, во всякомъ случаѣ, не была достигнута. Ибо проектъ устанавливаетъ по отношенію къ завѣщательному залогу лишь одно исключеніе изъ правилъ объ оборотной ипотекѣ. А это исключеніе относится къ моменту, имѣющему лишь внѣшнее значеніе: завѣщательный залогъ признается по преимуществу книжнымъ. Актъ же выдается, согласно ст. 62,2, „лишь въ случаѣ соглашенія о томъ вотчиннаго кредитора съ наслѣдникомъ, коему досталось обремененное завѣщательнымъ залогомъ имѣніе“. Но такъ какъ нѣтъ принципіальнаго различія между актовой и книжной формой оборотной ипотеки, то и нельзя провести такового между основной формой договорнаго залога и залогомъ завѣщательнымъ. Послѣдній является, напротивъ, тѣмъ же оборотнымъ залоговымъ правомъ, такъ какъ за единственнымъ исключеніемъ нормы ст. 62,2, не затрагивающей сущности залогового права, всѣ постановленія проекта о договорной оборотной

1) Ст. 107.

2) Ср. ниже, § 77.

ипотекѣ относятся также и къ оборотной ипотекѣ завѣщательной [1]).

Въ виду этого нельзя, очевидно, признать завѣщательный залогъ самостоятельнымъ видомъ залогового права. Слѣдовательно, то обстоятельство, что онъ въ отдѣленіи 4 главы IV проекта ставится какъ бы въ противоположность залогу договорному и трактуется въ одной статьѣ съ залогомъ кредитнымъ и принудительнымъ, должно быть признано редакціонною погрѣшностью.

Въ результатѣ слѣдуетъ признать, такимъ образомъ, что оборотная ипотека можетъ возникать какъ на основаніи договора, такъ и на основаніи завѣщанія.

Однако, для избѣжанія недоразумѣній, необходимо отмѣтить, съ другой стороны, что завѣщательный залогъ такъ же, какъ и договорный, можетъ и не быть оборотнымъ. Онъ можетъ быть также и залогомъ кредитнымъ. Дѣло лишь въ томъ, что фактъ возникновенія залога на основаніи завѣщанія не придаетъ ему опредѣленнаго характера и нисколько не препятствуетъ ему быть, при извѣстныхъ условіяхъ, залогомъ оборотнымъ. Все зависитъ, напротивъ, отъ характера обезпечиваемаго имъ требованія [2]).

Въ заключеніе, слѣдуетъ, впрочемъ, поставить еще вопросъ о томъ, насколько постановленіе ст. 62,2 цѣлесообразно и удачно. Редакціонная и особая комиссіи относились, вообще, съ извѣстнымъ недовѣріемъ къ институту актовой ипотеки, такъ какъ онѣ опасались, что онъ будетъ

1) Проекту 1893 г. неизвѣстно и это различіе. Оно вводится впервые въ проектѣ 1896 г., въ ст. 58,2. Но Объясненія къ ней —ср. I, стр. 361 — объ этомъ моментѣ не упоминаютъ. О немъ молчитъ также и Ж. О. К., — ср. стр. 150 и 168 сл.

2) Такъ, по крайней мѣрѣ, обстоитъ дѣло по проекту ВУ. Но если бы признавался, кромѣ необходимаго, также и добровольный обезпечительный залогъ, то рѣшающее значеніе имѣла бы, до нѣкоторой степени, и воля завѣщателя.

способствовать мобилизаціи недвижимости [1]). Въ виду этого комиссіи и не имѣли склонности расширять его область дѣйствія, а, напротивъ, старались суживать ее. Считая, такимъ образомъ, по очевидному недоразумѣнію, актовую ипотеку институтомъ, противорѣчащимъ, до извѣстной степени, интересамъ собственника и установленнымъ, главнымъ образомъ, въ интересахъ кредитора, комиссіи и не пожелали признать ее нормальною формою завѣщательнаго залога и поставили, поэтому, выдачу акта въ зависимость отъ согласія наслѣдника. Между тѣмъ, интересы наслѣдника, при нормальномъ положеніи дѣла, не могли бы пострадать отъ того, если бы выдача акта была поставлена въ зависимость отъ воли кредитора. А съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что постановленіе ст. 62,2 даетъ въ руки наслѣдника оружіе, которымъ онъ можетъ пользоваться въ ущербъ кредитору, и на практикѣ послѣднему нерѣдко придется дѣлать ничѣмъ не обоснованныя уступки для того, чтобы добиться согласія наслѣдника на выдачу акта. Слѣдуетъ имѣть въ виду, что при установленіи договорнаго залога интересы вѣрителя и должника будутъ, при нормальныхъ условіяхъ, тождественны, насколько дѣло касается этого вопроса: и тотъ и другой заинтересованы въ легкой реализуемости залогового требованія. Но при завѣщательномъ залогѣ положеніе дѣла иное. Тутъ условія требованія, являющагося основаніемъ залога, уже установлены и кредиторъ легко можетъ быть поставленъ въ весьма затруднительное положеніе, если только опредѣленіе срока уплаты по обязательству не зависитъ исключительно отъ него. Напротивъ, при правильномъ взглядѣ на этотъ вопросъ, интересы должника-наслѣдника не могутъ пострадать, если актъ долженъ быть выданъ по требованію кредитора.

Но наряду съ этимъ необходимо отмѣтить также и то,

1) Объ этомъ см. ниже, §§ 93 сл.

что редакція разсматриваемой статьи, вообще, весьма неудачна. Слѣдуетъ, по крайней мѣрѣ, предполагать, что комиссія желала предоставить рѣшеніе вопроса о выдачѣ или невыдачѣ акта, въ первую голову, наслѣдодателю. Если въ завѣщаніи имѣется постановленіе по этому вопросу, то за нимъ слѣдуетъ признать, очевидно, рѣшающее значеніе. Между тѣмъ, ст. 62,2 объ этомъ не упоминаетъ и нельзя не опасаться, что это обстоятельство вызоветъ на практикѣ, по крайней мѣрѣ въ первое время, недоразумѣнія. Для избѣжанія ихъ непремѣнно слѣдовало бы вставить въ ст. 62,2, хотя бы въ формѣ условнаго предложенія, нѣсколько словъ о томъ, что данный вопросъ нормируется только на тотъ случай, когда въ завѣщаніи не будетъ указано, слѣдуетъ ли выдать кредитору залоговой актъ или нѣтъ [1]).

§ 64. Принудительный залогъ.

Если, такимъ образомъ, основнымъ типомъ ипотеки является ипотека оборотная, возникающая какъ на основаніи договора, такъ и на основаніи завѣщанія, то остается классифицировать ипотеки кредитную и принудительную. Ближайшее изслѣдованіе покажетъ, что онѣ обѣ являются видами одного основного рода.

Однако, предварительно нельзя не указать на то обстоятельство, что новшество, заключающееся для русскаго права въ институтѣ принудительнаго залога, встрѣтило въ литературѣ весьма слабую поддержку и очень рѣшительныя нападенія. За него высказался лишь одинъ изъ критиковъ

1) Нельзя не указать, по этому поводу, на то, что та или иная нормировка завѣщательнаго залога имѣетъ огромное практическое значеніе, которому, безъ сомнѣнія, суждено постоянно увеличиваться. Ясно, что завѣщательный залогъ существуетъ, прежде всего, ради обезпеченія долей тѣхъ ихъ сонаслѣдниковъ, которые не получаютъ недвижимости натурою. Слѣдовательно, его роль будетъ возрастать тѣмъ болѣе, чѣмъ больше будетъ распространяться и укрѣпляться сознаніе о вредѣ чрезмѣрнаго дробленія недвижимости.

проекта[1]) и то въ довольно неопредѣленныхъ выраженіяхъ. Другіе писатели высказались съ большою энергіей противъ принудительнаго залога[2]). При этомъ доводы противъ него выставляются, съ одной стороны, на основаніи принципіальныхъ, а съ другой — на основаніи практическихъ соображеній. Что касается первыхъ, то они опираются на мысль, формулированную въ свое время Дернбургомъ[3]). „Принудительный залогъ разрываетъ систему реальнаго кредита". Другими словами, принудительный залогъ уничтожаетъ грань между реальнымъ и личнымъ кредитомъ, такъ какъ кредиторамъ по личнымъ требованіямъ предоставляется возможность обезпечивать свои требованія внесеніемъ ипотеки на основаніи судебнаго рѣшенія. Они получаютъ, благодаря этому, нѣчто иное и нѣчто большее, чѣмъ то, на что они имѣютъ право[4]).

1) Сарандо, Проектъ вотчиннаго устава, Ж. М. Ю. 1900, 1, стр. 63 сл.

2) Городыскій, Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 210 сл., ср. его-же въ Ж. Юрид. Общ. 1895, 9, стр. 57 сл. и въ Св. Зам., № 151, Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 41, 2201 сл., Цвингманъ, Вотчинная реформа, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 23 сл. — Ср. также Ж. О. К., стр. 125 сл.

3) Sachenrecht, S. 812, ср. Preuss. Hypothekenrecht II, S. 112 flg.

4) Нѣсколько иная точка зрѣнія выдвигается въ отзывѣ министра финансовъ. Здѣсь сказано (стр. 26): „Въ конкурсномъ процессѣ дѣйствуетъ начало соразмѣрности; Вотчинный Уставъ ниспровергаетъ это начало, давая возможность превратить всякій вексель въ закладную". Этотъ аргументъ едва ли убѣдителенъ, такъ какъ возможность такого превращенія, на основаніи соглашенія между контрагентами, имѣется и безъ принудительнаго залога. Еще менѣе убѣдительны и, къ тому же, слишкомъ прозрачны дальнѣйшіе аргументы, выдвигаемыя отзывомъ. Указывается на то, что „проектируемый Уставомъ порядокъ... создаетъ еще тенденцію обращенія личнаго кредита въ форму поземельнаго... Результатомъ... будетъ значительное увеличеніе задолженности земли, такъ какъ послѣдуетъ большее поступленіе частнаго капитала, пользующагося легкостью обращенія векселя въ закладную, въ распоряженіе домовладѣльцевъ и землевладѣльцевъ". Въ основѣ этой аргументаціи лежитъ мысль, выступающая въ другихъ мѣстахъ отзыва съ еще большею ясностью: министерство финансовъ, считающее себя призваннымъ защищать интересы ипотечныхъ банковъ, опасается, какъ бы операціи послѣднихъ не были стѣснены конкурренціей частнаго капитала. Въ виду этой

На такой аргументъ слѣдуетъ возразить — что и было сдѣлано неоднократно въ литературѣ германскаго права — что личный кредиторъ, имѣющій большее право требовать продажи имѣнія съ публичнаго торга, долженъ имѣть также и меньшее право требовать обезпеченія своего требованія путемъ внесенія ипотеки. И съ чисто принципіальной точки зрѣнія едва ли можно отрицать справедливость такого возраженія. А если, кромѣ того, указываютъ[1]) на изрѣченіе мотивовъ къ французскому законопроекту, въ которомъ говорится, что „d'après les principes généraux de notre droit, il ne doit y avoir que deux sources d'hypotèques: la loi et la convention; le maintien de l'hypotèque judiciaire ne s'explique donc pas au point de vue théorique" — то это, очевидно можетъ имѣть значеніе лишь для французскаго права, а не для права нашего проекта. Къ тому же, „источникомъ" ипотеки, при послѣдовательномъ проведеніи вотчинной системы, во всякомъ случаѣ, можетъ быть только внесеніе въ вотчинную книгу. Вопросъ же о томъ, какія могутъ быть признаны основанія внесенія, имѣетъ совершенно самостоятельное значеніе[2]). И разъ современными законодательствами признается въ качествѣ основанія внесенія ипотеки законъ, то трудно привести принципіальныя возраженія противъ признанія того же значенія за судебнымъ рѣшеніемъ. Можно, правда, указать на то, что даже при законной ипотекѣ воля собственника недвижимости играетъ извѣстную роль: вступая въ такое правоотношеніе, которое, по закону, является титуломъ для внесенія, онъ предвидитъ возможность внесенія ипотеки. Но когда судебное рѣшеніе игра-

тенденціи отзыва, охарактеризованной въ своемъ мѣстѣ — см. выше, т. I, § 7 — нельзя придавать большого значенія изложеннымъ возраженіямъ. Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить также и по этому поводу, что министръ финансовъ отказался впослѣдствіи отъ принципіальныхъ возраженій противъ проекта.

1) Цвингманъ, l. c., стр. 26.

2) Ср. выше, § 57.

етъ ту же роль, то собственникъ недвижимости, вступающій въ любое обязательственное отношеніе, можетъ предвидѣть то же самое.

Съ чисто принципіальной точки зрѣнія, такимъ образомъ, едва ли можно спорить противъ признанія принудительной ипотеки. Приходится, слѣдовательно, поставить вопросъ о ея цѣлесообразности. При этомъ, правда, одинъ изъ аргументовъ, выдвинутыхъ въ поддержку принудительной ипотеки [1]), долженъ остаться въ сторонѣ. Онъ заключается въ томъ, что кредиторъ, обезпечивающій себя принудительнымъ залогомъ, проявляетъ особую заботливость и что такая заботливость вполнѣ оправдываетъ предоставленіе ему особо выгоднаго положенія. Въ отвѣтъ на это, въ литературѣ справедливо было замѣчено [2]), что полученіе исполнительнаго листа зависитъ далеко не отъ большей бдительности и заботливости, но весьма часто отъ разныхъ случайностей. А кромѣ того, пріобрѣтеніе залогового права принимаетъ, съ этой точки зрѣнія, характеръ преміи за поспѣшность [3]). Другими словами, институтъ принудительнаго залога, при такомъ на него взглядѣ, поощряетъ безжалостное отношеніе къ должнику, что, разумѣется, противорѣчитъ правильно понятымъ задачамъ гражданскаго законодательства.

Однако, все же приходится сказать, что отсюда вытекаетъ лишь тотъ выводъ, что большинство особой комиссіи, опираясь на эту мысль, выдвинуло въ защиту своего мнѣнія неудачный аргументъ, между тѣмъ какъ имѣется гораздо болѣе вѣскій доводъ, который и упоминается неоднократно въ матеріалахъ къ проекту [4]). Дѣло въ томъ,

1) Ж. О. К., стр. 134, ср. также Записку министра юстиціи, стр. 41.
2) Цвингманъ, l. c., стр. 28. Ср. также Пергаментъ, l. c., стр. 2202.
3) Ср. Ж. О. К., стр. 126.
4) Объясненія 1893 г. I, стр. 287, 350, 1896 г. I, стр. 304, 356, Ж. О. К., стр. 134, Записка стр. 41.

что принудительный залогъ даетъ кредитору возможность отказаться отъ публичной продажи недвижимости или, по крайней мѣрѣ, отложить ее, не рискуя обезцѣнить свое требованіе. Это, дѣйствительно, аргументъ, съ которымъ нельзя не считаться.

Правда, при этомъ необходимо имѣть въ виду, съ другой стороны, и то, что кредиторъ можетъ одновременно вносить принудительную ипотеку и обращать взысканіе на движимое имущество должника [1]), и что, такимъ образомъ, преслѣдуемая законодателемъ цѣль не достигается, хотя все же публичная продажа имѣнія, даже въ такомъ случаѣ, отсрочивается. Слѣдуетъ считаться и съ тѣмъ, что кредиторъ, путемъ установленія принудительнаго залога, можетъ присвоить своему требованію не подобающее ему старшинство въ ущербъ другимъ личнымъ кредиторамъ, а затѣмъ, тотчасъ послѣ внесенія залога, можетъ приступить къ публичной продажѣ. Ясно, что при такой тактикѣ кредитора принудительный залогъ не принесетъ никакой пользы должнику и лишь ухудшитъ положеніе другихъ вѣрителей. Однако, то же самое можетъ быть достигнуто кредиторомъ и независимо отъ признанія законодательствомъ принудительнаго залога: если собственникъ недвижимости находится въ затруднительномъ положеніи, то кредитору почти всегда удастся добиться отъ него установленія добровольнаго залога, не связывая себя, при этомъ, по отношенію къ взысканію, и результатъ будетъ одинъ и тотъ же. И вообще, нельзя закрывать глаза на то, что принудительный залогъ окажетъ преимущественно косвенное вліяніе. Фактическое внесеніе его будетъ явленіемъ, встрѣчающимся не особенно часто: самъ должникъ, въ большинствѣ случаевъ, предпочтетъ установить добровольный залогъ, разъ рѣшимость кредитора добиться обезпеченія находится

1) Dernburg, Sachenrecht, S. 812, ср. ВУ. 103, см. ниже, § 82.

внѣ сомнѣнія. Ибо доведеніе дѣла до судебнаго рѣшенія только увеличитъ сумму долга. И съ этой точки зрѣнія, трудно отрицать благотворность принудительной ипотеки. Впрочемъ, въ связи съ этимъ, можно еще указать на то, что нѣтъ основанія опасаться переполненія вотчинной книги принудительными залогами на небольшія суммы [1]). Пока собственникъ недвижимости не совершенно еще разоренъ, онъ позаботится объ удовлетвореніи ищущихъ по суду кредиторовъ путемъ установленія добровольнаго залога, дающаго ему средства на покрытіе этихъ притязаній. Если же у него не окажется необходимаго для этого кредита, то, все равно, публичная продажа имѣнія не заставитъ себя ждать. Такимъ образомъ, постановленіе германскаго права [2]), по которому принудительный залогъ не можетъ быть установленъ въ суммѣ ниже 300 марокъ, едва ли имѣетъ особенную цѣнность, не говоря даже о томъ, что такая абсолютная цифра лишена значенія уже потому, что она не сообразуется съ различіями въ цѣнности недвижимостей.

Въ результатѣ, такимъ образомъ, нельзя не признаться, что въ институтѣ принудительнаго залога кроются извѣстныя опасности. И въ виду того, что онъ, съ точки зрѣнія русскаго законодательства, является новшествомъ, было бы можетъ быть, лучше отказаться отъ его введенія — если бы только его противники были въ состояніи указать другое разрѣшеніе стоящей на очереди проблемы, сводящейся къ тому, что личному вѣрителю необходимо дать возможность обезпечить свое требованіе, не прибѣгая непосредственно къ публичной продажѣ. Единственнымъ, повидимому, средствомъ къ достиженію этой цѣли и является принудительная ипотека. Система запретительныхъ отмѣтокъ [3]), во всякомъ

1) Пергаментъ, l. c., стр. 2203.
2) ZPO. 866.
3) Она была предложена меньшинствомъ особой комиссіи, см. Ж. О. К., стр. 128.

случаѣ, еще менѣе удовлетворительна, такъ какъ она останавливаетъ весь вотчинный оборотъ по данной недвижимости и, въ частности, закрываетъ собственнику пути къ кредиту. А въ виду этого, трудно не притти къ выводу, что принудительный залогъ, является, можетъ быть, зломъ, но все же меньшимъ изъ возможныхъ золъ [1]).

Если, затѣмъ, поставить вопросъ, какое слѣдуетъ указать мѣсто принудительному залогу въ системѣ проекта, то приходится сказать, что редакціонная комиссія придала ему характеръ обезпечительной ипотеки. Подчиняя его правиламъ, установленнымъ для залогового права вообще, но разсчитаннымъ все же преимущественно на основной его видъ, т. е. на оборотную ипотеку, составители проекта, однако, вмѣстѣ съ тѣмъ, признаютъ по отношенію къ принудительному залогу нѣкоторыя весьма важныя исключенія.

А именно, ст. 62,1 воспрещаетъ выдачу по принудительному залогу залогового акта и ст. 97 гласитъ, что правила отдѣленія 8 о передачѣ и закладѣ залогового требованія къ принудительному залогу не относятся. Наряду съ этимъ имѣется еще постановленіе ст. 59, по которому принудительный залогъ теряетъ силу, если впослѣдствіи окажется, что во время внесенія его въ вотчинную книгу имѣніе принадлежало не должнику, значившемуся по книгѣ собственникомъ, а другому лицу, которому оно впослѣдствіи и было присуждено. Другими словами, принудительный залогъ не пользуется безповоротностью.

Эта отмѣна безповоротности является самостоятельной чертой нашего проекта. Правда, публичная вѣра вотчинной книги имѣетъ ограниченное значеніе для принудительной ипотеки также и по германскому уложе-

1) Нѣкоторые другіе аргументы противъ принудительнаго залога оставляются здѣсь въ сторонѣ, такъ какъ отъ нихъ отказываются даже противники института. См., напр., о возможности установленія фиктивныхъ принудительныхъ залоговъ — Цвингманъ, l. c., стр. 24, Ж. О. К., стр. 135.

нію [1]). Такъ какъ публичная вѣра установлена лишь въ пользу добросовѣстныхъ пріобрѣтателей по юридической сдѣлкѣ, то она не дѣйствуетъ въ пользу лица, пріобрѣтающаго вотчинное право на иномъ основаніи, въ частности, на основаніи судебнаго рѣшенія. Если впослѣдствіи окажется, что лицо, внесенное въ книгу въ качествѣ собственника, не было собственникомъ, то принудительная ипотека теряетъ силу. Но это имѣетъ отношеніе только къ установителю принудительнаго залога. Если же принудительная ипотека перешла, путемъ цессіи требованія, къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю, то публичная вѣра книги вступаетъ въ свои права и принудительная ипотека сохраняетъ свою силу также и тогда, когда должникъ оказывается не-собственникомъ.

Нашъ проектъ, напротивъ, принялъ рѣшеніе гораздо болѣе радикальное. Правда, ст. 59 была введена въ проектъ не безъ разногласій въ средѣ редакціонной комиссіи [2]). Меньшинство, изъ двухъ членовъ, энергично отстаивало распространеніе принципа безповоротности также и на принудительный залогъ — даже безъ ограниченій, извѣстныхъ германскому праву. И нельзя отрицать, что оно привело рядъ весьма вѣскихъ аргументовъ въ пользу своего мнѣнія [3]). Но противоположное воззрѣніе одержало верхъ и въ результатѣ въ проектъ вошелъ институтъ, рѣзко противорѣчащій основному принципу всей вотчинной системы: публичная вѣра книги совершенно упраздняется, насколько дѣло идетъ

1) BGB. 892. Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 159, 801 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 329, Wolff, Sachenrecht, S. 124, 544 flg.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 340 сл., 1896 г. I, стр. 346 сл., ср. Ж. О. К., стр. 145.

3) Было указано, впрочемъ, также и на одинъ аргументъ, который не только не убѣдителенъ, но даже въ состояніи вызвать недоумѣніе: противники ст. 59 утверждали, что отъ отмѣны безповоротности могутъ пострадать интересы казны — Объясненія 1893 г. I, стр. 345, 1896 г. I, стр 351, ср. Ж. О. К., стр. 149.

о принудительномъ залогѣ и даже лицо, пріобрѣвшее его добросовѣстно и возмездно, не можетъ полагаться на содержаніе книги.

Можно сомнѣваться въ цѣлесообразности отмѣны безповоротности по отношенію даже къ одному лишь первому пріобрѣтателю принудительнаго залога [1]), такъ какъ уже она противодѣйствуетъ цѣли, преслѣдуемой этимъ институтомъ. Ибо чѣмъ менѣе обезпечено будетъ положеніе вѣрителя по принудительному залогу, тѣмъ скорѣе онъ приступитъ къ публичной продажѣ. Но совершенно ясна нецѣлесообразность и, вмѣстѣ съ тѣмъ, безпринципность того нарушенія основного начала вотчинной системы, на которое рѣшилась наша редакціонная комиссія. И если даже допущенное германскимъ уложеніемъ отступленіе отъ принципа публичной вѣры вотчинной книги дѣлаетъ сомнительными достоинства всего института принудительнаго залога, то нашъ проектъ окончательно лишаетъ его всякаго значенія. Непризнаніе доброй вѣры цессіонарія, являясь несправедливостью по отношенію къ послѣднему, приводитъ къ фактической невозможности цессіи обезпеченнаго принудительнымъ залогомъ требованія. Излишне говорить, что это будетъ дальнѣйшимъ стимуломъ къ ускоренію взысканія путемъ публичной продажи [2]). Къ тому же приходится констатировать, что мнѣніе большинства комиссіи не содержитъ достаточнаго осно-

1) Первый проектъ германскаго уложенія признавалъ, въ ст. 837, безповоротность также и принудительнаго залога, ср. Motive III, S. 213. Если же столь авторитетный цивилистъ, какъ Dernburg, Sachenrecht, S. 159 высказывается противъ этого постановленія и за норму BGB. 892, то это объясняется, въ значительной степени, тѣмъ, что онъ вообще склоненъ поддерживать систему прусскаго Земскаго права въ противоположность къ системѣ BGB. Ср. его Bürgerliches Recht I, S. 4 flg. Ср., напр., также и его отношеніе къ вопросу о безмездномъ пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ, — о немъ упомянуто выше, т. I, § 21.

2) Между тѣмъ, редакціонная комиссія сама указываетъ (Объясненія 1893 г. I, стр. 287, 1896 г. I, стр. 304) на то, что возможность цессіи требованія позволитъ даже вѣрителю, нуждающемуся въ деньгахъ, отказаться отъ публичной продажи недвижимости.

ванія для столь рискованнаго шага. Ибо едва ли отличается убѣдительностью указаніе на то[1]), что вѣритель можетъ внести залогъ несмотря на заявленіе значащагося въ книгѣ собственника о томъ, что недвижимость принадлежитъ не ему и что онъ можетъ дѣйствовать, тѣмъ не менѣе, въ доброй вѣрѣ, такъ какъ подобное заявленіе не должно быть почитаемо достовѣрнымъ.

Нельзя упускать изъ вида и того обстоятельства, что такимъ образомъ открывается широкая дорога всякимъ злоупотребленіямъ. Вѣдь принудительный залогъ найдетъ примѣненіе, главнымъ образомъ, къ должникамъ, экономическое положеніе которыхъ уже пошатнулось. И если уже въ настоящее время раздаются отовсюду жалобы на всякіе обходы закона со стороны неоплатныхъ должниковъ во вредъ кредиторамъ путемъ переукрѣпленія имущества, то это явленіе, послѣ вступленія въ дѣйствіе ВУ., разумѣется, не исчезнетъ. Отмѣна же безповоротности по отношенію къ принудительному залогу открываетъ въ этой области новыя перспективы.

Слѣдуетъ признать, что редакціонная комиссія стала, въ общемъ, на весьма симпатичную точку зрѣнія, принимая тщательно въ соображеніе интересы должниковъ. Но цѣли гражданскаго законодательства требуютъ, безспорно, обращенія вниманія въ такой же мѣрѣ и на интересы вѣрителей. Нельзя бороться исключительно противъ возможныхъ злоупотребленій послѣднихъ, совершенно не считаясь съ злоупотребленіями первыхъ. Можно по этому поводу даже не приводить аргумента, неоднократно выдвигаемаго, по другимъ поводамъ, редакціонною же комиссіей и заключающагося въ томъ, что интересы самихъ должниковъ требуютъ тщательнаго огражденія интересовъ вѣрителей, такъ какъ только при этомъ условіи можетъ быть обезпеченъ доступъ къ кредиту не слишкомъ обременительному. Достаточно простыхъ соображеній справедливости, не допускающихъ подобнаго пренебреженія къ законнымъ интересамъ вѣрителей.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 349, 1896 г. I, стр. 354.

При данныхъ условіяхъ, весь институтъ принудительнаго залога останется на бумагѣ и кредиторы, не имѣя возможности блюсти свои интересы инымъ способомъ, станутъ приступать какъ можно скорѣе къ публичной продажѣ недвижимости. Будетъ достигнутъ, такимъ образомъ, результатъ прямо противоположный намѣреніямъ редакціонной комиссіи. Иное положеніе создастся, въ отдѣльныхъ случаяхъ, только тогда, когда отсужденіе недвижимости отъ значащагося въ книгѣ собственника или внесеніе отмѣтки объ искѣ о правѣ собственности не предвидится въ ближайшемъ будущемъ. Въ такихъ случаяхъ вѣритель, безъ сомнѣнія, позаботится о внесеніи въ свою пользу принудительнаго залога, но уже исключительно для того, чтобы обезпечить свое требованіе во вредъ остальнымъ личнымъ кредиторамъ. Такимъ образомъ, принудительный залогъ станетъ институтомъ только вреднымъ.

Нельзя, поэтому, не выразить желанія, чтобы ст. 59 въ окончательную редакцію ВУ. не вошла. По крайней же мѣрѣ, слѣдовало бы стать на точку зрѣнія германскаго уложенія и признать безповоротность хотя бы въ пользу третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя требованія.

Что же касается двухъ другихъ постановленій, устанавливающихъ особый, по сравненію съ нормальнымъ видомъ ипотеки, характеръ принудительнаго залога, то ст. 62 имѣетъ, главнымъ образомъ, служебное значеніе, между тѣмъ какъ основной принципъ, опредѣляющій самый институтъ, изложенъ въ ст. 97, которая, какъ уже было упомянуто, заявляетъ, что правила проекта о передачѣ и закладѣ залоговыхъ требованій къ залогу принудительному не относятся.

Прежде всего слѣдуетъ, однако, установить, что основ-

ная мысль редакціонной комиссіи выражена этимъ постановленіемъ неудовлетворительно. Отдѣленіе 8 главы IV, изъ подъ дѣйствія котораго изъемлется залогъ принудительный, регулируетъ форму, въ которой совершаются передача и закладъ залогового требованія [1]). Такъ какъ, согласно ст. 62, залогового акта по принудительному залогу не выдается, то, понятнымъ образомъ, постановленія о передачѣ залогового акта отпадаютъ сами собой. Но, какъ видно изъ ст. 97, форма передачи, установленная для книжнаго залога, къ принудительному залогу также не примѣняется. На первый взглядъ могло бы показаться, что права по принудительному залогу вообще не могутъ быть перенесены на новаго кредитора, что они должны оставаться въ рукахъ первоначальнаго вѣрителя. Это впечатлѣніе усиливается еще тѣмъ, что во главѣ отдѣленія 8 стоитъ ст. 85, провозглашающая общій принципъ, что „вотчинный кредиторъ можетъ передать залоговое требованіе или отдать его въ закладъ, если не обязался передъ должникомъ не передавать требованія въ другія руки“.

Между тѣмъ, такой выводъ не можетъ не быть неправильнымъ. Не говоря даже о томъ, что въ противномъ случаѣ тутъ имѣлось бы вторженіе проекта ВУ. въ область обязательственнаго права, не заслуживавшее бы одобренія ни подъ какимъ угломъ зрѣнія, нельзя, кромѣ того, предполагать, чтобы редакціонная комиссія желала принципіально отрицать уступаемость требованій, обезпеченныхъ принудительнымъ залогомъ. Съ одной стороны, въ матеріалахъ имѣются прямыя указанія на то, что она считалась съ возможностью ихъ уступки [2]), а съ другой, она не могла не сознавать, что подобное ограниченіе въ значительной степени обезцѣнило бы задуманный ею институтъ: благодаря

1) Ср. ниже, §§ 73 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 287, 461, 1896 г. I, стр. 304, 467, Ж. О. К., стр. 185 сл.

ему, возможность благотворныхъ послѣдствій отъ введенія принудительнаго залога сильно уменьшилась бы, и на первый планъ уже безспорно выступили бы тѣ злоупотребленія, которыхъ вообще приходится опасаться на почвѣ этого института и которыя, при такомъ положеніи дѣла, уже не искупались бы положительными его сторонами.

Въ виду этого, слѣдуетъ высказать предположеніе, что ст. 97 лишь неудачно редактирована, что она къ ст. 85 не относится и что истинное ея содержаніе сводится къ тому, что къ принудительному залогу не примѣняются ни актовая, ни книжная форма уступки и заклада, но что уступка его, тѣмъ не менѣе, допускается, хотя тутъ и дѣйствуютъ особыя нормы.

Проектъ не даетъ никакихъ указаній на то, каковы эти нормы. Въ виду этого остается одинъ только исходъ: необходимо признать, что требованія, обезпеченныя принудительнымъ залогомъ, уступаются по нормамъ обязательственнаго права и съ соблюденіемъ тѣхъ формъ, которыя устанавливаются послѣднимъ. Залоговое же право переходитъ ipso jure вмѣстѣ съ обязательственнымъ требованіемъ, въ силу своего акцессорнаго характера [1]). Благодаря этому, внесеніе въ вотчинную книгу цессіонарія въ качествѣ управомоченнаго по залогу лица будетъ лишь оглашеніемъ совершившагося факта. Оно будетъ лишено конститутивной силы и будетъ имѣть лишь значеніе исправленія вотчинной книги, т. е. согласованія ея съ матеріальнымъ правоположеніемъ.

Правда, въ проектѣ нѣтъ ни слова о допустимости подобнаго внесенія. Но сказанное только что логически вытекаетъ изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы: разъ задача вотчинной книги заключается въ вѣрномъ и

1) Такъ же смотритъ на этотъ вопросъ и редакціонная комиссія, ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 461, 1896 г. I, стр. 467.

полномъ изображеніи всѣхъ касающихся данной недвижимости правоотношеній, то во внесеніи новаго вѣрителя на мѣсто стараго не можетъ быть отказано. А при такихъ условіяхъ слѣдуетъ признать даже то, что ст. 97, съ формальной точки зрѣнія, устанавливаетъ только облегченіе для передачи принудительной ипотеки по сравненію съ передачей оборотной ипотеки.

Съ чисто практической точки зрѣнія, съ такимъ результатомъ можно помириться. Правда, съ теоретической точки зрѣнія, нельзя не замѣтить, что въ немъ заключается нѣкоторое нарушеніе принципа внесенія. Соблюденіе же его приводило бы къ тому, что уступка совершалась бы путемъ внесенія въ вотчинную книгу. Такъ дѣйствительно и поступило германское уложеніе [1]). Швейцарское, напротивъ, выдвинуло на первый планъ акцессорный характеръ обезпечительной ипотеки и приняло рѣшеніе, совпадающее съ рѣшеніемъ нашего проекта [2]) [3]).

Однако, несравненно большее значеніе, чѣмъ только что разсмотрѣнный вопросъ о формѣ уступки, имѣетъ во-

3) BGB. 1154,3, 1185. Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 801 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 902, Kober, Sachenrecht ad 1154, P. III, S. 822 flg., ad 1185, P. 3, S. 936 flg.

4) ZGB. 835. Ср. Wieland, Sachenrecht ad 835, 1. — Интересно, впрочемъ, то обстоятельство, что редакторъ швейцарскаго уложенія Губеръ предполагалъ придерживаться по этому вопросу примѣра германскаго уложенія и требовать внесенія уступки въ вотчинную книгу — см. Vorentwurf 821, Erläuterungen III, S. 241, 259 flg. Но онъ же предложилъ затѣмъ въ союзномъ собраніи отказаться отъ этой нормы, ссылаясь на практическія неудобства, вызываемыя ею — ср. Stenogr. Bull. 1906, Juni, S. 645. — Для избѣжанія недоразумѣній слѣдуетъ напомнить о томъ, что ZGB. не знаетъ принудительнаго залога и что сказанное только что относится къ обезпечительной ипотекѣ вообще.

5) Гантоверъ, Залоговое право, стр. 250 высказывается рѣшительно за уступку правъ по принудительному и кредитному залогу только путемъ внесенія въ вотчинную книгу. Но относящіяся сюда разсужденія его не были позаимствованы Объясненіями редакціонной комиссіи и въ послѣднихъ, а равно въ прочихъ матеріалахъ къ проекту, разсматриваемый вопросъ затрогивается только мимоходомъ въ мѣстахъ, указанныхъ выше, въ примѣчаніяхъ къ двумъ предыдущимъ страницамъ.

просъ о послѣдствіяхъ ея, такъ какъ рѣшеніемъ его обусловливается рѣшеніе вопроса о характерѣ принудительнаго залога вообще.

Дѣло заключается въ слѣдующемъ. Если уступка принудительнаго залога происходитъ по принципамъ обязательственнаго права, то цессіонарій, очевидно, пріобрѣтаетъ уступаемое ему право согласно тѣмъ же принципамъ обязательственнаго права, т. е. со всѣми присущими ему пороками. Слѣдовательно, всѣ возраженія, имѣющіяся у должника противъ цедента, дѣйствительны также и противъ цессіонарія. То обстоятельство же, что данное обязательство обезпечено внесеннымъ въ вотчинную книгу залогомъ, не въ состояніи внести сюда никакого измѣненія. Столь же мало вліянія имѣетъ послѣдующее внесеніе въ вотчинную книгу новаго вѣрителя на мѣсто прежняго. Ибо рѣшающее значеніе должно оставаться за тѣмъ обстоятельствомъ, что цессія основывается на принципахъ не вотчиннаго права, а обязательственнаго.

Такимъ образомъ, оказывается, что ст. 107, устанавливающая перевѣсъ принципа публичной вѣры вотчинной книги надъ принципомъ акцессорности, не можетъ имѣть силы для залога принудительнаго. А отсюда слѣдуетъ, что залогъ принудительный, въ противоположность залогу оборотному, сохраняетъ свой акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго пріобрѣтателя. Слѣдовательно, можно констатировать, что принудительный залогъ нашего проекта совпадаетъ по своей сущности съ обезпечительнымъ залогомъ западныхъ кодексовъ, въ частности, съ принудительнымъ залогомъ германскаго уложенія, за исключеніемъ того измѣненія, которое вносится ст. 59, отмѣняющею въ отношеніи его принципъ безповоротности также и послѣ перехода его въ руки третьяго пріобрѣтателя.

Такимъ образомъ, можно считать выясненнымъ вопросъ о характерѣ принудительнаго залога. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ,

нельзя не замѣтить, что постановленія, даваемыя по этому поводу проектомъ, глубоко неудовлетворительны. Вмѣсто того, чтобы высказать кратко и ясно, въ чемъ заключается сущность нормируемаго института, онъ формулируетъ одно лишь постановленіе, касающееся только отдѣльныхъ выводовъ изъ этой сущности и позволяющее выяснить послѣднюю лишь обходнымъ путемъ. И нельзя даже не сомнѣваться въ томъ, возможно ли такое выясненіе безъ использованія того матеріала, который предоставляется въ распоряженіе изслѣдователя иностранными законодательствами. Излишне говорить, что такое отношеніе къ дѣлу совершенно недопустимо и что оно можетъ вызвать немалыя затрудненія при примѣненіи будущаго ВУ. на практикѣ.

Нельзя не прибавить, что тутъ имѣются на лицо еще большія погрѣшности, чѣмъ тѣ, которыя пришлось отмѣтить выше, при разборѣ постановленій объ ипотекѣ оборотной. Тамъ оказалось, что основной принципъ, на которомъ покоится весь этотъ институтъ, долженъ быть выведенъ изъ статьи, касающейся лишь одного изъ послѣдствій этого принципа. По отношенію же къ залогу принудительному, ст. 97, даже при правильномъ пониманіи ея смысла, высказываетъ лишь то, что къ уступкѣ принудительнаго залога не примѣняются извѣстныя формы, установленныя для другого вида залогового права. Между тѣмъ, вопросъ о формѣ ничуть не играетъ здѣсь рѣшающей роли. Было бы вполнѣ мыслимо — какъ и показываетъ примѣръ германскаго уложенія, требовать для уступки принудительнаго залога соблюденія вотчинной формы и можно было бы сохранять, тѣмъ не менѣе, акцессорный характеръ залога, его безусловную зависимость отъ обязательственнаго требованія. Слѣдовательно, вопросъ о формѣ, если только онъ имѣетъ вообще значеніе въ данномъ случаѣ, вопросъ второстепенный. И поэтому для выясненія всей сущности принудительнаго залога нельзя было ограничиваться одним постановленіемъ, касающимся исключительно формы уступки.

Что же касается ст. 59, то и она не проливаетъ свѣта на сущность принудительнаго залога, такъ какъ она имѣетъ характеръ чисто положительно-правовой. Къ тому же, установленное ею изъятіе принудительнаго залога изъ подъ защиты публичной вѣры вотчинной книги не имѣетъ ни малѣйшаго отношенія къ его акцессорности. Онъ, напротивъ, могъ бы быть независимымъ отъ обязательственнаго требованія при дѣйствіи ст. 59, и могъ бы быть акцессорнымъ, находясь подъ защитой публичной вѣры [1]).

Въ заключеніе, нельзя не констатировать прискорбнаго факта, что сами составители проекта, повидимому, не выяснили себѣ въ достаточной мѣрѣ основныхъ чертъ характера принудительнаго залога. Иначе они не могли бы, хотя бы мимоходомъ, высказать мнѣніе, что „принудительный залогъ не отличается по существу своему отъ добровольнаго“, причемъ подъ добровольнымъ залогомъ въ данномъ случаѣ, безъ сомнѣнія, разумѣется, именно, ипотека оборотная [2]).

Въ виду всего этого, нельзя не высказать пожеланія, чтобы постановленія о принудительномъ залогѣ были подвергнуты тщательной переработкѣ.

§ 65. Кредитный залогъ.

Послѣ установленія характера ипотеки принудительной, можно обратиться къ залогу кредитному.

Кредитный залогъ, согласно ст. 53 [3]), устанавливается въ обезпеченіе требованія, неопредѣленнаго по суммѣ или

1) Послѣднее имѣется на лицо, какъ указано выше, по германскому уложенію.

2) См. Объясненія 1893 г. I, стр. 488, 1896 г. I, стр. 491, ср. Ж. О. К., стр. 196.

3) Ср. ВУ. 45.

могущаго возникнуть лишь въ будущемъ изъ какого либо договора или иныхъ отношеній сторонъ. Далѣе, въ той же статьѣ говорится, что стороны должны указать, въ обезпеченіе какого, именно, обязательства залогъ устанавливается и должны опредѣлить сумму, въ предѣлахъ которой имѣніе должно служить обезпеченіемъ.

Первое изъ этихъ двухъ требованій является, однако, совершенно излишнимъ. Проектъ вообще не знаетъ абстрактнаго обремененія недвижимости внѣ зависимости отъ опредѣленнаго обязательственнаго требованія[1]). Кромѣ того, слѣдуетъ указать, уже съ формальной точки зрѣнія, на то, что, согласно ст. 195 проекта ВУ., въ каждой статьѣ, вносимой въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, означается „1) происхожденіе требованія, а именно, проистекаетъ ли оно изъ займа, или купли-продажи, поставки, подряда и т. п.“. Такимъ образомъ, вотчинныя установленія и безъ указаннаго постановленія ст. 53 не имѣли бы возможности вносить кредитный залогъ безъ обозначенія обязательственнаго требованія. Что же касается предписанія вносить сумму, въ предѣлахъ которой отвѣчаетъ имѣніе, то оно логически вытекаетъ какъ изъ принципа спеціальности, такъ и изъ самой сущности кредитнаго залога и поэтому, судя строго, является, также излишнимъ. Но на практикѣ оно окажется, можетъ быть, не безполезнымъ.

Если вдуматься въ сущность кредитнаго залога, то, даже безъ дальнѣйшаго ознакомленія съ постановленіями проекта или одного изъ западныхъ законодательствъ, становится яснымъ, что онъ можетъ имѣть характеръ только строго акцессорный. Онъ служитъ обезпеченіемъ требованія, которое или еще не существуетъ, или сумма котораго неопредѣленна. Слѣдовательно, требованіе въ первомъ случаѣ можетъ и вовсе не возникать. А если оно возникнетъ, то

1) Ср. ниже, § 67.

его содержаніе можетъ быть обусловлено еще цѣлымъ рядомъ фактическихъ обстоятельствъ. Во второмъ же случаѣ, если дѣло идетъ о существующемъ уже обязательствѣ, то размѣръ его остается неопредѣленнымъ. Въ виду этого воля сторонъ не можетъ не быть направлена на то, чтобы дѣйствительность и объемъ залогового права опредѣлялись исключительно въ зависимости отъ обязательственнаго требованія. Установить, при такихъ условіяхъ, ипотеку оборотную, покрытую публичною вѣрою вотчинной книги, было бы въ высшей степени нецѣлесообразно и даже безсмысленно.

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, надо имѣть въ виду, что уступка подобнаго требованія и обезпечивающаго его залогового права вполнѣ мыслима. Можно представить себѣ, безъ труда, цѣлый рядъ такихъ случаевъ, въ которыхъ она является желательною и нужною. Но при этомъ само собой разумѣется, что права цессіонарія по залогу должны находиться, равнымъ образомъ, въ строгой зависимости отъ обязательственнаго требованія и что публичная вѣра книги не должна приводить къ устраненію какихъ бы то ни было возраженій, вытекающихъ изъ обязательственнаго требованія.

Правда, слѣдуетъ признать, что, даже при такомъ строго акцессорномъ характерѣ залога, права цессіонарія по залогу будутъ въ одномъ отношеніи лучше обезпечены, чѣмъ его права по обязательству: первыя все же сохраняютъ вотчинный характеръ и подчинены принципамъ вотчиннаго права. А потому на нихъ распространяется сила публичной вѣры вотчинной книги. Слѣдовательно, залогъ остается въ силѣ въ пользу цессіонарія настолько, насколько возраженія должника касаются не обязательственнаго требованія, а именно вотчиннаго права, пріобрѣтеннаго путемъ внесенія въ книгу. Если статья объ этомъ правѣ будетъ недѣйствительна вслѣдствіе заблужденія собственника или вслѣдствіе его недѣеспособности, то она въ пользу третьяго

добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя все же сохраняетъ свою силу.

Такой выводъ, признанный по отношенію къ обезпечительной ипотекѣ германскаго и швейцарскаго права[1]), несомнѣнно правиленъ также и для права нашего проекта, такъ какъ онъ непосредственно вытекаетъ изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы. Но онъ, кромѣ того, и отвѣчаетъ вполнѣ всѣмъ требованіямъ справедливости и цѣлесообразности: цессіонарій хотѣлъ пріобрѣсти требованіе, обезпеченное залогомъ и имѣлъ право положиться на публичную вѣру вотчинной книги, въ которой этотъ залогъ внесенъ. Если же онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, знаетъ, что публичная вѣра книги не гарантируетъ его противъ недостатковъ обязательственнаго требованія и что залоговое право находится въ зависимости отъ дѣйствительности послѣдняго, то это вопросъ совершенно иной. Добросовѣстность цессіонарія относится, въ данномъ случаѣ, къ факту установленія дѣйствительнаго залога, хотя и акцессорнаго. И въ этомъ отношеніи онъ долженъ пользоваться защитой, что и признается объективнымъ правомъ.

Напротивъ, во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ третій пріобрѣтатель находится и долженъ находиться совершенно въ томъ же положеніи, въ которомъ находится первый кредиторъ. Другими словами, кредитный залогъ долженъ имѣть, по самому своему смыслу, акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго пріобрѣтателя.

Если обратиться, затѣмъ, къ проекту ВУ. съ тѣмъ, чтобы убѣдиться въ томъ, насколько его постановленія отвѣчаютъ выставленнымъ только что предположеніямъ, вытекающимъ изъ самой природы разсматриваемаго института, то уже съ перваго взгляда бросается въ глаза то обстоятельство, что

1) Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 802, Wolff, Sachenrecht, S. 544 flg., Wieland, Sachenrecht ad 824/825, P. 1.

залогъ кредитный ставится проектомъ на одну доску съ залогомъ принудительнымъ — за однимъ лишь исключеніемъ. А именно, ст. 59, отмѣняющая безповоротность по отношенію къ послѣднему, о кредитномъ залогѣ не упоминаетъ. Ст. же 62 и 97 относятся къ нему такъ же, какъ къ принудительному залогу. Другими словами, залогъ кредитный регулируется совокупностью нормъ проекта о залогѣ, причемъ, однако, постановленія о залоговыхъ актахъ и объ уступкѣ и закладѣ залоговыхъ требованій къ нему не примѣняются. Однако, проектъ и по отношенію къ залогу кредитному не даетъ постановленія, изъ котораго явствовала бы его юридическая природа и, въ частности, нѣтъ указанія на то, что онъ сохраняетъ свой акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго пріобрѣтателя.

Въ виду этого оказывается необходимымъ выяснить природу кредитнаго залога такимъ же путемъ, какимъ была выяснена природа залога принудительнаго, т. е. приходится вывести изъ скудныхъ постановленій проекта тѣ принципы, которые одни только согласуются съ понятіемъ и сущностью кредитнаго залога. Другими словами, изъ ст. 97 слѣдуетъ вывести положеніе, что передача требованія, обезпеченнаго кредитнымъ залогомъ, совершается согласно нормамъ обязательственнаго права. А на основаніи этого нужно выставить, далѣе, положеніе, что публичная вѣра вотчинной книги не простирается на обязательственное требованіе и что, слѣдовательно, кредитный залогъ сохраняетъ акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Отсюда же, понятнымъ образомъ, вытекаетъ далѣе, что ст. 107, устраняющая въ пользу пріобрѣтателя всѣ возраженія, не явствующія изъ вотчинной книги, къ кредитному залогу не относится.

Такимъ образомъ получается результатъ вполнѣ удовлетворительный, хотя, разумѣется, замѣчанія, направленныя выше противъ неудачной редакціи постановленій о прину-

дительномъ залогѣ, сохраняютъ свою силу также и по отношенію къ нормамъ о залогѣ кредитномъ. Отпадаетъ лишь сказанное по поводу ст. 59, не относящейся къ кредитному залогу.

Въ заключеніе настоящаго параграфа, вкратцѣ слѣдуетъ еще замѣтить, что съ цивильно-политической точки зрѣнія противъ введенія въ проектъ кредитнаго залога [1]) возражать едва ли приходится. Оборотъ безспорно нуждается въ подобномъ видѣ залога. Обезпеченіе какъ будущихъ, такъ и неопредѣленныхъ по суммѣ требованій является очевидною необходимостью при современныхъ условіяхъ поземельнаго кредита [2]) и совершенно ясно, что для этого должна быть создана особая форма залога, отличительной чертой которой не можетъ не являться строгая придаточность, другими словами, полная и безусловная зависимость залога отъ обязательственнаго требованія. Въ виду этого не только нельзя возражать противъ рѣшенія составителей проекта, но остается лишь привѣтствовать его [3]).

1) Объ отношеніи дѣйствующаго права къ кредитному залогу см. Ж. О. К., стр. 140 сл.

2) Перечисленіе случаевъ, въ которыхъ кредитная ипотека является наиболѣе подходящею формой, имѣется у Wieland, Sachenrecht, S. 343 flg.

3) См., однако, ниже, § 68. — Въ отзывахъ министра финансовъ и внутреннихъ дѣлъ имѣются, впрочемъ, возраженія противъ введенія въ проектъ кредитнаго залога. Что касается перваго изъ этихъ отзывовъ, то въ немъ высказывается (стр. 28 сл.) утвержденіе, что кредитный залогъ въ проектируемой формѣ грозитъ парализованіемъ дѣятельности обществъ взаимнаго кредита. Почему это такъ, въ отзывѣ, однако, не говорится и вся дальнѣйшая аргументація сводится къ доказыванію вреда предполагавшейся въ проектѣ 1896 г. отмѣны преимуществъ кредитныхъ установленій въ области понудительной продажи. Остается предполагать, что отрицательное отношеніе къ кредитному залогу вызвано опасеніемъ созданія конкурренціи частнаго капитала обществамъ взаимнаго кредита. Въ противоположность этому, отзывъ министра внутреннихъ дѣлъ высказываетъ (стр. 17) опасеніе, что кредитный залогъ „будетъ содѣйствовать дальнѣйшей мобилизаціи недвижимой собственности“. Между тѣмъ, слѣдуетъ сказать, что, съ этой точки зрѣнія, кредитный залогъ, будучи строго акцессорнымъ, представляетъ, безспорно, меньшую опасность,

§ 66. Особые виды залога.

Наряду съ залогами оборотнымъ, принудительнымъ и кредитнымъ, проектъ упоминаетъ въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву, еще о залогѣ поручительномъ. Кромѣ того, изъ постановленій, относящихся уже къ дѣлопроизводственной сторонѣ вотчинной системы, выясняется возможность возникновенія дальнѣйшаго вида, а именно, залога совокупнаго. Наконецъ, въ настоящемъ параграфѣ слѣдуетъ разсмотрѣть еще и такъ наз. залогъ доходовъ имѣнія.

Залогъ поручительный предусматривается въ ст. 54. Здѣсь, однако, высказывается лишь то, что „залогъ можетъ быть установленъ собственникомъ имѣнія въ обезпеченіе и чужого обязательства, причемъ можетъ быть опредѣленъ срокъ, на который имѣніе должно служить обезпеченіемъ сего обязательства“.

Затѣмъ, ст. 105 гласитъ, что кредиторъ по поручительному залогу, въ противоположность общему правилу ст. 101, можетъ обратить взысканіе непосредственно на личнаго должника, а ст. 109 устанавливаетъ особый двухмѣсячный срокъ послѣ наступленія срока, на который былъ установленъ залогъ, ранѣе истеченія коего статья о залогѣ не можетъ быть погашена.

Другихъ постановленій о поручительномъ залогѣ въ проектѣ не имѣется. Слѣдовательно, приходится выяснить сущность и смыслъ этого вида при помощи указанныхъ только что нормъ. Между тѣмъ, нельзя не исключить изъ ихъ числа тотчасъ же ст. 109. Она касается лишь одного подвида поручительнаго залога, а именно срочнаго и, какъ было установлено выше [1]), содержитъ въ себѣ, къ тому же, постановленіе, лишенное всякаго принципіальнаго значенія и вы-

чѣмъ залогъ оборотный. Но см. вообще о значеніи формъ обремененія для мобилизаціи недвижимости ниже, §§ 92 сл. Ср. опроверженіе имѣющихся въ указанныхъ отзывахъ возраженій въ Ж. О. К., стр. 139 сл.

1) См. § 59.

званное только практическими соображеніями. Она, поэтому, и не можетъ оказать никакой пользы по данному вопросу.

Что же касается двухъ остальныхъ статей, то первая изъ нихъ, ст. 54, содержитъ постановленіе, которое, въ сущности, излишне, такъ какъ едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что собственникъ, вольный распоряжаться своею недвижимостью, вправѣ установить ипотеку въ обезпеченіе не только своего собственнаго, но также и чужого обязательства. Это настолько очевидно, что новѣйшія законодательства не посвящаютъ этому вопросу вниманія [1]). А съ другой стороны, можно сказать, что поручительный залогъ и не вызываетъ никакихъ конструктивныхъ затрудненій. Онъ отличается отъ нормальной ипотеки только тѣмъ, что искъ по залогу предъявляется къ другому лицу, чѣмъ искъ изъ обязательственнаго требованія. Но такое положеніе наступаетъ также и въ томъ случаѣ, когда заложенное имѣніе пріобрѣтено лицомъ, не принявшимъ на себя личной отвѣтственности по обязательственному требованію [2]). Слѣдовательно, въ этомъ моментѣ не заключается отличительнаго признака, который дѣлалъ бы необходимымъ выдѣленіе поручительнаго залога въ особый видъ.

Однако, если привлечь послѣднюю изъ относящихся сюда статей проекта, то оказывается, что именно вопросъ о соотношеніи между исками залоговымъ и обязательственнымъ привелъ составителей проекта къ выдѣленію поручительнаго залога. Дѣло въ томъ, что при оборотной ипотекѣ личный искъ обладаетъ лишь субсидіарнымъ характеромъ: онъ можетъ быть предъявленъ только послѣ того, какъ вѣритель не получилъ удовлетворенія изъ цѣнности заложенной недвижимости. До проведенія залогового иска,

1) BGB. о поручительномъ залогѣ вовсе не упоминаетъ, ZGB. 824, 2 ограничивается краткимъ указаніемъ, что заложенная недвижимость можетъ и не быть собственностью должника.

2) Ср. ВУ. 101,2, 102. См. ниже, § 87.

напротивъ, личный искъ предъявленію не подлежитъ [1]). Между тѣмъ, установленіе такого же соотношенія между обоими исками показалось авторамъ проекта не вполнѣ цѣлесообразнымъ и не вполнѣ справедливымъ [2]). Въ виду этого, ст. 105 признаетъ допустимость предъявленія, по усмотрѣнію вѣрителя, личнаго иска, независимо отъ предварительнаго проведенія иска изъ залога.

Однако, это исключеніе, выдвигаемое проектомъ, можетъ вызвать неправильное представленіе, будто поручительный залогъ устанавливается только въ видѣ залога оборотнаго. Въ самомъ дѣлѣ, трудно не предполагать, что составители проекта придерживались именно такого взгляда — въ противномъ случаѣ, ст. 105 была бы придана, по всей вѣроятности, другая формулировка. Между тѣмъ, безспорно слѣдуетъ признать, что поручительный залогъ можетъ быть установленъ также и въ видѣ залога кредитнаго, если только обезпечиваемое обязательство обладаетъ соотвѣтствующимъ характеромъ. Это вытекаетъ изъ самаго существа дѣла и въ проектѣ нѣтъ постановленія, противорѣчащаго такому выводу [3]).

Вмѣстѣ съ тѣмъ, можно констатировать, что поручительный залогъ вполнѣ подчиняется общимъ нормамъ, выставляемымъ проектомъ по отношенію къ залогу вообще. Единственнымъ исключеніемъ является, по отношенію къ поручительному залогу оборотному, постановленіе ст. 105. А въ виду этого трудно признать поручительный залогъ самостоятельнымъ видомъ залогового права. Кажется болѣе правильнымъ считать его лишь разновидностью, имѣющей, смотря по обстоятельствамъ, или характеръ оборотнаго залога, или характеръ кредитнаго залога.

1) Ср. ВУ. 101. См. ниже, § 82.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 494 сл., 1896 г. I, стр. 499.

3) Составители проекта не выражаютъ своего воззрѣнія на этотъ вопросъ и вообще посвящаютъ поручительному залогу лишь очень мало

Впрочемъ, въ связи съ этимъ, слѣдуетъ отмѣтить и то, что поручительный залогъ бываетъ, какъ видно изъ ст. 54 и 109, простымъ или срочнымъ. Но критерій, по которому они различаются другъ отъ друга, далеко не совпадаетъ съ критеріемъ, по которому проводится грань между обязательственно-правовымъ поручительствомъ простымъ и срочнымъ — кажется полезнымъ подчеркнуть это особо для избѣжанія возможныхъ по этому вопросу недоразумѣній [1]). Дѣло въ томъ, что, во-первыхъ, при простомъ поручительномъ залогѣ вѣритель, какъ было установлено только что, ничуть не обязанъ привлечь сначала главнаго должника. Напротивъ, если, съ одной стороны, личный должникъ не можетъ требовать, чтобы вѣритель предъявлялъ искъ изъ обязательственнаго требованія, на основаніи ст. 101, лишь дополнительно, то, съ другой стороны, и нѣтъ у собственника обремененной недвижимости beneficium excussionis, которое признается за нимъ, при аналогичныхъ условіяхъ, въ области обязательственнаго права [2]).

Что же касается поручительнаго залога срочнаго, то тутъ имѣется, безспорно, большая близость къ поручительству срочному, хотя принципіально срокъ, на который устанавливается залогъ, имѣетъ самостоятельное значеніе и не находится въ непосредственной зависимости отъ срока обязательственнаго требованія. Однако, на практикѣ такая зависимость, очевидно, будетъ соблюдаться.

Но далѣе, слѣдуетъ обратить вниманіе еще на одно обстоятельство.

вниманія. Объясненія высказываются о немъ довольно лаконично — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 327 сл., 494 сл., 1896 г. I, стр. 334 сл., 499, а прочіе матеріалы къ проекту о немъ вовсе не упоминаютъ. Не привлекъ этотъ институтъ и вниманія критиковъ проекта. Ему не удѣлено ни слова ни въ Сводѣ Замѣчаній, ни въ прочей литературѣ о проектѣ. Нѣсколько лучшая участь постигла лишь ст. 109 — о ней см. выше, § 59.

1) Проектъ ГУ. кн. V, ред. 1913 г., ст. 1114 сл. сохраняетъ извѣстные дѣйствующимъ Гражданскимъ Законамъ виды поручительства.

2) См. X т. 1 ч., ст. 1558, проектъ ГУ. кн. V, ред. 1913 г, ст. 1122, 1123.

Въ томъ случаѣ, когда поручительный залогъ устанавливается въ видѣ ипотеки оборотной, по отношенію къ нему дѣйствуетъ ст. 107, ограничивающая возраженія противъ иска изъ залога. Но само собой разумѣется, что личный искъ отъ этого не выигрываетъ. Въ случаѣ недѣйствительности требованія онъ, слѣдовательно, отпадаетъ. Съ другой стороны, однако, поручитель по нормамъ обязательственнаго права можетъ предъявлять всѣ возраженія, которыя имѣются въ распоряженіи главнаго должника. Это покоится, какъ извѣстно, на общемъ принципѣ и признается, между прочимъ, также и проектомъ ГУ. [1]). Но о примѣненіи подобнаго правила по отношенію къ третьему добросовѣстному и возмездному пріобрѣтателю правъ по залогу, очевидно, рѣчи быть не можетъ, такъ какъ онъ находится подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги. Вслѣдствіе этого, можетъ оказаться, что обезпеченный долгъ недѣйствителенъ, но что взысканіе по поручительному залогу, тѣмъ не менѣе, проводится.

Такимъ образомъ, положеніе собственника недвижимости, обремененной поручительнымъ залогомъ, многимъ невыгоднѣе, чѣмъ положеніе поручителя въ области обязательственнаго права. А это результатъ, который едва ли можетъ быть названъ желательнымъ въ виду того, что стороны при установленіи поручительнаго залога, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, будутъ стремиться къ тѣмъ же экономическимъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются при помощи обязательственно-правового поручительства.

Редакціонная комиссія указываетъ въ Объясненіяхъ [2]), что стороны могутъ условиться о томъ, чтобы заложенное имѣніе отвѣчало лишь дополнительно, посколько кредиторъ не получитъ удовлетворенія изъ имущества главнаго долж-

1) Ст. 1130.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 495, 1896 г. I, стр. 499.

ника. Съ этимъ слѣдуетъ согласиться, но вмѣстѣ съ тѣмъ надо высказать пожеланіе, чтобы въ ст. 105 было введено постановленіе, санкціонирующее подобныя соглашенія. При молчаніи закона, вотчинныя установленія, пожалуй, откажутъ во внесеніи такихъ условій. Это тѣмъ болѣе вѣроятно, что возможность аналогичнаго соглашенія особо оговаривается въ ст. 101 ВУ.

Но и такимъ путемъ устраняется, во всякомъ случаѣ, лишь одна черта оборотнаго поручительнаго залога, которая можетъ вызвать нежелательныя послѣдствія. Напротивъ, дѣйствіе ст. 107 остается незатронутымъ и приходится признать, что по постановленіямъ проекта, въ нынѣшнемъ ихъ видѣ, нѣтъ возможности улучшить положеніе собственника недвижимости. По германскому и швейцарскому уложеніямъ, напротивъ, всѣ затрудненія могутъ быть устранены путемъ установленія поручительнаго залога въ формѣ залога обезпечительнаго, независимо отъ характера обезпечиваемаго обязательства [1]). Въ такомъ случаѣ, возраженія, принадлежащія главному должнику, сохраняютъ, конечно, силу также и въ пользу собственника. Но проектъ, какъ извѣстно, предвидитъ установленіе обезпечительной ипотеки исключительно въ видѣ залога принудительнаго или по отношенію къ требованіямъ будущимъ или неопредѣленнымъ по суммѣ. Вслѣдствіе этого, и нельзя использовать эту форму въ достаточной мѣрѣ для залога поручительнаго — если только соотвѣтствующія постановленія не будутъ измѣнены въ окончательной редакціи ВУ.

Если же они останутся неизмѣненными, то едва ли приходится ожидать широкаго примѣненія на практикѣ поручительнаго залога.

Нѣкоторыми особенностями отличается, хотя и съ другой точки зрѣнія, также залогъ совокупный. Сущность

1) Ср. выше, § 61.

этого института, извѣстнаго какъ германскому, такъ и швейцарскому уложеніямъ [1]), заключается въ томъ, что одно требованіе обезпечивается залогомъ нѣсколькихъ недвижимостей съ тѣмъ, чтобы вѣритель, по своему усмотрѣнію, могъ осуществить свое право по отношенію къ каждой изъ нихъ. Но само собой разумѣется, при этомъ, что полученіе имъ удовлетворенія изъ цѣнности одной изъ обремененныхъ недвижимостей приводитъ къ прекращенію его права или, выражаясь точнѣе, является основаніемъ погашенія установленныхъ въ его пользу залоговыхъ правъ также и въ прочихъ недвижимостяхъ. Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить, что совокупный залогъ можетъ устанавливаться къ формѣ какъ залога оборотнаго, такъ и залога обезпечительнаго.

Какъ было отмѣчено уже выше, институтъ совокупной ипотеки неизвѣстенъ тому отдѣлу проекта, который посвященъ ex professo матеріальному вотчинному праву. Въ проектѣ 1893 г., правда, предполагалось признать его и, въ частности, допускать первоначальное установленіе совокупнаго залога [2]). Кромѣ того, предполагалось признать возникновеніе совокупнаго залога, въ силу самаго закона, въ нѣкоторыхъ случаяхъ раздѣла недвижимости, обремененной залогомъ [3]). Редакціонная комиссія [4]) ссылалась, при этомъ, прежде всего, на то, что только такимъ путемъ можетъ быть обезпечена свобода раздѣла недвижимостей. А разъ это такъ, то нельзя, по ея мнѣнію, не допускать и первоначальнаго установленія совокупнаго залога, такъ какъ иначе наруша-

1) BGB. 1132, ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 764 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 935 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 529 flg., Kober, Sachenrecht ad 1132, S. 758 flg. — ZGB. 798, ср. Wieland ad 798. О принципіальномъ отношеніи къ совокупному залогу обоихъ уложеній см. ниже.

2) Ср. ст. 52.

3) Ср. ст. 198.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 320 сл.

лось бы „начало полной договорной свободы, составляющее главную основу всякаго экономическаго благоустройства". Къ тому же, можетъ встрѣтиться экономическая необходимость въ обезпеченіи вѣрителя именно такимъ путемъ и поэтому воспрещеніе установленія совокупнаго залога приведетъ лишь къ обходу закона, сопряженному съ ухудшеніемъ положенія должника.

Въ противоположность этому, меньшинство изъ трехъ членовъ комиссіи утверждало [1]), что законодатель нисколько не связанъ принципомъ договорной свободы. Въ данномъ же случаѣ ея признаніе не можетъ не привести къ нежелательнымъ послѣдствіямъ. Ибо первоначальное установленіе совокупнаго залога вызоветъ неопредѣленность отношеній между собственниками заложенныхъ недвижимостей, какъ только послѣднія перестанутъ находиться въ рукахъ одного лица. Что же касается дробленія недвижимостей, то оно отнюдь не облегчается, а напротивъ, затрудняется установленіемъ солидарной отвѣтственности, такъ какъ послѣдняя никоимъ образомъ не можетъ служить приманкой для пріобрѣтателей дробныхъ частей. Наконецъ, создаваемая будто бы при посредствѣ совокупнаго залога большая обезпеченность залогодержателя можетъ быть достигнута также и другимъ путемъ, въ частности, посредствомъ установленія въ другихъ недвижимостяхъ должника кредитнаго залога на случай непокрытія требованія при публичной продажѣ первой недвижимости. Совокупный залогъ, напротивъ, приводитъ, съ одной стороны, къ чрезмѣрному использованію кредита должникомъ, а съ другой — къ притѣсненіямъ его кредиторомъ.

Однако, это отрицательное отношеніе къ спорному институту не было проведено послѣдовательно членами меньшинства. А именно, когда обсужденіе коснулось вопроса

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 313 сл.

о возникновеніи совокупной ипотеки вслѣдствіе раздѣла недвижимости, то противъ признанія этого института возражалъ уже лишь одинъ членъ редакціонной комиссіи [1]).

Къ противникамъ совокупнаго залога присоединился рядъ критиковъ, указанія коихъ вошли въ Сводъ Замѣчаній [2]), и въ результатѣ проектъ 1896 г. въ посвященномъ матеріальному праву раздѣлѣ о немъ умолчалъ, но сохранилъ, тѣмъ не менѣе, постановленія проекта 1893 г., согласно которымъ совокупный залогъ можетъ возникать при раздѣлѣ недвижимости. Въ Объясненіяхъ [3]) же приводятся рядомъ аргументы прежняго большинства въ пользу совокупнаго залога, возникающаго вслѣдствіе раздѣла заложенной недвижимости, и аргументы прежняго меньшинства противъ первоначальнаго его установленія.

Не лишено интереса, при этомъ, то обстоятельство, что въ проектѣ 1896 г. допущеніе солидарнаго залога является результатомъ уже единогласнаго постановленія комиссіи [4]). И при дальнѣйшемъ разсмотрѣніи проекта противъ такого рѣшенія также не выдвигаются возраженія — таковыхъ не имѣется ни въ отзывахъ вѣдомствъ, ни въ Журналѣ Особой Комиссіи [5]). Не возражалъ въ своей запискѣ и министръ юстиціи и благодаря этому, въ результатѣ окончательный проектъ ВУ. усвоилъ ту же точку зрѣнія, какъ предыдущіе проекты [6]).

А именно, если отъ обремененнаго залогомъ имѣнія отдѣляется участокъ, съ тѣмъ ли, чтобы завести для него особую вотчинную книгу и превратить его такимъ путемъ въ самостоятельную недвижимость, или съ тѣмъ, чтобы

1) Объясненія 1893 г. II, стр. 162 сл.
2) Св. Зам., №№ 156—161, 324,1—326.
3) Объясненія 1896 г. I, стр. 329 сл., 331 сл.
4) Объясненія 1896 г. II, стр. 158 сл.
5) Ср. Ж. О. К., стр. 254 сл.
6) Ст. 209, 210.

присоединить его къ другой недвижимости, свободной отъ обремененій, то, по проекту ВУ., наступаетъ солидарная отвѣтственность первоначальнаго имѣнія и новаго — за исключеніемъ, разумѣется, того случая, когда стороны условились объ иномъ. Другими словами, здѣсь создается совокупная ипотека, въ силу которой вѣритель можетъ обратить взысканіе въ полной суммѣ своего требованія на любую изъ двухъ недвижимостей.

Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить, что возникновеніе совокупнаго залога, кромѣ того, мыслимо и въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 218. Въ ней идетъ рѣчь о соединеніи двухъ недвижимостей, изъ которыхъ каждая обременена ипотеками, и тутъ стороны должны согласиться о старшинствѣ послѣднихъ. Постановленія проекта, при этомъ, не препятствуютъ примѣненію по аналогіи ст. 209, — хотя здѣсь остается мѣсто свободному толкованію и, разумѣется, трудно предвидѣть, какъ отнесется къ этому вопросу практика. Но даже независимо отъ этого, нельзя не считаться съ возможностью, что совокупный залогъ, не смотря на то, что первоначальное его установленіе не допускается, сыграетъ на практикѣ довольно значительную роль, благодаря тому, что дробленіе имѣній есть явленіе далеко нерѣдкое [1]).

При этомъ, необходимо обратить вниманіе и на то обстоятельство, что, въ виду отсутствія въ проектѣ оговорокъ, форму совокупнаго залога могутъ принять, вслѣдствіе дробленія недвижимости, какъ ипотека оборотная, такъ и кредитная и принудительная. Правда, по отношенію къ послѣдней въ проектѣ имѣется ст. 58, воспрещающая уста-

1) Стоитъ выдѣлить покоящееся, очевидно, на практическомъ опытѣ замѣчаніе редактора швейцарскаго уложенія, имѣющееся въ Erläuterungen III, S. 222 flg.: „Dazu kommt, dass solche Zerteilungen ziemlich häufig eintreten und tatsächlich eine viel grössere praktische Tragweite besitzen, als die Frage der anfänglichen Errichtung eines Grundpfandes mit mehreren Grundstücken sie beanspruchen kann“. Можно предполагать, что это замѣчаніе не менѣе правильно и для Россіи.

новленіе ея въ нѣсколькихъ недвижимостяхъ безъ раздѣла требованія на части по числу имѣній. Но это касается, конечно, лишь первоначальнаго установленія совокупнаго залога и категорическое предписаніе ст. 209 не оставляетъ сомнѣній въ томъ, что ст. 58 къ послѣдствіямъ дробленія недвижимости не относится [1]).

Получившійся, такимъ образомъ, результатъ едва ли можетъ быть признанъ удачнымъ. Не говоря даже о томъ, что подобное признаніе особаго вида залогового права, примѣняемаго лишь въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ, мало удовлетворительно уже съ чисто систематической точки зрѣнія, необходимо сказать, прежде всего, что нельзя согласиться съ исходной точкой, избранной по этому вопросу редакціонной комиссіей. Дѣло въ томъ, что она признаетъ совокупный залогъ исключительно для того, чтобы облегчать дробленіе недвижимостей.

Между тѣмъ, дробленіе недвижимостей, независимо отъ безспорно правильнаго стремленія къ насажденію средняго и мелкаго землевладѣнія, далеко не есть явленіе безусловно желательное и заслуживающее во всякомъ случаѣ поощренія со стороны законодательства [2]). Тутъ все зависитъ отъ

1) Слѣдуетъ обратить вниманіе и на то обстоятельство, что ст. 58 имѣлась, въ нѣсколько иной редакціи, уже въ проектѣ 1893 г., въ качествѣ ст. 57. Тутъ она устанавливала различіе между принудительнымъ залогомъ съ одной стороны, и оборотнымъ и кредитнымъ, съ другой, такъ какъ послѣдніе могли, въ силу ст. 52, устанавливаться въ видѣ совокупнаго залога. Между тѣмъ, съ отпаденіемъ, уже въ проектѣ 1896 г., первоначальнаго совокупнаго залога, могла отпасть, въ сущности, и ст. 57 проекта 1893 г. Однако, ее сохранили, въ нѣсколько измѣненной редакціи какъ ст. 54, измѣняя соотвѣтственно также и Объясненія — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 337 сл. съ Объясненіями 1896 г. I, стр. 342 сл. Въ результатѣ, она перешла и въ окончательный проектъ. — Уже изъ этой исторической справки явствуетъ, что нынѣшняя ст. 58 не имѣетъ, по намѣреніямъ составителей проекта, отношенія къ вопросу о послѣдствіяхъ дробленія недвижимости.

2) Достаточно напомнить о проявляющемся уже давно на Западѣ, а за послѣднее время и у насъ стремленіи къ предупрежденію чрезмѣр-

условій даннаго случая, отъ величины и экономическаго характера даннаго имѣнія. Въ виду этого, законодательство и не можетъ преслѣдовать въ этой области разъ на всегда опредѣленную цѣль. Поэтому, допущеніе совокупной ипотеки и не должно мотивироваться стремленіемъ къ облегченію дробленія — причемъ, впрочемъ, нельзя не повторить поставленнаго уже въ средѣ редакціонной комиссіи вопроса, дѣйствительно ли привлечетъ покупателей отдѣляемыхъ участковъ возложеніе на нихъ солидарной отвѣтственности за нерѣдко весьма крупные долги главнаго имѣнія.

Въ виду этого, вопросъ о желательности этого института долженъ разсматриваться совершенно независимо отъ вопроса о желательности дробленія недвижимостей.

Если же это такъ, то необходимо принять во вниманіе цѣлый рядъ обстоятельствъ, говорящихъ не въ пользу совокупной ипотеки. Она затемняетъ картину правового положенія недвижимости, даваемую вотчинной книгой. Она создаетъ сложныя правоотношенія. Она, наконецъ, ухудшаетъ положеніе должника и она изъемлетъ изъ оборота, въ большинствѣ случаевъ, безъ всякой нужды, долю цѣнности недвижимостей, обремененныхъ ею. А единственно положительною ея стороною является увеличеніе обезпеченности вѣрителя — однако, за счетъ интересовъ должника.

При такихъ условіяхъ, естественно, возникаетъ вопросъ, не лучше ли отказаться отъ этого института. Въ самомъ дѣлѣ, почему бы не стать на точку зрѣнія, нашедшую защитниковъ уже въ средѣ редакціонной комиссіи и въ средѣ первыхъ критиковъ проекта? Почему бы не требовать, въ случаѣ раздѣла недвижимости, распредѣленія залогового бремени по отдѣльнымъ, вновь образовавшимся имѣніямъ? Подобный вопросъ является тѣмъ болѣе обоснованнымъ, что

наго дробленія мелкой земельной собственности. Ср. мое изслѣдованіе „Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости", Ж. М. Ю. 1910, 10. См. также ниже, § 97.

поземельный оборотъ въ Россіи до сихъ поръ, несмотря на недостаточное обезпеченіе интересовъ вотчиннаго вѣрителя по дѣйствующему праву, обходился, безъ подобнаго института [1] [2]).

Наряду съ залогомъ поручительнымъ и совокупнымъ, слѣдуетъ разсмотрѣть, наконецъ, тотъ видъ залога, который проектомъ называется залогомъ доходовъ имѣнія.

Въ самомъ проектѣ ВУ. этому виду посвящена всего одна статья и одна часть другой еще статьи. Именно, ст. 51 гласитъ: „Къ залогу доходовъ имѣній заповѣдныхъ (зак. гражд., ст. 489, 1069, 1211, 1212 и 1641) имѣютъ соотвѣтственное примѣненіе правила о залогѣ недвижимыхъ имѣній". Затѣмъ, во второй части ст. 98 сказано, что „въ случаѣ залога доходовъ заповѣднаго имѣнія, взысканіе можетъ быть обращено только на эти доходы".

Больше въ проектѣ ВУ. о залогѣ доходовъ не говорится и лишь въ проектѣ ППВ. имѣются ст. 237—243, нормирующія порядокъ взысканія съ доходовъ имѣнія [3]).

1) Ср. X т. 1 ч., ст. 1644.

2) Въ связи съ этимъ можно отмѣтить, что швейцарское уложеніе относится, въ общемъ, отрицательно къ совокупному залогу. Оно, правда, допускаетъ первоначальное установленіе его, однако лишь въ двухъ случаяхъ, а именно, во-первыхъ, по отношенію къ участкамъ, находящимся въ собственности одного лица, и во-вторыхъ, по отношенію къ участкамъ, находящимся въ собственности солидарныхъ должниковъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно принимаетъ всѣ зависящія отъ него мѣры къ тому, чтобы совокупность ипотеки прекратилась, какъ только данныя недвижимости переходятъ въ другія руки. Ср. ZGB. 798, 833, 846, 852, а также Erläuterungen III, S. 220 flg., Wieland, Sachenrecht къ ук. ст. — Въ противоположность этому, BGB. 1132 допускаетъ установленіе совокупной ипотеки безъ всякихъ ограниченій. Интересно, при этомъ, то, что составители проектовъ германскаго уложенія цивильно-политическими вопросами по этому поводу вовсе не задавались, ср. Motive III, S. 668, 682 flg., Protokolle III, 568, 573 flg., Denkschrift S. 223 flg. Благодаря такому отношенію къ дѣлу, рѣшеніе германскаго уложенія и не можетъ служить аргументомъ въ пользу допущенія совокупнаго залога.

3) Ср. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 282 сл., 1896 г., стр. 308 сл., Ж. О. К., стр. 476 сл.

Подобная скудость постановленій производитъ нѣсколько необычное впечатлѣніе въ виду того, что проектъ, въ общемъ, грѣшитъ скорѣе многословіемъ, чѣмъ лаконичностью. Въ самомъ дѣлѣ, редакціонная комиссія предполагала нормировать залогъ доходовъ нѣсколько пространнѣе и лишь особая комиссія произвела урѣзки. Но и предположенія редакціонной комиссіи давали не особенно много — въ проектѣ 1893 г. нынѣшняя ст. 51 [1]) гласила: „Залогъ не можетъ быть установленъ на имѣніяхъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ. Дозволяется лишь закладывать доходы съ заповѣдныхъ имѣній въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ. Къ залогу доходовъ заповѣднаго имѣнія примѣняются общія правила о залогѣ недвижимыхъ имѣній". Нынѣшняя же ст. 98,2 [2]) имѣла въ проектѣ 1893 г. то же самое содержаніе, какъ въ проектѣ 1907 г.

Предположенія комиссіи встрѣтили довольно рѣшительный отпоръ со стороны критики [3]). Было указано на то, что по отношенію къ заповѣднымъ имѣніямъ, изъятымъ изъ вотчиннаго оборота, недостижима цѣль залога, такъ какъ они публичной продажѣ не подлежатъ. Залогъ же доходовъ, съ теоретической точки зрѣнія, не можетъ быть подведенъ подъ нормы о залогѣ недвижимостей. А съ практической точки зрѣнія, онъ приводитъ къ неудовлетворительнымъ результатамъ. Въ крайнемъ случаѣ, этотъ институтъ могъ бы быть предметомъ спеціальнаго закона.

Эти соображенія, покоящіяся, впрочемъ, на недоразумѣніи, вызванномъ незнакомствомъ съ сущностью такъ наз. залога доходовъ, не оказали вліянія на редакціонную комиссію. Отверженныя критикой статьи были введены снова, въ неизмѣненномъ видѣ, въ проектъ 1896 г. [4]).

1) Ст. 46 по проекту 1893 г.
2) Ст. 95,2 по проекту 1893 г.
3) Св. Зам., №№ 145, 146.
4) Ст. 45 и 97,2.

Однако, особая комиссія [1]) отбросила двѣ первыя фразы, входившія въ нынѣшнюю ст. 51, опираясь, при этомъ, на то, что законом 25 мая 1899 г. введенъ институтъ временно-заповѣдныхъ имѣній, залогъ которыхъ въ извѣстныхъ случаяхъ разрѣшается. Вслѣдствіе этого пришлось бы спеціализировать разсматриваемое постановленіе. Но въ задачи ВУ. не входитъ нормировка подобныхъ частныхъ случаевъ. А такъ какъ, кромѣ того, невозможность залога маіоратныхъ и вѣчно-заповѣдныхъ имѣній явствуетъ изъ особыхъ постановленій о нихъ, то наиболѣе цѣлесообразнымъ является, по мнѣнію особой комиссіи, сохраненіе лишь послѣдней фразы даннаго постановленія, причемъ, однако, особая комиссія измѣнила ея редакцію, придавъ ей тотъ видъ, который нынѣ имѣетъ ст. 51.

Такова исторія возникновенія ст. 51 и 98,2. Но ни она, ни соображенія авторовъ этихъ постановленій не даютъ отвѣта на одинъ вопросъ, котораго нельзя не поставить, т. е. на вопросъ, что же, въ сущности, представляетъ собой залогъ доходовъ?

Этотъ вопросъ остается совершенно незатронутымъ какъ въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи, такъ и въ Журналѣ Особой Комиссіи. Въ нихъ, впрочемъ, не затрагивается и вопросъ о цивильно-политическомъ значеніи этого института. Въ Объясненіяхъ [2]) все сводится къ перефразировкѣ статей проекта, а въ Журналѣ [3]) говорится лишь о необходимости редакціонной ихъ переработки. При такихъ условіяхъ, вполнѣ возможно, и даже вѣроятно, что и практика, послѣ вступленія въ силу ВУ., пойдетъ по пути, указанному критиками перваго проекта и станетъ недоумѣвать, какимъ образомъ нормы о залогѣ недвижимости могутъ найти соотвѣтствующее примѣненіе къ залогу доходовъ и

1) Ср. Ж. О. К., стр. 136 сл.
2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 293 сл., 1896 г. I, стр. 311 сл.
3) Ср. Ж. О. К., стр. 136 сл.

какимъ образомъ вообще можно установить ипотеку въ доходахъ имѣнія.

Между тѣмъ, вопросъ этотъ гораздо менѣе сложенъ, чѣмъ можетъ показаться. Дѣло въ томъ, что такъ наз. залогъ доходовъ есть тотъ же залогъ самой недвижимости съ тѣмъ, однако, что взысканіе можетъ быть направлено только противъ доходовъ, а не противъ самой недвижимости. Другими словами, вѣритель отказывается отъ права требовать публичной продажи недвижимости и ограничивается требованіемъ учрежденія понудительнаго управленія заложенной недвижимостью. Но во всѣхъ прочихъ отношеніяхъ права кредитора остаются незатронутыми. Въ частности, онъ пользуется, какъ всякій другой кредиторъ, правомъ воспрепятствовать ухудшенію имѣнія и приступить къ взысканію до наступленія срока, въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ ст. 83 ВУ. Такъ на этотъ вопросъ смотритъ литература германскаго права [1]) и подобная конструкція является, дѣйствительно, единственно возможною.

Если стать на эту точку зрѣнія, то слѣдуетъ сказать, что соотвѣтствующія постановленія проекта редактированы не особенно удачно. Было бы безспорно лучше, если бы въ самомъ проектѣ выступало правильное воззрѣніе на сущность залога доходовъ. Но съ другой стороны, слѣдуетъ признать, что и нынѣшняя формулировка можетъ не препятствовать достиженію цѣлесообразныхъ результатовъ.

Можно прибавить, что въ необходимости признанія этого вида ипотеки не можетъ быть сомнѣнія, пока существуетъ институтъ маіоратныхъ и вѣчно-заповѣдныхъ имѣній. Въ интересахъ достиженія извѣстныхъ народно-хозяйственныхъ цѣлей [1]) можно было бы даже пожелать, чтобы была признана его примѣнимость также и къ другимъ недвижимостямъ, въ частности, къ другимъ сельско-хозяйственнымъ имѣніямъ. Связанныя съ этимъ затрудненія, на которыя указывается въ Объясненіяхъ [2]) и которыя сводятся въ возможности столкновенія между залогомъ доходовъ и обыкновенными залоговыми правами, можно было бы, безъ сомнѣнія, устранить [3]). Но неустранимымъ было бы затрудненіе, заключающееся въ томъ, что едва ли найдутся капиталисты, все равно, частныя лица или ипотечные банки, которые согласились бы помѣщать свои деньги въ ипотекахъ такого рода. А благодаря этому, поставленный вопросъ лишенъ практическаго значенія.

1) Ипотека доходовъ признавалась прусскимъ Земскимъ правомъ I, 20, § 26. Въ германское уложеніе она не вошла — ср. Motive III, S. 633 flg., но BGB. EG. 60 признала допустимость установленія ея и впредь, насколько территоріальные законы сохраняютъ ее, т. е. фактически лишь въ предѣлахъ Пруссіи, такъ какъ прочія союзныя государства не признаютъ этого института. Ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 164 flg., Sachenrecht, S. 455 flg., 696, 752, Wolff, Sachenrecht, S. 302, 497.

1) Ср. ниже, § 96.

2) Объясненія 1863 г. I, стр. 295, 1896 г. I, стр. 312.

3) Это могло бы быть достигнуто путемъ признанія, что вѣритель по залогу доходовъ получаетъ удовлетвореніе наравнѣ съ прочими вѣрителями, изъ цѣны, вырученной публичною продажей, если послѣдняя производится по требованію кредитора личнаго или по залогу нормальному. Ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 168 flg.

4) См. выше, §§ 50, 61.

§ 67. Вотчинный долгъ.

Современныя законодательства признаютъ, какъ извѣстно [4]), наряду съ ипотекой, также и абстрактное обремененіе недвижимости, не находящееся въ зависимости отъ обязательственнаго требованія. Въ противоположность имъ, нашъ проектъ ВУ. относится совершенно отрицательно къ этому институту. При этомъ, рѣшающее значеніе придается составителями проекта не какимъ либо конструктивнымъ соображеніямъ, а напротивъ, тому обстоятельству, что вотчинный долгъ, по ихъ мнѣнію, содѣйствуетъ въ нежелательной мѣрѣ мобилизаціи недвижимости. Правда, они подчасъ допускаютъ, въ своихъ разсужденіяхъ на эту тему, не совсѣмъ

обычную погрѣшность, отождествляя неоднократно вотчинный долгъ съ ипотекой собственника[1]), не имѣющей ничего общаго съ первымъ ни съ конструктивной, ни съ цивильно-политической точки зрѣнія. Но независимо отъ этого, высказываемый въ матеріалахъ къ проекту принципіальный взглядъ на институтъ, признанный лучшими современными кодексами, представляетъ немалый интересъ, какъ самъ по себѣ, такъ и въ виду вызваннаго имъ отрицательнаго отношенія самаго проекта къ этому институту.

Если ознакомиться съ соображеніями, которыя выставляются, по этому поводу, редакціонною комиссіей[2]) и которыя, впрочемъ, повторяются особою комиссіей[3]), то оказывается, что комиссія исходила изъ мысли, что „подобная форма поземельнаго кредита, имѣющая цѣлью облегчить и упростить помѣщеніе капиталовъ, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ пріобрѣтаетъ значеніе вотчинныхъ векселей". Редакціонная же коммисія придерживалась мнѣнія, что съ введеніемъ „вотчинной системы на основаніи гласности, безповоротности и спеціальности" „наше залоговое право будетъ въ достаточной степени развито для поднятія поземельнаго кредита" и что введеніе такого института, какимъ является вотчинный долгъ, было бы „небезопасно" въ виду новизны всей вотчинной системы. А далѣе, комиссія ссылается на то, что ни въ Царствѣ Польскомъ, ни въ Прибалтійскомъ краѣ не ощущается потребности въ вотчинномъ долгѣ, несмотря на то, что въ нихъ уже давно дѣйствуетъ ипотечная система. Кромѣ того, институтъ вотчиннаго долга, по утвержденію комиссіи, играетъ на практикѣ весьма незначительную роль даже въ Пруссіи.

Нельзя не признать, что опасенія комиссіи отчасти не

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 370, 371, 373, 1896 г. I, стр. 380, 381, Ж. О. К., стр. 180.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 272, 1896 г. I, стр. 290.
3) Ж. О. К., стр. 119 сл., 122.

лишены основанія. Съ абстрактнымъ характеромъ вотчиннаго долга, безспорно, связана нѣкоторая опасность такъ же, какъ вообще со всѣми абстрактными сдѣлками. Но съ другой стороны, нельзя не сослаться на аргументъ, выдвинутый, по этому поводу, уже мотивами къ германскому гражданскому уложенію[1]). Въ нихъ, именно, имѣется совершенно правильное указаніе на то, что законодательство, признающее всеобщую векселеспособность и вообще принципіальную дѣйствительность абстрактныхъ обязательствъ, не можетъ отклонить вотчинный долгъ изъ за опасенія возможныхъ злоупотребленій. И въ самомъ дѣлѣ, трудно понять, отчего землевладѣльцы, какъ таковые, должны были бы нуждаться въ опекѣ со стороны закона въ высшей мѣрѣ, чѣмъ всѣ прочіе граждане.

Далѣе, нельзя не обратить вниманія и на то, что, по системѣ какъ новѣйшихъ западныхъ уложеній, такъ и нашего проекта ВУ., оборотная ипотека не очень отличается отъ вотчиннаго долга. Лишь только кредиторомъ выступаетъ третій добросовѣстный и возмездный пріобрѣтатель правъ по залогу, какъ, съ извѣстной точки зрѣнія и притомъ, именно, съ той, которая имѣетъ значеніе въ настоящую минуту, различіе между ипотекой и вотчиннымъ долгомъ совершенно исчезаетъ: собственникъ лишается возможности защищаться возраженіемъ о недѣйствительности обязательственнаго требованія[2]). И хотя, съ конструктивной точки зрѣнія, и можно считать спорнымъ вопросъ о томъ, превращается ли ипотека при подобныхъ условіяхъ въ вотчинный долгъ[3]), результатъ, во всякомъ случаѣ, получается одинъ и тотъ же. Собственнику приходится отвѣчать по ипотекѣ такъ же, какъ онъ отвѣчалъ бы по абстрактному

1) BGB. Motive III, S. 610.
2) ВУ. 107, ср. выше, §§ 53, 63.
3) Ср. выше, § 49.

обремененію недвижимости и первоначальная акцессорность ея не приноситъ ему никакой пользы.

Ясно, что именно въ этомъ заключается пресловутая опасность вотчиннаго долга. А слѣдовательно, за этимъ моментомъ трудно признать рѣшающее значеніе по вопросу о желательности или нежелательности введенія въ проектъ спорнаго института.

Затѣмъ слѣдуетъ выдвинуть еще одно обстоятельство, которое, съ практической точки зрѣнія, пожалуй, еще болѣе важно. Оно заключается въ томъ, что вѣритель по вотчинному долгу, благодаря абстрактному характеру своего права, не имѣетъ личнаго иска къ собственнику обремененной недвижимости или, вообще, къ должнику. Другими словами, по вотчинному долгу существуетъ исключительно предметная отвѣтственность. А это заслуживаетъ вниманія съ двоякой точки зрѣнія.

Во-первыхъ, благодаря этому отпадаетъ возможность извѣстныхъ, весьма вредныхъ злоупотребленій при публичной продажѣ заложенной недвижимости, легко развивающихся, какъ показываетъ опытъ Западной Европы, а въ частности, Германіи, на почвѣ личной отвѣтственности[1]). Во-вторыхъ же, нельзя не считаться и съ тѣмъ, что господствовавшая до сихъ поръ въ русскомъ правѣ чисто предметная отвѣтственность по залогу дополняется въ проектѣ субсидіарною личною отвѣтственностью должника[2]). Именно это обстоятельство говоритъ не въ малой мѣрѣ въ пользу вотчиннаго долга. Правда, и въ настоящее время на практикѣ, какъ извѣстно, весьма часто, путемъ соглашенія между сторонами, устанавливается такая же субсидіарная личная отвѣтственность по залогу. Но все же не слѣдуетъ упускать изъ вниманія того, что населеніе привыкло преимущественно

1) См. ниже, § 90.

2) ВУ. 101, ср. ниже, § 88 сл.

къ предметной отвѣтственности. И нѣтъ, очевидно, причинъ, говорящихъ противъ того, чтобы законодательство предоставило на выборъ обороту двѣ формы обремененія недвижимости, изъ которыхъ лишь одна связана съ личною отвѣтственностью.

Такимъ образомъ, покоящійся на принципіальныхъ соображеніяхъ аргументъ редакціонной комиссіи противъ вотчиннаго долга не можетъ быть признанъ убѣдительнымъ. Что же касается ея ссылокъ на примѣръ окраинныхъ областей, то онѣ обладаютъ еще меньшимъ вѣсомъ. Ощущается ли въ Польшѣ и въ Прибалтійскомъ краѣ потребность въ институтѣ вотчиннаго долга, — это совершенно неизвѣстно и едва ли можетъ быть выяснено инымъ путемъ, какъ введеніемъ его. Нѣсколько большею убѣдительностью обладаютъ указанія комиссіи на опытъ Пруссіи. Но по отношенію къ нимъ слѣдуетъ сказать, съ другой стороны, что приводимыя цифры[1]), касающіяся времени отъ 1877—1884 г., относятся къ времени, не очень отдаленному отъ момента введенія спорнаго института, когда публика не успѣла еще привыкнуть къ нему. А далѣе, необходимо принять въ соображеніе и то, что эти цифры касаются только города Берлина. Между тѣмъ, кредитныя потребности городского населенія совершенно иныя, чѣмъ потребности сельскаго, и непопулярность вотчиннаго долга въ Берлинѣ нисколько не доказываетъ его непопулярности у собственниковъ сельско-хозяйственныхъ недвижимостей и у вѣрителей этой категоріи лицъ. Наконецъ, слѣдуетъ сказать, что, даже при этихъ условіяхъ, отношеніе внесенныхъ въ книги вотчинныхъ долговъ къ ипотекамъ колебалось по числу между 2,46% и 7,3%, а по суммѣ — между 2,005% и 13,25%. Эти числа, кажется, доказываютъ, что все же есть извѣстное тяготѣніе къ этой формѣ реальнаго кредита. И можно, безъ сомнѣнія, предъявлять къ за-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 273 прим., 1896 г. I, стр. 291 прим.

конодателю требованіе, чтобы онъ пошелъ ему навстрѣчу, если это можетъ быть достигнуто безъ всякихъ затрудненій, путемъ введенія въ законъ всего нѣсколькихъ статей[1]).

Правда, съ другой стороны, отнюдь не приходится отрицать, что и по болѣе новымъ и касающимся уже всей Германской имперіи, хотя бы менѣе точнымъ свѣдѣніямъ, имѣющимся въ литературѣ[2]), не можетъ быть рѣчи о пріобрѣтеніи вотчиннымъ долгомъ одинаковаго съ ипотекой значенія. Послѣдняя, безспорно, далеко преобладаетъ. Но тутъ все же большую роль играютъ территоріальныя различія. Извѣстно, напр., что вотчинный долгъ широко примѣняется въ одномъ изъ сѣверо-германскихъ государствъ, а именно въ Мекленбургѣ, въ которомъ реальный кредитъ играетъ вообще большую роль, благодаря чему Мекленбургъ и являлся долгое время передовымъ въ Германіи государствомъ въ области залогового законодательства. Тамъ вотчинный долгъ встрѣчается, повидимому, даже чаще, чѣмъ ипотека. Слѣдовательно, ясно, что сравнительно небольшая популярность его въ Пруссіи или въ Берлинѣ и, можно прибавить, полная его непопулярность въ Южной Германіи нисколько не исключаютъ возможности, что ему суждено, можетъ быть, сыграть большую роль въ Россіи. Законодатель, при новизнѣ всего этого дѣла у насъ, никоимъ образомъ не можетъ предвидѣть, въ какомъ направленіи разовьется оборотъ. Поэтому было бы весьма неосторожно, если бы онъ преградилъ ему извѣстные пути.

Можно, впрочемъ, указать въ пользу вотчиннаго долга также и на то, что онъ пользуется въ Швейцаріи большимъ распространеніемъ. Правда, господствующія тамъ своеобразныя экономическія условія позволили придать ему такую форму, какая у насъ совершенно немыслима. Какъ было упомянуто выше[1]), вотчинный долгъ, носящій тамъ названіе Gült, можетъ быть установленъ лишь въ суммѣ, не превышающей двухъ третей цѣнности недвижимости, установленной путемъ официальной оцѣнки. За вѣрность же оцѣнки отвѣчаетъ государство[2]). Этимъ, конечно, акту по вотчинному долгу придается такая надежность, которая приближаетъ его къ государственнымъ цѣннымъ бумагамъ. При такомъ положеніи поземельнаго кредита неудивительно, если авторъ объясненій къ проекту швейцарскаго уложенія мечтаетъ о дальнѣйшемъ развитіи института вотчиннаго долга, долженствующемъ привести, въ концѣ концовъ, къ достиженію всеобщаго идеала реальнаго кредита, къ полному сосредоточенію его въ рукахъ государства[3]).

Нельзя, такимъ образомъ, не признать, что вопросъ о желательности или нежелательности введенія въ нашъ проектъ вотчиннаго долга не долженъ считаться рѣшеннымъ на основаніи приводимыхъ въ матеріалахъ соображеній. Ни указанія на абстрактный характеръ его, ни тѣ совершенно недостаточныя фактическія данныя, на которыя опирается редакціонная комиссія, не обладаютъ для этого необходимою убѣдительностью. Правда, съ другой стороны, слѣдуетъ признать, что желательность спорнаго института вообще можетъ быть доказана только практическимъ опытомъ. Но такъ какъ вся проблема, въ сущности, сводится къ вопросу о томъ, нуждается ли оборотъ въ этомъ институтѣ, то самымъ цѣлесообразнымъ и осторожнымъ было бы, повидимому, посвятить вотчинному долгу нѣсколько статей въ проектѣ и предоставить рѣшеніе самой жизни. Если соотвѣтствен-

1) Вотчинному долгу въ BGB. посвящено всего 8 статей.

2) Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 134 flg. Ср. также Wolff, Sachenrecht, S. 456. — Сказанное въ текстѣ о роли вотчиннаго долга въ Мекленбургѣ покоится, впрочемъ, отчасти и на личныхъ наблюденіяхъ автора.

1) См. § 61.

2) ZGB. 848, 849. Ср. Rümelin, Der Vorentwurf zu einem SZGB., S. 129.

3) Erläuterungen III, S. 204 flg., 176 flg.

ныя постановленія останутся на бумагѣ, то отъ этого никакого вреда ни произойдетъ. Напротивъ, непризнаніе вотчиннаго долга можетъ чувствительно отозваться на кредитномъ оборотѣ.

§ 68. Выводы.

Если подвести итоги сказанному въ настоящей главѣ, то получается слѣдующій результатъ.

Проектъ не выставляетъ системы залоговыхъ правъ въ общепринятомъ смыслѣ. Онъ не даетъ классификаціи ихъ по видамъ, согласно ихъ сущности и содержанію. Онъ, напротивъ, кладетъ въ основаніе своего подраздѣленія субъективный критерій, относящійся то къ волѣ должника, то къ волѣ вѣрителя, критерій, имѣющій для даннаго залогового права значеніе преимущественно историческое. Между тѣмъ, путемъ изслѣдованія нормъ проекта можно выяснить, что проектъ знаетъ три вида ипотеки, а именно, ипотеку оборотную, принудительную и кредитную.

Если, однако, всмотрѣться ближе въ сущность этихъ видовъ, то приходится признать, что залогъ принудительный и залогъ кредитный представляютъ собой ничто иное, какъ подвиды одного общаго вида, каковымъ является залогъ обезпечительный или акцессорный. Ибо сила и содержаніе ихъ опредѣляются одинаково тѣмъ обстоятельствомъ, что они находятся въ строгой зависимости отъ того обязательственнаго требованія, въ обезпеченіе котораго они установлены. Различіе же проводится между ними въ одномъ лишь отношеніи: принудительный залогъ не пользуется безповоротностью. Но это — сингулярность, не затрагивающая самой его сущности.

При такихъ условіяхъ, приходится говорить уже лишь о двухъ основныхъ видахъ залогового права, признаваемыхъ нашимъ проектомъ, о залогѣ оборотномъ и о залогѣ обезпечительномъ. При этомъ, послѣдній распадается на два

подвида, а именно, на залогъ кредитный и залогъ принудительный. Что же касается ипотеки оборотной, то она можетъ быть актовою или книжною, причемъ, однако, сущность ея остается неизмѣненной. Все различіе между этими подвидами сводится къ различію въ формахъ распоряженія залоговымъ правомъ. Оборотная же ипотека и кредитная могутъ быть установлены въ обезпеченіе не только собственнаго долга, но также и чужого. Въ такомъ случаѣ онѣ представляютъ собой разновидность, носящую названіе поручительнаго залога.

Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить еще и то, что, при наличности извѣстныхъ условій, всѣ предусмотрѣнные проектомъ виды ипотеки могутъ принять форму залога совокупнаго.

Критерій, на которомъ строится система проекта, является, такимъ образомъ, всетаки тѣмъ же, которымъ пользуются западныя законодательства. Т. е. въ основу классификаціи кладется соотношеніе между залоговымъ правомъ и обязательственнымъ требованіемъ, которое имъ обезпечивается. Это, разумѣется, вполнѣ правильно. Но приходится пожалѣть о томъ, что редакціонная комиссія пользовалась этимъ критеріемъ какъ бы безсознательно и инстинктивно, не выяснивъ себѣ, что онъ вообще играетъ роль въ этой области и что онъ играетъ роль рѣшающую. И неудовлетворительная формулировка нормъ, а также прочіе редакціонные недостатки являются, въ значительной степени, послѣдствіемъ, именно, неясной постановки этого основного вопроса.

Съ другой стороны, слѣдуетъ сказать, что система проекта не вполнѣ удовлетворительна и внѣ зависимости отъ этого момента. Сомнѣнія, вызываемыя непризнаніемъ вотчиннаго долга, могутъ быть оставлены, при этомъ, въ сторонѣ. Можно даже подчеркнуть еще особо, что противъ сущности главнаго вида залогового права, каковымъ является оборотная ипотека, возражать не приходится и что даже, напротивъ, слѣдуетъ привѣтствовать рѣшеніе составителей проекта реципировать этотъ необходимый по условіямъ

современнаго поземельнаго кредита институтъ. Но нельзя не высказаться, въ двухъ отношеніяхъ, противъ той нормировки, которую получила обезпечительная ипотека.

Дѣло въ томъ, что проектъ признаетъ, во-первыхъ, только необходимую обезпечительную ипотеку въ томъ смыслѣ, что требованія опредѣленнаго рода могутъ быть обезпечены только ею. Напротивъ, добровольная обезпечительная ипотека неизвѣстна проекту и благодаря этому становится невозможнымъ примѣнить ее къ требованіямъ, не вытекающимъ изъ судебнаго рѣшенія, существующимъ уже въ моментъ установленія залога и опредѣленнымъ по суммѣ. Между тѣмъ вполнѣ мыслимо, что стороны, благодаря наличности тѣхъ или иныхъ условій, не пожелаютъ создать оборотной ипотеки, а напротивъ, пожелаютъ поставить данный залогъ въ полную зависимость отъ обязательственнаго требованія. И нѣтъ, очевидно, никакихъ причинъ, по которымъ законодателю слѣдовало бы отказывать населенію въ удовлетвореніи подобной потребности [1]).

Во-вторыхъ, нельзя не указать на то, что слѣдовало бы предписать примѣненіе необходимой обезпечительной ипотеки еще къ одному виду требованій, а именно, къ требованіямъ изъ бумагъ ордерныхъ, въ частности изъ векселей, и изъ бумагъ на предъявителя. Уже выше [2]) пришлось упомянуть о томъ, что для обезпеченія подобныхъ требованій акцессорная ипотека является единственно подходящею

1) Допуская установленіе обезпечительной ипотеки лишь въ указанныхъ узкихъ рамкахъ, редакціонная комиссія находилась, повидимому, подъ вліяніемъ прусскаго EEG. 24, ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 198 flg., въ русской литературѣ ср. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 156. На неудовлетворительность постановленій прусскаго права было обращено вниманіе при составленіи германскаго уложенія — ср. BGB. Mot. III, S. 627 flg., Prot. III., S. 680 flg., 689. См. впрочемъ, также ZGB. Erläuterungen III, S. 191 flg. Ср. кромѣ того, интересныя сообщенія, имѣющіяся въ Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 119 flg., о роли обезпечительной ипотеки въ великомъ герцогствѣ Баденъ.

2) § 61.

формой. На этотъ вопросъ, къ сожалѣнію, не обращено вниманія ни въ проектѣ, ни въ матеріалахъ къ нему. Такое умолчаніе, насколько дѣло идетъ о прочихъ, кромѣ векселей, цѣнныхъ бумагахъ, объясняется, быть можетъ, тѣмъ, что составители проекта имѣли въ виду исключительно землевладѣніе физическихъ лицъ. Между тѣмъ слѣдовало, безспорно, считаться, съ одной стороны, также и съ землевладѣніемъ юридическихъ лицъ, напр., акціонерныхъ компаній, для которыхъ можетъ оказаться необходимымъ обезпечить выдаваемыя ими на предъявителя или ордерныя обязательства залогомъ принадлежащихъ имъ недвижимостей [1]). А съ другой стороны, частныя лица могутъ испытывать потребность пользоваться вексельнымъ кредитомъ подъ обезпеченіе залогомъ недвижимости. При нынѣшнихъ постановленіяхъ проекта, однако, ни то, ни другое не окажется возможнымъ или будетъ сопряжено, по крайней мѣрѣ, съ серьезными затрудненіями.

Эти два дополненія безспорно необходимы для повышенія практическихъ достоинствъ нашего проекта. Правда, результатомъ ихъ введенія будетъ почти полное совпаденіе системы залоговыхъ правъ нашего будущаго ВУ. съ системой германскаго уложенія. Благодаря этому, стремленіе редакціонной комиссіи къ созданію болѣе простой и ясной системы окажется не достигнувшимъ своей цѣли. Но жалѣть объ этомъ едва ли пришлось бы. Не говоря даже о томъ, что система, принятая германскимъ, а вслѣдъ за нимъ и швейцарскимъ уложеніемъ, вовсе не столь сложна и неясна, какъ казалось нашей комиссіи, слѣдуетъ сказать, во всякомъ случаѣ, что она заслуживаетъ предпочтенія передъ предположеніями проекта. Согласно имъ, получились, въ области обезпечительной ипотеки, вмѣсто одного цѣльнаго, хотя, въ соотвѣтствіи съ требованіями оборота, и сложнаго института,

1) Ср. BGB. Protokolle III, S. 667, Denkschrift des BR., S. 226 flg.

какія то disjecta membra этого же института, два будто бы самостоятельныхъ вида ипотеки, до того неясно изложенныхъ, что ихъ сущность можетъ быть установлена только при помощи обстоятельныхъ изслѣдованій и, къ тому же, далеко не удовлетворяющихъ требованіямъ оборота.

Въ виду всего этого приходится, въ заключеніе, высказать пожеланіе, чтобы при окончательной обработкѣ проекта послѣдовалъ отказъ отъ стремленія къ самостоятельной нормировкѣ видовъ залогового права, а въ частности, обезпечительной ипотеки и чтобы, при этомъ, былъ использованъ, по возможности, примѣръ западныхъ уложеній, покоящихся на многолѣтнемъ практическомъ опытѣ странъ съ развитымъ поземельнымъ кредитомъ [1]).

1) Слѣдуетъ обратить, по этому поводу, вниманіе на то, что германское уложеніе излагаетъ въ первую голову ипотеку оборотную, какъ нормальный видъ, а затѣмъ трактуетъ объ акцессорной, какъ исключеніи. Швейцарское, напротивъ, исходитъ отъ акцессорной ипотекѣ, какъ наиболѣе простомъ видѣ. Который изъ этихъ пріемовъ болѣе удаченъ, можетъ быть предметомъ спора. Но если считаться съ тѣмъ, что нашъ проектъ будетъ примѣняться въ первое время людьми, въ общемъ, мало знакомыми съ принципами современнаго вотчиннаго права, то, кажется, предпочтенія заслуживаетъ методъ швейцарскаго уложенія, такъ какъ онъ, очевидно, облегчаетъ усвоеніе труднаго предмета.

Старшинство залоговыхъ правъ.

§ 69. Общія положенія.

Изложенію общихъ положеній о старшинствѣ залоговыхъ правъ проектъ посвящаетъ особое отдѣленіе, включающее въ себѣ не менѣе пяти довольно обширныхъ статей. Слѣдуетъ, однако, сказать, что выраженныя въ нихъ нормы, въ сущности, совершенно излишни. Правда, исключеніе ихъ возможно только при томъ условіи, чтобы постановленія о старшинствѣ вотчинныхъ правъ, имѣющіяся въ Введеніи къ проекту, были дополнены и переработаны въ направленіи, указанномъ въ своемъ мѣстѣ [1]). Въ противномъ случаѣ, сохраненіе нѣкоторыхъ изъ нихъ, хотя и далеко не всѣхъ, остается желательнымъ. Но въ исправленіи они нуждаются также и въ такомъ случаѣ.

Ст. 63 повторяетъ общій принципъ, согласно которому соотношеніе между залоговыми правами, обременяющими одну недвижимость, опредѣляется временемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу. Но она высказывается нѣсколько точнѣе, чѣмъ ст. 12, устанавливающая тотъ же принципъ для всѣхъ вообще вотчинныхъ правъ. Она признаетъ рѣшающее значеніе уже не просто за временемъ внесенія, а за днемъ внесенія. А далѣе, она прибавляетъ, что старшинство залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день,

1) См. выше, т. I, § 27.

опредѣляется послѣдовательностью внесенія, если только въ книгѣ не оговорено, что должно соблюдаться иное старшинство.

По поводу этого послѣдняго замѣчанія нельзя не сказать, что оно редактировано не вполнѣ удачно. Дѣло въ томъ, что предусмотрѣнная здѣсь оговорка разсчитана, по словамъ Объясненій [1]), на два случая, во-первыхъ, на тотъ, когда стороны условились о томъ, чтобы вносимыя въ одинъ и тотъ же день ипотеки пользовались равнымъ старшинствомъ, и во-вторыхъ, на тотъ, когда старшинство опредѣляется, по соглашенію заинтересованныхъ лицъ, не въ порядкѣ послѣдовательности внесенія. Между тѣмъ, второй случай вовсе не можетъ наступать. Насколько имѣетъ мѣсто соглашеніе сторонъ, заключенное до внесенія одного изъ залоговыхъ правъ, то оно должно привести, очевидно, къ тому, чтобы самое внесеніе производилось уже въ условленномъ порядкѣ, или чтобы вносилась отмѣтка о сохраненіи старшинства на основаніи ст. 68 сл. Если же соглашеніе было заключено уже послѣ внесенія одной изъ данныхъ ипотекъ, то имѣется на лицо ничто иное, какъ уступка старшинства. А тогда слѣдуетъ внести въ книгу не особую оговорку, а статью объ уступкѣ старшинства на основаніи ст. 65.

Такимъ образомъ, оговорка можетъ имѣть только одно содержаніе, сводящееся къ признанію равнаго старшинства за внесенными въ одинъ день залоговыми правами. И нѣтъ причины, по которой ст. 63 не должна бы выражать это прямо.

Далѣе, слѣдуетъ отмѣтить полную ненадобность указанія ст. 63 на то, что старшинство залога опредѣляется днемъ внесенія, „независимо отъ того, будетъ ли залоговое право внесено въ видѣ записи или отмѣтки, обращенной впослѣдствіи въ запись“. Этимъ затрагивается вопросъ, ничего общаго съ ученіемъ о старшинствѣ не имѣющій, а относящійся всецѣло къ ученію о значеніи и силѣ вотчинныхъ отмѣтокъ. Въ самомъ дѣлѣ, это правило и высказывается уже въ ст. 13 и его повтореніе въ ст. 64 совершенно неумѣстно [1]).

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 356, 1896 г. I, стр. 366.

Что касается, затѣмъ, единственно новаго, съ точки зрѣнія матеріальнаго права, постановленія ст. 63, не высказаннаго еще въ статьяхъ, помѣщенныхъ въ Введеніи, а именно, постановленія о соотношеніи между правами, внесенными въ книгу въ одинъ и тотъ же день, то редакціонная комиссія особо указываетъ въ Объясненіяхъ [2]) на то, что этотъ вопросъ можетъ быть рѣшаемъ двоякимъ образомъ. Кромѣ принятой проектомъ нормировки мыслимо, именно, и то, что за подобными правами признается одинаковое старшинство. По этому пути пошло, напр., германское уложеніе [3]). Но трудно не согласиться съ утвержденіемъ Объясненій, что такое рѣшеніе менѣе цѣлесообразно. Въ частности, вѣритель, благодаря ему, въ моментъ внесенія не можетъ быть увѣреннымъ въ томъ, что пріобрѣтенное имъ старшинство не будетъ ухудшено вслѣдствіе внесенія новой ипотеки еще въ тотъ же самый день. Равно нельзя не сознавать, что подобная нормировка вообще открываетъ путь къ злоупотребленіямъ со стороны собственника.

Неудачной и излишней, даже независимо отъ пробѣловъ Введенія, является ст. 64. Первая фраза ея гласитъ, что одинаковымъ съ капитальною суммою старшинствомъ пользуются наросшіе за послѣдніе два года проценты и из-

1) Ср. выше, т. I, §§ 24, 25.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 355 сл., 1896 г. I, стр. 365 сл.

3) См. BGB. 879. ZGB. 972, ср. Verordn. betr. das Grundbuch 27 вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія — см., съ одной стороны, Erläuterungen III, S. 410, съ другой — Wieland, Sachenrecht ad 972, P. 2, Ostertag, Sachenrecht ad 972, P. 5. Первое изъ этихъ двухъ воззрѣній, согласно которому рѣшеніе швейцарскаго уложенія совпадаетъ съ изложеннымъ въ текстѣ рѣшеніемъ нашего проекта, отвѣчаетъ, кажется, лучше словамъ ст. 972.

держки взысканія, а при залогѣ имѣнія въ кредитномъ установленіи также и пеня за просрочку.

Если сопоставить эту часть ст. 64 со ст. 77, то оказывается, что онѣ вполнѣ совпадаютъ, съ той лишь разницей, что послѣдняя точнѣе опредѣляетъ размѣръ издержекъ взысканія и что въ ней капитальной суммѣ залогового требованія отведенъ особый пунктъ, между тѣмъ какъ въ ст. 64 о ней упоминается лишь мимоходомъ. Этимъ, а также ссылкой на ст. 77, имѣющейся въ ст. 64, вызывается впечатлѣніе, поддерживаемое, впрочемъ, и отношеніемъ къ обѣимъ статьямъ Объясненій [1]), что редакціонная комиссія желала регулировать ex professo затронутый вопросъ въ ст. 77, между тѣмъ какъ ст. 64 вводится въ проектъ только потому, что этотъ вопросъ имѣетъ прикосновеніе также и къ принципу старшинства. Повидимому, именно это соображеніе побудило комиссію помѣстить соотвѣтствующую норму также и въ отдѣленіи 5, посвященномъ ученію о старшинствѣ.

Ясно, что такой взглядъ ошибоченъ и что проведеніе его должно дать совершенно нецѣлесообразные результаты. Въ данномъ случаѣ можно спорить о томъ, гдѣ слѣдуетъ урегулировать этотъ вопросъ, въ отдѣлѣ ли о старшинствѣ или въ отдѣлѣ объ отвѣтственности заложенной недвижимости. Но разъ комиссія приняла рѣшеніе въ смыслѣ второй изъ этихъ двухъ возможностей, то ей ни въ коемъ случаѣ не слѣдовало повторить соотвѣтствующую норму, хотя бы въ нѣсколько сокращенномъ видѣ, еще одинъ разъ [2]). Это является рѣзкимъ нарушеніемъ правилъ законодательной экономіи.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 357 сл. и 382 сл., 1896 г, I, стр. 367 сл. и 393 сл.

2) Впрочемъ, какъ указано выше, т. I, § 31, въ Введеніи была бы умѣстна особая статья, нормирующая вопросъ о старшинствѣ просроченныхъ за послѣдніе два года періодическихъ платежей, обременяющихъ недвижимость.

Нельзя оправдать введенія въ проектъ первой фразы ст. 64 и утвержденіемъ, что она необходима въ качествѣ предпосылки для второй фразы. Ибо эта фраза, какъ было указано выше, въ связи съ разсмотрѣніемъ ст. 30 [1]), столь же излишня, какъ первая, хотя и по другимъ причинамъ.

Дѣло въ томъ, что фраза эта содержитъ постановленіе, разумѣющееся само собой. Если, именно, проценты, просроченные болѣе чѣмъ за два года, будутъ внесены въ вотчинную книгу особою статьей, то безъ всякихъ словъ ясно, что старшинство ихъ опредѣляется временемъ внесенія статьи о нихъ. Тутъ, очевидно, устанавливается залогъ, ничего общаго не имѣющій съ залогомъ въ обезпеченіе главнаго требованія. И разумѣется, никакого сомнѣнія не можетъ быть въ томъ, что этотъ залогъ подчиняется общимъ нормамъ вотчиннаго права, а слѣдовательно, въ частности, и нормамъ, вытекающимъ изъ принципа старшинства. Это сознавала, впрочемъ, и сама редакціонная комиссія, указавшая въ Объясненіяхъ [2]), что возможность установленія подобнаго залога „вытекаетъ сама собою изъ правила ст. 48 настоящаго проекта [3]) [4]), по которой добровольный залогъ можетъ быть установленъ въ обезпеченіе всякаго денежнаго требованія, изъ какого бы источника оно ни возникло“ [5]).

При такихъ условіяхъ, очевидно, не приходится гово-

1) См. выше, т. I, § 31.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 357 сл., 1896 г. I, стр. 368.

3) Ст. 52 проекта 1907 г.

4) Такъ какъ въ текстѣ ст. 64 говорится и о добровольномъ и о принудительномъ залогѣ, то въ видахъ точности слѣдовало сослаться, кромѣ того, еще на ст. 55 проекта ВУ.

5) Объясненія тутъ же указываютъ и на то, что, въ случаѣ недѣйствительности главнаго требованія, погашенію подлежитъ также и особая статья о залогѣ, обезпечивающемъ просроченные проценты. Это, конечно, правильно, такъ какъ изъ недѣйствительности главнаго требованія логически вытекаетъ недѣйствительность и требованія о процентахъ. А по нашему проекту, какъ извѣстно, недѣйствительность обезпечиваемаго требованія вызываетъ недѣйствительность также и залогового права, пока оно не покрыто публичной вѣрой вотчинной книги.

рить о необходимости или даже желательности сохраненія ст. 64 — объ содержащіяся въ ней фразы совершенно излишни.

Однако, если выдвинутая редакціонною комиссіей норма о процентахъ по залоговому требованію подлежитъ исключенію, то на ея мѣсто слѣдовало бы поставить другую, которая дѣйствительно отвѣчала бы потребностямъ и отсутствіе которой не можетъ быть восполнено практикой.

Дѣло въ томъ, что иногда можетъ ощущаться желательность или даже необходимость измѣненія, а въ частности, повышенія размѣра процентовъ. По общимъ принципамъ вотчиннаго права оно недопустимо или, точнѣе, необязательно для послѣдующихъ вѣрителей [1]). Благодаря этому, проценты, насколько они превышаютъ внесенный первоначально размѣръ, не будутъ пользоваться старшинствомъ передъ требованіями послѣдующихъ вѣрителей. И, въ общемъ, это будетъ совершенно правильно. Но вмѣстѣ со сдѣлками, направленными во вредъ послѣдующимъ вѣрителямъ, станутъ невозможными и такія сдѣлки, въ которыхъ оборотъ нуждается и которыя ничьихъ интересовъ не нарушаютъ. Нерѣдко, именно, бываютъ случаи, въ которыхъ умѣренное повышеніе процентовъ является необходимымъ: коньюнктура денежнаго рынка измѣняется, и вѣритель отказывается отъ востребованія капитала только при условіи соотвѣтствующаго повышенія процентовъ. Ясно, что допущеніе подобной сдѣлки необходимо въ интересахъ должника. Оно, кромѣ того, младшимъ кредиторамъ не только не причиняетъ вреда, если дѣло идетъ о повышеніи умѣренномъ, а напротивъ, предохраняя экономическое положеніе должника отъ потрясеній, косвенно отзывается даже выгодно на ихъ интересахъ.

При этомъ разумѣется само собой, что такое повышеніе процентовъ должно допускаться лишь въ строго опредѣлен-

1) Ср. ВУ. 12.

ныхъ границахъ, въ соотвѣтствіи съ обычными колебаніями ипотечнаго рынка. Германское и швейцарское уложенія [1]) разрѣшаютъ, поэтому, повышеніе процентовъ безъ согласія послѣдующихъ кредиторовъ до 5%. У насъ придется допустить, вѣроятно, большій процентъ, размѣры котораго должны быть фиксированы по указаніямъ лицъ, знакомыхъ съ условіями ипотечнаго оборота. Но опредѣленіе этого размѣра есть уже вопросъ чисто техническій. Въ принципіальной же необходимости соотвѣтствующей нормы не можетъ быть сомнѣнія.

Послѣднія статьи отдѣленія 5 трактуютъ объ уступкѣ старшинства, причемъ ст. 65 предусматриваетъ уступку, происходящую между залоговыми правами. Напротивъ, ст. 67 устанавливаетъ, въ скрытой формѣ, уступку старшинства залоговымъ вѣрителемъ въ пользу вновь установляемаго права въ чужой недвижимости, подлежащаго внесенію въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Ст. 66 же подготовляетъ почву этому постановленію, регулируя соотношеніе между правами третьяго и четвертаго отдѣла.

Содержаніе ст. 65 сводится къ тому, что уступка старшинства въ пользу нижестоящаго или вновь установляемаго [2]) залога допускается по соглашенію между обоими вѣрителями. Послѣдствіемъ ея является то, что нижестоящій или новый залогъ пріобрѣтаетъ старшинство уступившаго и притомъ въ предѣлахъ суммы, на которую простирается уступка. Другими словами, нѣтъ необходимости въ томъ,

1) BGB. 1119, ZGB. 818, 2.

2) Проекты 1893 г. и 1896 г. допускали уступку старшинства исключительно въ пользу вновь установляемаго залога, мотивируя это ограниченіе опасеніемъ излишняго осложненія оборота — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 359 сл., 1896 г. I, стр. 369 сл. Противъ этого ограниченія имѣется возраженіе уже въ Св. Зам., № 171. Къ нему присоединился министръ юстиціи въ своемъ отзывѣ, стр. 7. Особая комиссія признала возраженіе основательнымъ и внесла въ проектъ соотвѣтствующее измѣненіе — ср. Ж. О. К., стр. 151.

чтобы обмѣнивающіяся старшинствомъ требованія были одинаковой величины. Мыслимо и то, чтобы уступка простиралась лишь на части того и другого требованій.

Наконецъ, въ ст. 65 сказано еще, что „уступка старшинства должна быть внесена въ вотчинную книгу и отмѣчена на залоговыхъ актахъ, если они были выданы".

Это послѣднее правило формулировано въ высокой степени неудачно. Внесеніе статьи объ уступкѣ въ вотчинную книгу и учиненіе соотвѣтствующей отмѣтки на актѣ ставится какъ бы на одну доску. Между тѣмъ, они имѣютъ далеко не одинаковое значеніе. Внесеніе въ книгу является условіемъ вотчинной силы уступки, другими словами, безъ него вообще нѣтъ уступки въ смыслѣ вотчиннаго права. Отмѣтка же на актѣ такого значенія не имѣетъ и если она не будетъ сдѣлана, то это можетъ вызвать рядъ другихъ юридическихъ послѣдствій, но не можетъ привести къ недѣйствительности сдѣлки или къ необязательности ея для пріобрѣтателя акта. Для избѣжанія недоразумѣній[1]) слѣдовало бы отбросить упоминаніе о вотчинной книгѣ. Указаніе на залоговой актъ, напротивъ, должно остаться, если только въ проектъ не будетъ введено постановленіе, согласно которому принципіально отмѣчаются на актѣ всѣ измѣненія, касающіяся залогового права, по которому онъ выданъ[2]).

Но это лишь вопросъ редакціи. Что же касается сущности ст. 65, то даже излишне говорить, что основная ея мысль вполнѣ правильна: уступка старшинства есть институтъ совершенно необходимый въ практическихъ видахъ, особенно въ виду того, что кредитныя установленія, какъ извѣстно, оказываютъ кредитъ только подъ обезпеченіе первой ипотекой. Благодаря этому, при недопущеніи уступки старшинства,

1) Разсматриваемый оборотъ можетъ вызвать даже впечатлѣніе, будто измѣненіе правоположенія происходитъ независимо отъ внесенія и будто послѣднее служитъ лишь оглашенію совершившагося измѣненія.

2) О желательности введенія подобной статьи см. ниже, § 73.

собственнику, воспользовавшемуся сначала частнымъ кредитомъ, пришлось бы отказаться отъ использованія болѣе дешеваго и выгоднаго банковаго кредита. Впрочемъ, наряду съ этимъ, вполнѣ мыслимы и случаи, когда, по тѣмъ или инымъ причинамъ, является желательнымъ обмѣнъ старшинствомъ между двумя уже ранѣе установленными частными ипотеками.

Однако, при ознакомленіи со ст. 65, поражаетъ то обстоятельство, что въ ней не упомянуто о необходимости согласія на уступку старшинства со стороны собственника, а также другихъ кредиторовъ. Правда, необходимость его можетъ быть выведена изъ общихъ принциповъ вотчинной системы. Ибо интересы какъ перваго, такъ и послѣднихъ, безспорно, затрагиваются, какъ только условія повышающагося залогового требованія менѣе выгодны для собственника, чѣмъ условія уступающаго. А такъ какъ вопросъ о наличности такого отношенія между обоими требованіями весьма часто можетъ вызвать споры, то, въ видахъ осторожности и для избѣжанія недоразумѣній, слѣдовало бы установить разъ на всегда, что для уступки старшинства необходимо согласіе собственника, а также тѣхъ кредиторовъ, ипотеки коихъ занимаютъ по старшинству мѣсто между повышающейся и уступающей ипотеками[1]).

Но, къ сожалѣнію, слѣдуетъ сказать, что и введеніе въ ст. 65 только что указанныхъ поправокъ не привело бы къ вполнѣ удовлетворительному результату. Таковой могъ бы быть достигнуть только тогда, когда содержаніе ея было бы расширено въ томъ смыслѣ, что взаимная уступка старшинства допустима не только въ отношеніи ипотекъ между собой, но также и въ отношеніи правъ третьяго отдѣла между собой и въ отношеніи ипотекъ и этихъ правъ[2]). Нынѣшнее же положеніе дѣлъ не только неудовлетворительно само по себѣ,

1) См. BGB. 880, 2, 5. ZGB. не высказывается прямо по этому вопросу. Но ср. Ostertag, Sachenrecht ad 963, P. 36.

2) Ср. выше, т. I, § 27.

но кромѣ того, приводитъ къ тому, что проектъ вынужденъ создать въ скрытой и недоразвитой формѣ суррогатъ общей уступки старшинства.

Этой, именно, цѣли служатъ ст. 66 и 67, причемъ первая изъ нихъ даетъ общее правило о соотношеніи между правами третьяго и четвертаго отдѣловъ: взаимное старшинство „опредѣляется временемъ внесенія въ вотчинную книгу“. Излишне говорить, что этой нормѣ мѣсто не въ отдѣленіи, посвященномъ ученію о старшинствѣ залоговыхъ правъ, а въ Введеніи къ проекту. Что же касается ст. 67, то она постановляетъ, что ипотечный вѣритель „не можетъ пользоваться старшинствомъ“, если онъ изъявилъ „согласіе“ на установленіе въ данной недвижимости права, вносимаго въ третій отдѣлъ вотчинной книги.

Ясно, что это „согласіе“ есть ничто иное, какъ уступка старшинства и не вполнѣ понятно, отчего оно не называется прямо уступкой[1]). Но кромѣ того, слѣдуетъ отмѣтить, что подобная уступка предусматривается проектомъ только со стороны залога въ пользу права въ чужой недвижимости, но не предусматривается для противоположнаго случая, т. е. въ пользу залога. Между тѣмъ, можно предполагать, что послѣдняя окажется на практикѣ столь же необходимой или, быть можетъ, даже болѣе необходимой.

Нельзя не пожелать, чтобы эти недостатки были исправлены и чтобы, затѣмъ, ст. 67, вмѣстѣ со ст. 66, была переведена въ Введеніе. При этомъ вторая фраза ея, по которой „согласіе это обязательно для лица, возмездно пріобрѣвшаго впослѣдствіи залоговое требованіе, лишь въ томъ случаѣ, если внесено въ вотчинную книгу или было извѣстно пріобрѣтателю“, должна бы совершенно отпасть. Это правило, редактированное, къ тому же, крайне неудовлетворительно, непосредственно вытекаетъ изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги и нѣтъ, поэтому, никакой необходимости особо выставлять его.

1) Редакціонная комиссія не замѣтила, очевидно, этого совпаденія и пожелала подчинить согласіе ипотечнаго кредитора предписаніямъ ст. 142 ВУ. Поэтому, она и не считала обязательнымъ внесеніе въ вотчинную книгу подобнаго согласія. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 363 сл. 1896 г. I, стр. 374 сл.

Итакъ, въ результатѣ приходится сказать, что все отдѣленіе 5 главы IV въ высокой степени неудовлетворительно. Оно могло бы отпасть цѣликомъ, если бы помѣщенныя въ Введеніи нормы о старшинствѣ вотчинныхъ правъ и объ уступкѣ старшинства были редактированы сколько нибудь удачно. И на мѣсто всѣхъ пяти статей этого отдѣленія должна была бы поступить всего одна, касающаяся вопроса о повышеніи процентовъ по обезпеченному залогомъ требованію. Но и для этой статьи было бы нетрудно отыскать мѣсто въ одномъ изъ другихъ отдѣленій.

§ 70. Сохраненіе старшинства и ипотека собственника.

Въ тѣсной связи съ вопросомъ о старшинствѣ залоговыхъ правъ находится вопросъ о сохраненіи старшинства для предстоящихъ залоговъ и объ ипотекѣ собственника. Мимоходомъ уже приходилось указывать на то, что экономическія соображенія дѣлаютъ желательнымъ прикрѣпленіе каждой ипотеки къ старшинству, опредѣленному разъ на всегда. И при современномъ взглядѣ на сущность залогового права, подобное прикрѣпленіе не представляетъ, съ конструктивной точки зрѣнія, затрудненій[1]). Но оно является невозможнымъ, если залогъ признается правомъ вещнымъ и строго акцессорнымъ. Однако, и тѣ законодательства, которыя занимаютъ такую точку зрѣнія, признаютъ необходимость достигнуть тѣхъ же результатовъ, хотя бы въ менѣе совершенномъ видѣ и обходнымъ путемъ.

Подобная же необходимость имѣлась на лицо также и

1) Ср. выше, §§ 48 сл.

для нашего проекта, благодаря принципіальному его взгляду на сущность залога. Редакціонная комиссія не могла допустить, чтобы погашеніе залога повело къ замѣщенію освободившагося мѣста слѣдующею затѣмъ ипотекой. Въ этомъ заключалось бы безосновательное причиненіе ущерба собственнику и доставленіе столь же необоснованной выгоды младшимъ кредиторамъ. Ибо большему риску, сопряженному съ послѣдующей ипотекой, соотвѣтствуютъ и болѣе выгодныя для кредитора условія сдѣлки. Если же условія даннаго обязательственнаго требованія разсчитаны на вторую или третью ипстеку, то, очевидно, несправедливо обезпечивать его первой ипотекой. Необходимо считаться и съ тѣмъ, что для должника будетъ сравнительно нетрудно найти новаго кредитора подъ обезпеченіе первой ипотекой. Но нахожденіе новаго кредитора подъ послѣдующую ипотеку можетъ быть весьма затруднительно и сопряжено, во всякомъ случаѣ, съ установленіемъ опять таки болѣе отяготительныхъ условій.

Сознавая наличность такого положенія, редакціонная комиссія сопоставляетъ нормы западно-европейскихъ законодательствъ, касающіяся этого вопроса, и приходитъ къ заключенію, что тутъ имѣются три системы [1]).

По первой изъ нихъ, принятой саксонскимъ и баварскимъ законами, собственникъ можетъ, при установленіи договорнаго залога, выговорить себѣ право распорядиться, въ границахъ опредѣленной суммы, старшинствомъ, предшествующимъ этому залогу, въ пользу одного или нѣсколькихъ залоговъ, устанавливаемыхъ впослѣдствіи. Это — система сохраненія старшинства для предстоящаго залога.

Въ дальнѣйшее развитіе ея выставлена мекленбургскимъ правомъ и принята, съ нѣкоторыми модификаціями, австрійскимъ правомъ система сохраненія мѣста. Сущность ея за-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 366 сл., 1896 г. I, стр. 377 сл.

ключается въ томъ, что собственникъ можетъ сохранить напередъ, внѣ всякой зависимости отъ внесенія залога, въ границахъ опредѣленной суммы, одно или нѣсколько мѣстъ, для сообщенія впослѣдствіи опредѣленнымъ залогамъ связанное съ этими мѣстами старшинство. Отличіе этой системы отъ первой состоитъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что при ней собственникъ, для сохраненія мѣста, не вынужденъ вступать въ переговоры со своимъ вѣрителемъ. Онъ можетъ предложить ему прямо ипотеку въ такомъ то мѣстѣ, при чемъ онъ будетъ руководствоваться, разумѣется, какъ положеніемъ своего кредита, такъ и общей экономической конъюнктурной. При благопріятномъ для него стеченіи обстоятельствъ, онъ можетъ, напр., сохранить на болѣе тяжелыя времена лучшее мѣсто и обременять пока лишь болѣе плохія. Онъ можетъ, такимъ образомъ, по выраженію Объясненій [1]), раздѣлить экономическую цѣнность своего имѣнія на нѣсколько частей, какъ самостоятельные предметы залоговыхъ обремененій, для того, чтобы воспользоваться тою или другою изъ нихъ, смотря по встрѣтившейся въ будущемъ въ томъ надобности.

Объясненія считаютъ, впрочемъ, нужнымъ добавить къ изложенію этой системы оцѣнку ея, которая, однако, свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что редакціонной комиссіи осталось чуждымъ современное развитіе понятія залога: „Эта система выдвигаетъ собою понятіе о мѣстѣ или о старшинствѣ, совершенно оторванномъ отъ залога, противорѣчащее тому началу, по которому залогъ обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, на которомъ онъ установленъ“.

Столь же отрицательно комиссія отнеслась и къ третьей системѣ, выработавшейся опять таки въ дальнѣйшее развитіе изложенныхъ уже системъ. При этомъ надо, однако, отмѣтить, что редакціонная комиссія излагаетъ въ Объяс-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 367, 1896 г. I, стр. 378.

неніяхъ[1]) систему прусскаго права, которая была принята и первымъ проектомъ германскаго уложенія. Однако, на измѣненія, введенныя въ окончательную редакцію уложенія, не обращено вниманія. Но понятно, что, для сравненія съ системой нашего проекта, имѣетъ болѣе цѣны та нормировка, которая была принята въ окончательномъ итогѣ.

Система германскаго уложенія сводится къ слѣдующему[2]): собственникъ вступаетъ въ залоговыя права всякаго рода, не исключая вотчинныхъ и рентныхъ долговъ. Что касается двухъ послѣднихъ категорій, то онѣ могутъ быть установлены имъ и непосредственно на свое имя. Ипотеки же въ тѣсномъ смыслѣ слова переходятъ къ собственнику или въ случаѣ невозникновенія и прекращенія обязательственнаго требованія, или вслѣдствіе пріобрѣтенія имъ послѣдняго. Въ первомъ случаѣ ипотека превращается въ вотчинный долгъ, т. е. она освобождается отъ всякой зависимости отъ какого либо требованія. Во второмъ случаѣ, напротивъ, ипотека остается таковою также и въ рукахъ собственника. Но его правомочія опредѣляются, тѣмъ не менѣе, постановленіями о вотчинномъ долгѣ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ собственникъ пользуется тѣми же правами, которыми пользуется всякій другой кредиторъ. Ограниченіе вводится только ст. 1197, которая постановляетъ, что онъ не имѣетъ права требовать публичной продажи имѣнія и что онъ получаетъ проценты лишь въ случаѣ понудительнаго управленія недвижимостью, установленнаго по требованію другого кредитора. Въ частности же, слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что собственникъ можетъ распоряжаться вотчиннымъ долгомъ или ипотекой, въ особенности, уступать ее третьимъ лицамъ, что онъ,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 368 сл., 1896 г. I, стр. 378 сл.

2) BGB. 1163 flg., 1196 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 919 flg., Dernburg, Sachenrecht S. 723 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 511 flg., Kober, Sachenrecht, S. 845 flg., 897 flg., 983 flg.

далѣе, участвуетъ въ распредѣленіи денегъ, вырученныхъ при публичной продажѣ, и что онъ, наконецъ, сохраняетъ права кредитора въ случаѣ добровольной продажи имѣнія.

Что касается юридической конструкціи вотчиннаго долга собственника, то она не представляетъ, какъ извѣстно, затрудненій, если залогъ признается правомъ на качественно и количественно опредѣленную долю цѣнности недвижимости. При иномъ взглядѣ на сущность залога, она неизбѣжно принимаетъ нѣсколько искусственный характеръ. Но она все же возможна и при такихъ условіяхъ. И если стать на точку зрѣнія, принятую германскимъ уложеніемъ, то приходится признать вотчинный долгъ собственника правомъ въ собственной вещи, получившимъ самостоятельность по отношенію къ праву собственности. Притомъ надо различать между субъективной и объективной сторонами правоотношенія. Съ первой—вотчинный долгъ собственника не имѣетъ по отношенію къ праву собственности самостоятельнаго содержанія. Съ объективной — таковое, напротивъ, имѣется, что и обнаруживается, лишь только наступаетъ раздвоеніе субъектовъ[1]).

Нѣсколько большія затрудненія, съ конструктивной точки зрѣнія, вызываетъ чистая ипотека собственника, возникающая тогда, когда собственникъ пріобрѣтаетъ одновременно съ ипотекой также и личное требованіе. Правда, въ большинствѣ случаевъ такого рода требованіе прекращается вслѣдствіе конфузіи. Тогда ипотека превращается въ вотчинный долгъ собственника. Но германскимъ уложеніемъ признаются также и нѣкоторыя исключенія. Таковое получается, прежде всего, тогда, когда собственникомъ обремененной недвижимости и должникомъ по требованію являются различныя лица и когда первый изъ нихъ пріобрѣтаетъ, на какомъ либо основаніи, личное требованіе. Тогда онъ

1) Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 921 flg.

имѣетъ личное требованіе, обезпеченное ипотекой въ его собственной недвижимости. Пока это совпаденіе продолжается, его права по ипотекѣ опредѣляются нормами о вотчинномъ долгѣ. Но цессія требованія влечетъ за собой переходъ ипотеки къ цессіонарію.

Нѣсколько иной смыслъ имѣютъ другіе случаи чистой ипотеки собственника[1]). Въ нихъ фингируется дальнѣйшее существованіе требованія, несмотря на совершившуюся конфузію, для достиженія опредѣленной цѣли или въ виду того, что конфузія имѣетъ только временное значеніе или въ виду того, что требованіе, послѣ достиженія желанной цѣли, должно все равно прекратиться. Такимъ образомъ, ипотека собственника имѣетъ лишь преходящее значеніе и въ результатѣ получается или ипотека несобственника, или же, согласно BGB. 1177,2, вотчинный долгъ собственника.

Въ итогѣ приходится, слѣдовательно, установить, что германское уложеніе не признаетъ, за исключеніемъ одного, аномальнаго случая, ипотеки собственника, но знаетъ только вотчинный долгъ собственника. Въ указанномъ же аномальномъ случаѣ ипотека собственника также подлежитъ правиламъ о вотчинномъ долгѣ.

Для сравненія слѣдуетъ еще привлечь систему швейцарскаго уложенія, хотя составители нашего проекта съ нимъ, какъ извѣстно, не считались.

Въ своемъ мѣстѣ было указано на то, что швейцарское уложеніе, благодаря принятой имъ конструкціи залога, въ ипотекѣ собственника не нуждается, такъ какъ тѣ цѣли, ради которыхъ существуетъ этотъ институтъ, достигаются имъ болѣе прямымъ путемъ[2]). Если же оно, тѣмъ не менѣе, признаетъ ипотеку собственника, то это объясняется чисто практическими соображеніями, въ частности, тѣми удобствами, которыя она представляетъ для кредитнаго оборота.

1) Ср. Wolff, Sachenrecht, S. 517.

2) Ср. выше, § 50.

Эти соображенія и привели къ тому, что ипотека и вотчинный долгъ собственника получили въ швейцарскомъ правѣ иную нормировку, чѣмъ въ германскомъ. При этомъ характерно и то, что какъ вотчинный долгъ, такъ и ипотека могутъ быть установлены прямо въ пользу собственника[1]), и то, что собственникъ, обладающій ипотекой или вотчиннымъ долгомъ въ своей недвижимости, не пользуется вовсе правами ипотечнаго вѣрителя. Дѣло въ томъ, что ст. 815 постановляетъ, что ипотека собственника не принимается въ соображеніе при распредѣленіи выручки отъ публичной продажи. А отсюда слѣдуетъ, очевидно, что, въ формѣ ипотеки или вотчиннаго долга собственника, здѣсь имѣется въ сущности, лишь свободная доля цѣнности, изъятая изъ сферы власти вѣрителей. Другими словами: собственникъ можетъ воспользоваться не только ст. 813,2 и установить свободное мѣсто для будущаго залога, онъ можетъ, кромѣ того, прямо внести въ книгу желательную для него форму залогового права и требовать выправки соотвѣтствующаго акта. Ипотека же или вотчинный долгъ возникаютъ лишь тогда, когда актъ будетъ переданъ третьему лицу[2]).

Слѣдуетъ еще прибавить, что германское уложеніе при-

1) ZGB. 859,2.

2) Erläuterungen ничего не говорятъ о конструкціи ипотеки собственника. Весьма характерно притомъ то, что допущеніе первоначальной ипотеки собственника объясняется (III, S. 280 flg.) чисто практическими соображеніями. Въ частности указывается на то, что воспрещеніе выправки актовъ на имя собственника приведетъ лишь къ обходу закона путемъ указанія въ актѣ фиктивнаго вѣрителя. — Wieland, Sachenrecht ad 859, P. 4, избѣгаетъ дать конструкцію института. Но сказанное имъ не противорѣчитъ воззрѣнію, изложенному въ текстѣ. Далѣе, однако, онъ допускаетъ ошибку, признавая тутъ же, въ п. 5, за собственникомъ права, установленныя ст. 816—819 въ пользу вѣрителя, въ частности, право требовать публичной продажи недвижимости и право на участіе въ распредѣленіи выручки. Однако, разъ ст. 825 категорически отказываетъ ему въ послѣднемъ, то о первомъ и не можетъ быть рѣчи. Въ виду этого совершенно ясно, что ст. 816—819 къ собственнику не имѣютъ примѣненія. Ср. также Erläut. III, S. 248 flg.

знаетъ, на ряду съ ипотекой собственника, возможность сохраненія старшинства для предстоящаго залога [1]), между тѣмъ какъ оно отказывается отъ системы сохраненія мѣста. Причиной тому служитъ, съ одной стороны, то, что ипотека собственника выполняетъ, по мнѣнію редакторовъ уложенія, ту же задачу болѣе совершенно. А кромѣ того, сыграло свою роль также и принципіальное воззрѣніе редакторовъ на сущность залогового права, не согласующееся съ мекленбургскою системой [2]). На ту же точку зрѣнія стало, впрочемъ, и уложеніе швейцарское [3]), хотя послѣднее соображеніе для него не могло играть роли. Но оно, съ другой стороны, благодаря допущенію первоначальнаго установленія ипотеки собственника, и не нуждалось въ подобномъ расширеніи его правъ.

Изъ всего сказаннаго вытекаетъ, что ипотека собственника, даже по конструкціи германскаго уложенія, является институтомъ, хотя и довольно сложнымъ, но всетаки вполнѣ цѣлесообразнымъ, и, при отрицаніи системы опредѣленныхъ мѣстъ, совершенно необходимымъ для современнаго оборота. Тѣмъ не менѣе, наша редакціонная комиссія отнеслась къ нему съ рѣзкимъ отрицаніемъ.

Причины тому имѣются двѣ. Съ одной стороны, комиссія полагаетъ, что ипотека собственника должна вредно отразиться на интересахъ землевладѣнія, такъ какъ она имѣетъ „характеръ какъ бы изъятой собственникомъ цѣнности имѣнія, которою онъ можетъ распоряжаться такъ же свободно, какъ другими бумажными цѣнностями“. А съ другой стороны, комиссія утверждаетъ, что „юридическая природа ипотеки собственника крайне спорна и возбуждаетъ много сомнѣній, весьма вредныхъ въ такомъ дѣлѣ, которое касается интересовъ поземельной собственности“ [4]).

1) BGB. 881.
2) Motive III, S. 204, ср. 603, 737.
3) ZGB. 813,1, ср. Erläuterungen, S. 181 flg., 187, 245 flg.
4) Объясненія 1893 г. I, стр. 369 сл., 1896 г. I, стр. 380 сл.

Однако, второму аргументу сама комиссія придаетъ лишь второстепенное значеніе, видя въ немъ не болѣе, какъ подкрѣпленіе перваго. Поэтому достаточно отмѣтить, по поводу его, что комиссія, если дѣйствительно конструктивныя затрудненія казались ей непреодолимыми, должна была предоставить рѣшеніе этой задачи наукѣ и тѣмъ не менѣе выставить тѣ нормы, которыя она считала желательными съ цивильно-политической точки зрѣнія [1]).

Что же касается перваго изъ приведенныхъ двухъ аргументовъ, то онъ сводится, по собственному указанію комиссіи, къ опасенію, какъ бы ипотека собственника не способствовала усиленію мобилизаціи недвижимости [2]). И ту же точку зрѣнія заняли, еще съ большею опредѣленностью, особая комиссія и министръ юстиціи, прямо указывающіе на то, что ипотека собственника отклоняется въ видахъ противодѣйствія мобилизаціи [3]).

По этому поводу слѣдуетъ отмѣтить, прежде всего, что составители проекта впадаютъ въ недоразумѣніе, довольно послѣдовательно сопоставляя ипотеку собственника съ вотчиннымъ долгомъ, равно содѣйствующимъ, по ихъ мнѣнію, мобилизаціи недвижимости. На самомъ дѣлѣ, сходство, съ экономической точки зрѣнія, между ипотекой собственника и вотчиннымъ долгомъ имѣется только тогда, когда послѣдній проявляется въ формѣ вотчиннаго

1) Она послѣдовала бы при этомъ лишь примѣру германской редакціонной коммисіи, ср. Prot. III, S. 600, противъ которой отнюдь нельзя поднять упрекъ въ небрежномъ отношеніи къ научной сторонѣ разсматриваемыхъ ею вопросовъ.

2) Редакціонная комиссія тутъ же указываетъ и на то, что ипотека собственника „исключаетъ возможность установленія принудительнаго залога со старшинствомъ, присвоеннымъ этой ипотекѣ“. Такой результатъ дѣйствительно получился бы по постановленіямъ проекта, но только благодаря тому, что онъ не признаетъ принудительной передачи правъ по залогу — ср. ниже, § 77. Отсюда, слѣдовательно, не можетъ быть почерпнутъ аргументъ противъ ипотеки собственника, какъ таковой.

3) Ж. О. К., стр. 7 сл., 121 сл., 152, 180, Записка, стр. 3.

долга собственника. А слѣдовательно, огульное сопоставленіе этихъ институтовъ лишено основанія [1]).

Далѣе же необходимо сказать, что нѣкоторое формальное облегченіе мобилизаціи — впрочемъ, не самой недвижимости, а цѣнности ея — получается лишь при допущеніи первоначальнаго установленія ипотеки собственника. Тутъ дѣйствительно собственникъ получаетъ возможность воплотить цѣнность своего имѣнія въ извѣстномъ числѣ залоговыхъ актовъ, которые затѣмъ могутъ быть реализованы по мѣрѣ надобности и желанія.

Авторы проекта предполагали, очевидно, что собственники въ большомъ числѣ воспользуются этою возможностью при первомъ случаѣ, съ тѣмъ, чтобы употребить вырученныя деньги на непроизводительныя траты. Нельзя, разумѣется, отрицать, что подобные случаи встрѣтятся. Но собственникъ, склонный къ такимъ поступкамъ, сумѣетъ достигнуть тѣхъ же результатовъ и безъ помощи ипотеки собственника, да и вообще при дѣйствіи любого залогового права. И ясно, что задача гражданскаго, въ частности вотчиннаго права, не можетъ заключаться въ томъ, чтобы защищать расточителей противъ себя же. Съ народно-хозяйственной точки зрѣнія, сохраненіе за такими лицами недвижимости даже нежелательно, въ виду неминуемаго упадка хозяйства и напротивъ, желательнымъ является скорѣйшій переходъ имѣнія къ другому, болѣе рачительному хозяину.

Но вѣдь гражданское право вообще не можетъ и не должно быть разсчитано на расточителей, а на среднихъ хорошихъ хозяевъ. Таковой же воспользуется возможностью воплотить цѣнность своего имѣнія или часть ея уже напередъ въ залоговыхъ актахъ для того, чтобы удовлетворить дѣйствительную нужду въ кредитѣ. Онъ сможетъ выждать благопріятной конъюнктуры и сейчасъ же ею воспользоваться.

1) На это было указано уже выше, въ § 67.

Онъ будетъ въ состояніи установить напередъ условія займа и создастъ, такимъ образомъ, въ свою пользу психологическій перевѣсъ при переговорахъ съ предполагаемымъ вѣрителемъ. Однимъ словомъ, благодаря ипотекѣ собственника, онъ будетъ поставленъ въ болѣе благопріятныя условія.

Но даже если бы опасенія авторовъ проекта были основательны, они все же относились бы только къ одному виду ипотеки собственника, т. е. къ ипотекѣ, установленной непосредственно въ пользу собственника. Лишь о ней и говорятъ матеріалы къ проекту. Никакого же вниманія не обращено на то, что имѣется полная возможность признать ипотеку собственника, не допуская, при этомъ, ея первоначальнаго внесенія. Такъ, именно, какъ было указано выше, и поступаетъ германское уложеніе. А благодаря этому отпадаютъ опасенія, смущавшія составителей проекта и сохраняются лишь положительныя стороны спорнаго института, т. е. погашеніе предыдущей ипотеки не приводитъ къ повышенію нижестоящихъ и собственнику облегчается использованіе освободившейся доли цѣнности его недвижимости.

Къ сожалѣнію, комиссія не сознавала возможности такого простого и цѣлесообразнаго исхода.

Что же касается прочихъ двухъ системъ, принятыхъ въ соображеніе комиссіей, то къ сказанному въ Объясненіяхъ слѣдуетъ добавить, что относящіяся сюда законодательства признаютъ, наряду съ сохраненіемъ мѣста для предстоящаго залога, еще переходъ въ распоряженіе собственника мѣстъ, освободившихся вслѣдствіе отпаденія ипотекъ, внесенныхъ въ пользу третьихъ лицъ [1]). А при такомъ положеніи дѣлъ слѣдуетъ сказать, что обѣ эти системы созда-

1) Ср. Siegmann, Sächsisches Hypothekenrecht, S. 119 flg., Regelsberger, Bayrisches Hypothekenrecht, S. 277 flg., v. Meibom, Mecklenburgisches Hypothekenrecht, S. 266 flg. См. также Exner, Österreichisches Hypothekenrecht, S. 666 flg.

ютъ, въ сущности, ничто иное, какъ суррогатъ ипотеки собственника. Онѣ допускаютъ существованіе свободнаго мѣста, которое впослѣдствіи какъ бы выполняется ипотекой. Ясно, что подобное свободное мѣсто есть та же свободная доля цѣнности участка, которая оставляется въ распоряженіи собственника посредствомъ внесенія ипотеки собственника или посредствомъ превращенія въ таковую обыкновенной ипотеки. И если считать залогъ правомъ вещнымъ, обнимающимъ всю недвижимость, то подобный пріемъ, съ логической точки зрѣнія, является безспорно недопустимымъ. Притомъ, положеніе ничуть не измѣняется, если утверждать, какъ то дѣлаютъ Объясненія[1]), что за собственникомъ остается одно только старшинство, что онъ „сохраняетъ за собой не болѣе, какъ формальное право распоряженія этимъ старшинствомъ въ пользу предстоящаго залога“ и что обремененіе имѣнія наступаетъ только послѣ осуществленія такого формальнаго права распоряженія. Отвлеченное старшинство, какъ таковое, не присвоенное опредѣленному вотчинному праву, есть очевидный логическій абсурдъ и особаго права распоряженія имъ, хотя бы оно и называлось формальнымъ, не можетъ существовать. А поэтому аргументація Объясненій и не можетъ скрыть того факта, что тутъ, въ интересахъ достиженія опредѣленнаго экономическаго результата, допускается конструктивная несуразность.

Но если оставить въ сторонѣ конструктивный вопросъ и стать на точку зрѣнія экономическую, то слѣдуетъ сказать, что признаніе возможности создать свободное мѣсто преслѣдуетъ тѣ же самыя цѣли, какъ ипотека собственника. Если, именно, послѣдствіемъ отпаденія старшей ипотеки

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 366, 367, 1896 г. I, стр. 376, 377. — Объясненія пользуются тутъ аргументаціей, выставленной въ свое время представителями мнѣнія, господствовавшаго въ области германскаго партикулярнаго законодательства. Ср. указанныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи писателей, которые защищаютъ это воззрѣніе почти тѣми же словами.

является не повышеніе младшихъ ипотекъ, а образованіе свободнаго мѣста, то ясно, что тутъ имѣется полная аналогія къ превращенію обыкновенной ипотеки въ ипотеку собственника. А если за собственникомъ признается право сохранить старшинство для предстоящаго залога, то это опять таки представляетъ аналогію къ первоначальному установленію ипотеки собственника.

Однако, тутъ все же имѣется лишь аналогія, а не полное совпаденіе. Различіе, безспорно, остается. Но оно сводится только къ тому, что обѣ партикулярно-правовыя системы, въ противоположность системѣ ипотеки собственника, создаютъ, во вредъ собственнику, нѣкоторыя формальныя затрудненія: прежде чѣмъ распорядиться свободнымъ мѣстомъ, собственникъ долженъ озаботиться о внесеніи соотвѣтствующей новой ипотеки, что сопряжено, разумѣется, съ хлопотами и расходами въ большей мѣрѣ, чѣмъ простая цессія ипотеки собственника. Но матеріальнаго различія тутъ нѣтъ и въ частности, для собственника даже при такихъ условіяхъ едва ли будетъ особенно затруднительнымъ мобилизовать цѣнность своего имѣнія. Онъ будетъ лишь поставленъ въ менѣе выгодныя условія, такъ какъ онъ будетъ принужденъ согласиться съ своимъ будущимъ кредиторомъ насчетъ условій предполагаемаго займа, вмѣсто того, чтобы предложить ему заранѣе опредѣленную цѣнность. Ясно, по весьма даже несложнымъ психологическимъ соображеніямъ, что это обстоятельство повліяетъ невыгодно на его положеніе.

Итакъ, система ипотеки собственника, во всякомъ случаѣ, заслуживаетъ предпочтенія передъ системой болѣе раннихъ партикулярныхъ законодательствъ. Но наша редакціонная комиссія сочла нужнымъ провести, кромѣ того, еще рѣзкую грань между двумя группами этихъ послѣднихъ, приписывая, какъ было изложено выше, одной изъ нихъ принципъ сохраненія старшинства для предстоящаго залога, а другой —

принципъ сохраненія мѣста. Комиссія, притомъ, отнеслась положительно къ первому, отрицательно ко второму изъ нихъ.

Въ сущности, различіе между этими системами очень не велико. Оно сводится къ тому, что собственникъ, по первой изъ нихъ, можетъ создать свободное мѣсто только по поводу установленія опредѣленной ипотеки и по соглашенію съ вѣрителемъ, между тѣмъ какъ онъ, по второй изъ этихъ системъ, воленъ сохранить за собой напередъ, въ предѣлахъ опредѣленной суммы, одно или нѣсколько мѣстъ, независимо отъ чьего либо на то согласія и отъ внесенія какого либо залога. Съ точки зрѣнія конструкціи тутъ никакого различія нѣтъ. Въ обоихъ случаяхъ имѣется одинаковое отступленіе отъ пониманія залога, какъ вещнаго права. Съ экономической же точки зрѣнія, ни та, ни другая система не въ состояніи воспрепятствовать мобилизаціи цѣнности имѣнія. Онѣ расходятся лишь въ томъ, что первая изъ нихъ ставитъ землевладѣльца еще въ менѣе выгодныя условія, чѣмъ вторая. Стоитъ представить себѣ положеніе двухъ собственниковъ, которые оба ищутъ кредита и изъ которыхъ одинъ прямо предлагаетъ ипотеку въ такомъ то мѣстѣ — не говоря уже о должникѣ, предлагающемъ непосредственно залоговой актъ, нуждающійся лишь во внесеніи имени вѣрителя, — между тѣмъ какъ другой долженъ выпросить себѣ разрѣшеніе внести отмѣтку о сохраненіи старшинства и помѣстить настоящій залогъ лишь на второе мѣсто. По психологическимъ соображеніямъ вполнѣ ясно, что второй изъ этихъ двухъ должниковъ получитъ — ceteris paribus — деньги на менѣе выгодныхъ условіяхъ.

Такимъ образомъ, въ результатѣ остается лишь повторить, что всѣ три системы, принятыя въ соображеніе авторами проекта, равно неудовлетворительны съ конструктивной точки зрѣнія, благодаря тому, что всѣ онѣ покоятся на неправильномъ пониманіи сущности залога. Что же касается экономическихъ результатовъ, достигаемыхъ при по-

средствѣ ихъ, то слѣдуетъ сказать, что и въ этой области нѣтъ между ними принципіальнаго различія. Дѣло только въ градуальномъ ухудшеніи или улучшеніи условій, въ которыя ставится нуждающійся въ кредитѣ собственникъ.

§ 71. Сохраненіе старшинства по проекту.

Послѣ всего сказаннаго неудивительно, если редакціонная комиссія, изъ трехъ возможныхъ, при ея исходныхъ точкахъ, системъ, выбираетъ систему сохраненія старшинства для предстоящаго залога. Ипотека собственника отклоняется ею изъ за опасенія мобилизаціи недвижимости и изъ за спорности ея юридической природы, система сохраненія мѣста — потому, что она выдвигаетъ собою противорѣчащее вещному характеру залогового права понятіе о старшинствѣ, оторванномъ отъ залога. А кромѣ того, и эта система способствуетъ, по мнѣнію комиссіи, мобилизаціи недвижимости.

Напротивъ, избранная комиссіей система, на ея взглядъ, свободна отъ подобныхъ недостатковъ. Съ конструктивной точки зрѣнія, она предоставляетъ въ распоряженіе собственника лишь свободное или, по возлюбленному выраженію Объясненій, пустое мѣсто. Благодаря этому, она не противорѣчитъ принятому въ проектѣ понятію залога. А съ точки зрѣнія цивильно-политической, она не можетъ содѣйствовать мобилизаціи недвижимости [1]).

Такъ смотрѣла на этотъ вопросъ редакціонная комиссія. Ея воззрѣніе было одобрено особою комиссіей [2]). И критики проекта не нашли основанія возражать противъ принятаго рѣшенія [3]).

Такъ какъ оцѣнка системы сохраненія старшинства дана

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 370 сл., 1896 г. I, стр. 380 сл.

2) Ж. О. К., стр. 151 сл.

3) Въ Сводѣ Замѣчаній все отдѣленіе 6 гл. IV проекта остается совершенно незатронутымъ, а что касается отзывовъ вѣдомствъ, то лишь въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 16 упоминается о немъ, да и то лишь вкратцѣ и исключительно съ редакціонной точки зрѣнія.

уже въ предыдущемъ параграфѣ, то достаточно напомнить вкратцѣ лишь о томъ, что она представляетъ собой наиболѣе отсталую и менѣе всего удобную для вотчиннаго оборота систему и что она, вмѣстѣ съ тѣмъ, столь же мало, какъ прочія системы, согласуется съ признаніемъ вещнаго характера залогового права. Ибо съ послѣднимъ невозможно примирить то формальное право распоряженія пустымъ мѣстомъ, которое выдвигаетъ редакціонная комиссія. Правда, наряду съ этимъ, комиссія иногда подчеркиваетъ относительный характеръ отмѣтки, приводящій къ ограниченію правъ того только кредитора, который согласился на установленіе ея [1]). И нельзя не признать, что, основываясь на этой мысли, можно было бы создать такое понятіе отмѣтки о старшинствѣ, которое согласовалось бы съ принятымъ въ проектѣ понятіемъ залога. Но въ такомъ случаѣ пришлось бы, съ другой стороны, значительно сузить область примѣненія этого института. Въ частности, нельзя было бы придать статьѣ о погашеніи залога значенія отмѣтки о старшинствѣ. А въ такомъ случаѣ практически наиболѣе важная функція разсматриваемаго института осталась бы невыполненной. Вполнѣ понятно, что комиссія къ такому шагу не рѣшилась бы даже тогда, когда она сознавала бы желательность его съ чисто доктринарной точки зрѣнія.

Но такого сознанія у редакціонной комиссіи, повидимому, не было. Какъ только ей приходится говорить ex professo о сущности принятой ею системы, она усиленно подчеркиваетъ, что собственнику предоставляется формальное право распоряженія старшинствомъ, причемъ она, впрочемъ, очевидно находится подъ вліяніемъ литературы партикулярнаго германскаго права [2]). А отрицательное и, вмѣстѣ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 373, 375, 1896 г. I, стр. 383, 386.

2) Ср., въ особенности, Regelsberger, Bayrisches Hypothekenrecht, S. 277 flg., 283. Нѣкоторые обороты Объясненій вызываютъ, впрочемъ, впечатлѣніе даже прямого заимствованія изъ этого труда.

съ тѣмъ, относительное значеніе отмѣтки затрагивается скорѣе мимоходомъ и случайно и изъ него не дѣлается никакихъ принципіальныхъ выводовъ. Оно играетъ роль второстепеннаго момента и комиссія очень далека отъ мысли положить его въ основаніе понятія отмѣтки. Но извѣстное вліяніе этотъ моментъ все же оказалъ. И благодаря этому приходится констатировать, что въ институтѣ отмѣтки по проекту ВУ. скрещиваются двѣ мысли, правда, съ замѣтнымъ преобладаніемъ одной изъ нихъ.

Свободное мѣсто возникаетъ, по постановленіямъ проекта, въ двухъ случаяхъ. Первымъ изъ нихъ, предусматриваемымъ въ ст. 68, является тотъ, когда между собственникомъ и кредиторомъ, въ пользу коего устанавливается договорный залогъ, заключается условіе, согласно которому собственникъ сохраняетъ „за собой право на обезпеченіе впослѣдствіи имѣніемъ требованій въ опредѣленной суммѣ со старшинствомъ передъ требованіемъ кредитора“. Въ такомъ случаѣ въ вотчинную книгу вносится отмѣтка о предстоящемъ залогѣ съ указаніемъ суммы и процентовъ будущаго требованія.

Во-вторыхъ, согласно разсмотрѣнной уже выше [1]) ст. 108, 2, статья о погашеніи всякаго вообще залога ipso jure пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. Сюда же относится и предусмотрѣнный въ ст. 73 случай, когда погашается залогъ, внесенный со старшинствомъ отмѣки о предстоящемъ залогѣ. Тогда, именно, возстановляется дѣйствіе отмѣтки.

По этому поводу слѣдуетъ замѣтить сейчасъ же, что ст. 73 совершенно излишня, такъ какъ нормированный ею случай не представляетъ никакихъ особенностей по сравненію съ случаемъ, предусматриваемымъ въ ст. 108,2. На это было указано, впрочемъ, уже въ средѣ особой комис-

1) См. выше, §§ 59, 60. Ср. также, по вопросу о послѣдствіяхъ погашенія недѣйствительной записи о залогѣ, выше, § 58.

сіи. Но большинство комиссіи нашло, что сохраненіе ст. 73 желательно, такъ какъ въ ней идетъ рѣчь о спеціальномъ случаѣ возстановленія отмѣтки о старшинствѣ. Однако, подобный аргументъ едва ли можетъ быть признанъ убѣдительнымъ [1]).

Итакъ, необходимо признать наличность только двухъ поводовъ возникновенія свободнаго мѣста. При этомъ, безспорно, второй изъ нихъ представляетъ главный интересъ, и потому, что онъ на практикѣ сыграетъ, вѣроятно, гораздо большую роль, и потому, что имъ устраняется возможность построить понятіе отмѣтки о старшинствѣ на добровольномъ отказѣ младшихъ вѣрителей отъ удовлетворенія на первомъ мѣстѣ или, выражаясь иначе, потому, что благодаря ему отпадаетъ возможность провести аналогію между отмѣткой о старшинствѣ и уступкой старшинства. Ибо тутъ ни о какомъ соглашеніи между собственникомъ и послѣдующими вѣрителями не можетъ быть рѣчи, если только не прибѣгать къ лишенной всякой цѣнности фикціи, что каждый вѣритель, пріобрѣтающій ипотеку при существованіи предыдущихъ залоговыхъ правъ, молчаливо соглашается съ тѣмъ, чтобы при погашеніи послѣднихъ ихъ старшинство было использовано для другихъ ипотекъ. А при такихъ условіяхъ, остается только признать лишній разъ, что принятая проектомъ конструкція страдаетъ указанными уже въ предыдущемъ параграфѣ недостатками и что она, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ, отличается отъ системы, признающей ипотеку собственника, только значительными формальными неудобствами для собственника. Ибо возникающее въ силу ст. 108, 2 свободное мѣсто есть уже безспорно ничто иное, какъ недоразвитая ипотека собственника.

1) Ж. О. К., стр. 154. Большинство комиссіи высказалось, кромѣ того, за сохраненіе спорной статьи потому, что она „оттѣняетъ различіе между проектомъ и главными основаніями по вопросу объ ипотекѣ собственника“. Подобный аргументъ могъ быть включенъ въ Ж. О. К., очевидно, лишь по недоразумѣнію.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ, однако, указать на пробѣлъ, допущенный проектомъ по этому вопросу. Дѣло въ томъ, что, при автоматическомъ превращеніи статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ, вовсе не принято во вниманіе то обстоятельство, что волѣ сторонъ можетъ отвѣчать, при извѣстныхъ условіяхъ, также и пріобрѣтеніе младшею ипотекою старшинства погашеннаго залога. Съ такимъ положеніемъ дѣла необходимо считаться особенно тогда, когда погашенный залогъ получилъ свое старшинство благодаря уступкѣ послѣдняго младшею ипотекой. Въ случаяхъ такого рода нерѣдко между собственникомъ и уступающимъ кредиторомъ будетъ заключаться условіе, что отпаденіе вновь установляемаго залога должно повлечь за собой возстановленіе прежняго старшинства. Равно мыслимо, что кредиторъ, пріобрѣтающій одну изъ младшихъ ипотекъ, выговариваетъ себѣ право на повышеніе своего старшинства, если одна изъ предыдущихъ ипотекъ будетъ погашена [1]).

Между тѣмъ, такія соглашенія, не представляющія собой ничего нежелательнаго, при нынѣшнемъ положеніи дѣла лишены вотчинной силы. И даже при полной готовности собственника исполнить принятое на себя обязательство, необходимо преодолѣть для этого цѣлый рядъ формальныхъ затрудненій.

Въ виду этого, было бы желательно, если бы проектъ предусмотрѣлъ, въ связи съ ст. 108,2, возможность внести оговорку, согласно которой статья о погашеніи даннаго залога не пріобрѣтаетъ значенія отмѣтки о старшинствѣ [2]). Благодаря этому, послѣдующіе залоги естественно повысились бы.

Если поставить, затѣмъ, вопросъ о дѣйствіи отмѣтки о старшинствѣ, то оказывается, на основаніи ст. 69, что

1) Ср. BGB. Protokolle III, S. 606 flg., Nussbaum, Hypothekenwesen, S. 51 flg., 57 flg.

2) Ср. BGB. 1179, см. Siméon, Die löschungspflichtige Eigentümergrundschuld.

вновь установляемые договорные залоги занимаютъ свободное мѣсто, если только между собственникомъ и новымъ кредиторомъ не было заключено соглашенія о противномъ.

Это постановленіе является, очевидно, плодомъ воззрѣнія на отмѣтку о старшинствѣ, какъ на ограниченіе правъ кредитора[1]). Послѣдній отказался отъ удовлетворенія на первомъ мѣстѣ. Но право на таковое отнюдь не находится въ зависимости отъ усмотрѣнія собственника, а должно, въ силу вещнаго характера залогового права, достаться новому вѣрителю, если только и онъ не откажется отъ него.

Напротивъ, если бы отмѣтка обладала абсолютнымъ характеромъ и если бы на первомъ планѣ стояло право собственника распоряжаться свободнымъ мѣстомъ, то новый вѣритель никакого права на послѣднее не имѣлъ бы. Ясно, впрочемъ, что тогда положеніе собственника было бы болѣе выгоднымъ: ему не приходилось бы отстаивать свободное мѣсто при установленіи каждаго новаго залога.

Однако, это воззрѣніе не выдержано въ проектѣ. Отступленіе отъ него допускается уже при нормировкѣ вопроса о значеніи отмѣтки для завѣщательнаго залога: послѣдній занимаетъ, въ силу той же ст. 69, свободное мѣсто только тогда, когда это особо установлено завѣщаніемъ. Послѣдовательность требовала бы противоположнаго рѣшенія, согласно которому завѣщательный залогъ, какъ всякій другой, занимаетъ свободное мѣсто, если только завѣщатель не предписалъ иного. На практикѣ результатъ получается, правда, одинъ и тотъ же въ обоихъ случаяхъ, но непослѣдовательность имѣется, тѣмъ не менѣе, на лицо. Она, впрочемъ, объясняется отчасти тѣмъ, что фраза о завѣщательномъ залогѣ была введена въ проектъ особою комиссіей[2]), которая, повидимому, не выяснила себѣ исходной точки

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 373 сл., 1896 г. I, стр. 383 сл.
2) Ж. О. К., стр. 153.

редакціонной комиссіи, а можетъ быть, считалась и съ тѣмъ, что при иной формулировкѣ этого правила завѣщательный залогъ долженъ былъ бы занять также и свободное мѣсто, открывшееся въ силу ст. 108,2 уже послѣ смерти завѣщателя, что можетъ противорѣчить его намѣреніямъ.

Но какъ бы то ни было, вопросъ о старшинствѣ договорнаго и завѣщательнаго залога при наличности отмѣтки о старшинствѣ разрѣшается въ проектѣ просто и ясно. Серьезныя затрудненія, напротивъ, возбуждаетъ тотъ же вопросъ по отношенію къ залогу принудительному.

Слѣдовало бы ожидать, что принудительный залогъ, въ предѣлахъ означенной въ отмѣткѣ суммы, занимаетъ свободное мѣсто. Такое рѣшеніе, казалось бы, вытекаетъ какъ изъ аналогіи къ ст. 69, такъ и изъ общихъ соображеній: нельзя, очевидно, допускать, чтобы собственникъ, въ ущербъ вѣрителю, сохранялъ за собой долю цѣнности своего имѣнія, представляемую свободнымъ мѣстомъ.

Правда, тутъ можетъ получиться нѣкоторое осложненіе тогда, когда на данной недвижимости уже ранѣе тяготѣлъ принудительный залогъ, внесенный на одномъ изъ послѣдующихъ мѣстъ въ виду того, что ко времени его внесенія не имѣлось старшаго свободнаго мѣста. Можно утверждать, въ такомъ случаѣ, что онъ долженъ имѣть преимущество передъ младшимъ по времени принудительнымъ залогомъ и что поэтому именно онъ долженъ занять освободившееся мѣсто.

Однако, подобная аргументація неубѣдительна. Требованіе, благодаря обезпечивающему его залогу, пріобрѣло опредѣленное старшинство, которое ничуть не зависитъ отъ времени первоначальнаго его возникновенія — послѣднее лишено всякаго значенія съ точки зрѣнія вотчиннаго права. Важенъ исключительно моментъ внесенія, избраніе котораго, къ тому же, зависѣло отъ самаго вѣрителя. И если этотъ моментъ оказался для него невыгоднымъ, то онъ можетъ

принять мѣры, чтобы использовать наступившее улучшеніе имущественнаго положенія вѣрителя. Онъ можетъ, на основаніи ст. 103 ВУ., предъявить къ должнику личный искъ, онъ можетъ потребовать публичной продажи имѣнія — но залоговое его право установлено окончательно и для измѣненія его старшинства нѣтъ основаній.

Слѣдуетъ привлечь, въ поддержку такого рѣшенія, также и другое, уже чисто практическое соображеніе: даже независимо отъ возможности или даже вѣроятности ошибокъ, необходимо считаться съ тѣмъ, что наглядность вотчинной книги сильно пострадала бы, если бы допускались безпрестанныя передвиженія принудительныхъ залоговъ вслѣдствіе погашенія предыдущихъ ипотекъ, приводящаго къ установленію свободныхъ мѣстъ.

Однако, проектъ принялъ другое рѣшеніе вопроса о значеніи отмѣтки для старшинства принудительныхъ залоговъ и притомъ такое, смыслъ котораго далеко не ясенъ. А именно, ст. 74 постановляетъ, что „съ внесеніемъ въ вотчинную книгу статьи о принудительномъ залогѣ, передъ которою отмѣтка о предстоящемъ залогѣ имѣетъ старшинство, пріостанавливается, впредь до погашенія этой статьи, указанное въ ст. 69 дѣйствіе означенной отмѣтки въ предѣлахъ суммы, показанной въ статьѣ о принудительномъ залогѣ“.

Это постановленіе даетъ ясное рѣшеніе только для одного случая, т. е. для того, когда въ вотчинной книгѣ имѣется всего лишь одна отмѣтка о предстоящемъ залогѣ, возникшая въ силу ст. 108,2. Тогда дѣйствіе отмѣтки пріостанавливается и результатъ получается такой же, какъ будто принудительный залогъ вносился прямо на свободномъ мѣстѣ.

Но какой результатъ наступаетъ тогда, когда послѣ отмѣтки внесены одинъ или нѣсколько залоговъ и что обозначаетъ въ такомъ случаѣ пріостановка дѣйствія отмѣтки?

Наиболѣе цѣлесообразнымъ является такое толкованіе ст. 74, согласно которому пріостановка дѣйствія отмѣтки происходитъ въ пользу принудительнаго залога, т. е. въ случаѣ публичной продажи принудительный залогъ получаетъ удовлетвореніе по старшинству отмѣтки и притомъ, преимущественно передъ договорнымъ залогомъ, установленнымъ со старшинствомъ отмѣтки въ предѣлахъ суммы, оставшейся свободною послѣ внесенія принудительнаго залога.

Однако, если понимать ст. 74 такъ, то остается непонятнымъ, отчего проектъ не постановляетъ прямо, что принудительный залогъ вносится со старшинствомъ отмѣтки. И въ самомъ дѣлѣ, Объясненія[1]) высказываются прямо и рѣшительно противъ такого рѣшенія. Выставленные при этомъ аргументы сводятся къ тому, что, во-первыхъ, собственникъ принимаетъ мѣры къ внесенію отмѣтки съ цѣлью установить впослѣдствіи ипотеку въ пользу кредитнаго установленія, между тѣмъ какъ кредиторъ, соглашаясь на внесеніе отмѣтки, „имѣетъ въ виду возможность будущаго залога, предназначеннаго къ существованію на большій или меньшій срокъ“. Но, говорятъ далѣе Объясненія, „принудительный залогъ не подходитъ ни подъ первое, ни подъ второе соображеніе“. Поэтому и нельзя, по мнѣнію редакціонной комиссіи, признать за принудительнымъ залогомъ право на старшинство отмѣтки. А во-вторыхъ, было бы несправедливо давать преимущество новому принудительному залогу передъ такими же залоговыми правами, внесенными раньше. Допущеніе же передвиженія всѣхъ ипотекъ этой категоріи было бы опасно для правильности вотчинной книги.

Неубѣдительность этихъ аргументовъ очевидна. Что касается, прежде всего, второго изъ нихъ, то уже выше было указано на то, что наличность внесенныхъ ранѣе принудительныхъ залоговъ не имѣетъ по этому вопросу значенія.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 378 сл., 1896 г. I, стр. 389 сл.

Чисто субъективные же разсчеты собственника и кредитора уже никоимъ образомъ не должны играть роли, причемъ даже можетъ быть оставлено въ сторонѣ то соображеніе, что о разсчетахъ кредитора и говорить не приходится, если свободное мѣсто открылось на основаніи ст. 108,2.

Но во всякомъ случаѣ ясно, что редакціонная комиссія отвергаетъ предложенное здѣсь толкованіе ст. 74. Сама же она лишь перефразировываетъ содержаніе этой статьи, говоря, что слѣдуетъ вносить принудительный залогъ „на тѣ мѣста вотчинной книги, которыя при нормальномъ порядкѣ производства записей оказываются свободными“, съ тѣмъ, чтобы собственникъ, въ предѣлахъ обезпеченнаго принудительнымъ залогомъ требованія, лишался права распоряжаться свободнымъ мѣстомъ.

Нельзя сказать, чтобы выраженная въ этихъ словахъ мысль была ясна. Но если принудительный залогъ не пріобрѣтаетъ старшинства отмѣтки, а дѣйствіе ея, тѣмъ не менѣе, пріостанавливается, то остается лишь одна возможность: повышается тотъ залогъ, послѣ котораго внесенъ залогъ принудительный. Т. е. формально онъ, разумѣется, остается при прежнемъ старшинствѣ. Но въ случаѣ публичной продажи удовлетвореніе происходитъ въ порядкѣ внесеній. Благодаря этому, пріостановка дѣйствія отмѣтки естественно приводитъ, прежде всего, къ улучшенію положенія того вѣрителя, ипотека котораго пользуется старшинствомъ передъ залогомъ принудительнымъ [1]).

Ясно, что такой результатъ ни на чемъ не основанъ. Этотъ вѣритель меньше всѣхъ можетъ претендовать на ис-

1) Впрочемъ, возможно толковать ст. 74 также и въ смыслѣ BGB. 881,4. Но такъ какъ, согласно этой статьѣ, дѣйствіе отмѣтки пріостанавливается только по отношенію къ внесенному уже договорному залогу, между тѣмъ какъ она сохраняетъ свою силу по отношенію къ принудительному залогу, то получаются результаты въ высокой степени неудовлетворительные. Ср., по этому поводу, Dernburg, Sachenrecht, S. 719, Kober, Sachenrecht ad 881, P. III.

пользованіе старшинства отмѣтки, такъ какъ онъ согласился на ея установленіе. Единственнымъ же преимуществомъ этого рѣшенія является то, что согласно ему порядокъ внесеній сохраняетъ свое значеніе и для публичной продажи. Но это, во-первыхъ, преимущество, не имѣющее серьезнаго значенія. А во-вторыхъ, оно можетъ быть достигнуто безъ труда и при другой нормировкѣ разсматриваемаго вопроса. Стоитъ лишь признать прямо за принудительнымъ залогомъ старшинство отмѣтки.

Въ самомъ дѣлѣ, это было бы единственнымъ цѣлесообразнымъ рѣшеніемъ. Но и при нынѣшней формулировкѣ ст. 74 нельзя не придерживаться толкованія, предложеннаго выше и приводящаго, въ сущности, къ тому же самому результату. А отклоненіе этого толкованія Объясненіями не является, очевидно, препятствіемъ, такъ какъ матеріалы, какъ извѣстно, не имѣютъ обязательной силы.

Если такъ регулируется значеніе отмѣтки для вносимыхъ вновь залоговыхъ правъ, то отношеніе между залогомъ, вносимымъ со старшинствомъ отмѣтки и правами, внесенными или обезпеченными во второмъ и третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги, по мысли редакціонной комиссіи, должно быть подчинено всецѣло принципу относительной силы отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. Благодаря этому, залогъ, вносимый на мѣсто отмѣтки, пріобрѣтаетъ старшинство по отношенію къ нимъ только съ момента внесенія. И Объясненія [1]) особо подчеркиваютъ, что это вытекаетъ изъ исключительной обязательности отмѣтки для тѣхъ лицъ, которыя изъявили согласіе на сохраненіе за собственникомъ старшинства.

Эта аргументація, сама по себѣ вполнѣ правильная, не можетъ, однако, найти примѣненія къ отмѣткѣ, возникшей въ силу ст. 108,2. Въ виду этого, было бы логично по-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 375 сл., 1896 г. I, стр. 386.

ставить вопросъ, не слѣдуетъ ли исходить по отношенію къ ней изъ противоположной посылки и не слѣдуетъ ли утверждать, что лица, права коихъ внесены или обезпечены во второмъ и третьемъ отдѣлахъ, согласились на то, чтобы погашенный впослѣдствіи залогъ имѣлъ передъ ними старшинство? А въ такомъ случаѣ, старшинство передъ ними долженъ бы имѣть также и тотъ залогъ, который былъ внесенъ на его мѣсто.

Подобное рѣшеніе было бы, очевидно, вполнѣ логично. Но само собой разумѣется, что вызванная имъ двойственность была бы нецѣлесообразна. А такъ какъ, кромѣ того, оно не имѣетъ опоры въ ст. 71, то оно должно быть отклонено. Вмѣстѣ съ тѣмъ, правда, падаетъ и аргументація, выставленная въ Объясненіяхъ и ст. 71 пріобрѣтаетъ значеніе чисто положительной нормы.

Итакъ, отношеніе между отмѣткой о старшинствѣ и правами, внесенными или обезпеченными во второмъ и третьемъ отдѣлахъ вотчинной книги, опредѣляется одинаково, независимо отъ того, возникла ли отмѣтка въ порядкѣ ст. 68 или ст. 108, 2. Но наряду съ этимъ, признается одинъ видъ отмѣтки, имѣющій абсолютное значеніе. О немъ сказано въ ст. 76.

Тутъ, именно, дѣло идетъ объ отмѣткѣ о предстоящемъ залогѣ въ обезпеченіе договора съ казною или займа изъ кредитнаго установленія. Внесеніе такой отмѣтки производится ex officio до выдачи собственнику залогового свидѣтельства [1]). И залогъ, внесенный на мѣсто этой отмѣтки, пользуется старшинствомъ со времени внесенія ея по отношенію ко всѣмъ правамъ, внесеннымъ или обезпеченнымъ по вотчинной книгѣ въ промежуточное, между внесеніемъ отмѣтки и внесеніемъ залога, время [2]). Отмѣтка этого рода

1) Проектъ ПДК. 6.
2) Проектъ ПДК. 16, 29.

имѣетъ, слѣдовательно, ту абсолютную силу, которая не признается за нормальнымъ видомъ отмѣтки о старшинствѣ.

Изъ матеріаловъ къ проекту ПДК. [1]) явствуетъ, что составители его руководствовались, съ одной стороны, дѣйствующими законоположеніями о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ, а съ другой — и это, повидимому, сыграло главную роль — желаніемъ оградить фискальные интересы. Указывается на то, что казенныя управленія часто лишены возможности удостовѣриться въ томъ, не внесены ли въ книгу, послѣ выдачи залогового свидѣтельства, какія либо статьи, могущія повредить залоговому праву казны. Кромѣ того, имѣніе должно служить обезпеченіемъ не только по заключеніи договора, но иногда и на случай уклоненія участвовавшаго въ торгѣ лица отъ самаго заключенія его. Если же отъ такой нормировки страдаютъ интересы частныхъ лицъ, то этого, по мнѣнію авторовъ проекта, нельзя избѣжать.

Что же касается кредитныхъ установленій, то предоставляемая имъ привилегія въ матеріалахъ не обосновывается [2]). Признанная за казною льгота примѣняется къ нимъ, очевидно, по аналогіи, хотя и съ нѣкоторыми ограниченіями [3]).

Нельзя не сомнѣваться въ желательности и необходимости подобной привилегіи, которая, впрочемъ, на практикѣ проявится, вѣроятно, главнымъ образомъ, въ устраненіи дѣйствія ст. 74, т. е. во вредъ кредиторамъ по принудительному залогу. Но независимо отъ этого, слѣдуетъ признать, что отмѣтка о предстоящемъ залогѣ, внесенная на основаніи залогового свидѣтельства, имѣетъ другой характеръ и другую силу, чѣмъ нормальная отмѣтка. И лишь неиспользованіе сохраненнаго ею мѣста, а также, впрочемъ, погашеніе статьи о залогѣ, внесенной на основеніи ея, приводитъ къ возник-

1) Объясненія 1896 г., стр. 36 сл., Ж. О. К., стр. 544 сл.
2) Ср. Объясненія 1896 г., стр. 63 сл., Ж. О. К., стр. 550 сл.
3) Проектъ ПДК. 29, 34 сл.

новенію отмѣтки о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога, подчиненной общимъ нормамъ отдѣленія 6 [1]).

Отмѣтка о предстоящемъ залогѣ сохраняется въ силѣ вплоть до момента внесенія соотвѣтствующей ипотеки. Она остается въ силѣ и тогда, когда данная недвижимость, до наступленія этого момента, переходитъ къ новому собственнику. Въ такомъ случаѣ, и право распоряженія свободнымъ мѣстомъ переходитъ, согласно ст. 72, къ послѣднему.

Это разумѣется, въ сущности, само собой и иное рѣшеніе вопроса даже не мыслимо. Вѣроятно, комиссія сочла нужнымъ подчеркнуть это лишь потому, что ипотека собственника приводитъ къ другому результату: при отчужденіи имѣнія она превращается въ обыкновенную ипотеку, вѣрителемъ по которой является прежній собственникъ. Этого тутъ быть не можетъ, но экономическій результатъ, тѣмъ не менѣе, въ обоихъ случаяхъ одинъ и тотъ же. Какъ тутъ, такъ и тамъ будетъ учтено то обстоятельство, что извѣстная доля цѣнности не обременена долгами, а находится въ свободномъ распоряженіи собственника. И при продажѣ въ кредитъ требованіе продавца будетъ обезпечено, при системѣ сохраненія старшинства, путемъ установленія залога въ его пользу именно со старшинствомъ отмѣтки. Другими словами, эта система и тутъ приводитъ не къ измѣненію матеріальныхъ отношеній, а лишь къ тому, что стороны принуждаются совершить нѣкоторую формальность.

Особо важенъ, по практическимъ послѣдствіямъ, вопросъ о значеніи, пріобрѣтаемомъ отмѣткой въ случаѣ публичной продажи. Съ формальной точки зрѣнія, отмѣтка сохраняется и послѣ нея [2]), но тѣмъ не менѣе, отмѣтка, согласно ст. 75, не принимается въ соображеніе при распредѣленіи вырученной путемъ продажи суммы. Другими словами, собственникъ не можетъ требовать отчисленія въ свою пользу соотвѣтствующей части выручки. Этого не могутъ требовать и его личные вѣрители.

1) Проектъ ПДК. 23, 41.
2) Проектъ ППВ. 173,2.

Объясненія [1]) оправдываютъ эту норму указаніемъ на то, что отмѣтка не создаетъ обремененія недвижимости. Благодаря этому, она лишена значенія, какъ предметъ взысканія и послѣдующіе долги должны быть удовлетворены такъ, какъ будто бы отмѣтки вовсе не существовало.

Съ этимъ рѣшеніемъ нельзя не согласиться уже потому, что въ противномъ случаѣ личные вѣрители собственника получили бы преимущество передъ вотчинными. Равно слѣдуетъ сказать, что оно согласуется съ основнымъ взглядомъ проекта на сущность отмѣтки. Но нельзя не прибавить, съ другой стороны, что даже по этому вопросу не приходится говорить о преимуществѣ системы сохраненія старшинства передъ системой ипотеки собственника: какъ показываетъ примѣръ ZGB., при послѣдней возможенъ тотъ же самый результатъ.

Этимъ исчерпываются постановленія проекта, имѣющія существенное значеніе для разсматриваемаго института. Наряду съ ними имѣются еще нѣкоторыя нормы дополнительнаго характера, введенныя, однако, въ проектъ безъ всякой нужды и подлежащія, по этому, исключенію.

Достаточно передать содержаніе этихъ постановленій, чтобы доказать ихъ ненадобность: старшинство между залоговыми требованіями, вносимыми въ вотчинную книгу въ предѣлахъ означенной въ отмѣткѣ суммы, опредѣляется по времени внесенія [2]); общая сумма залоговыхъ требованій, вносимыхъ со старшинствомъ отмѣтки, не можетъ превышать означенной въ отмѣткѣ суммы [3]); если проценты

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 379 сл., 1896 г. I, стр. 390 сл.
2) Ст. 69,3.
3) Ст. 69,4.

по залоговому требованію превышаютъ указанный въ отмѣткѣ размѣръ процентовъ, то означенному требованію присваивается старшинство отмѣтки въ той мѣрѣ, въ какой капитальная сумма требованія съ процентами за два года не превышаетъ итога капитальной суммы отмѣтки съ двухлѣтними процентами, опредѣленными въ отмѣткѣ [1]).

Кажется ясно, что эти постановленія могутъ и должны отпасть.

Въ заключеніе слѣдуетъ подчеркнуть еще разъ отмѣченное уже въ началѣ настоящаго параграфа обстоятельство, что въ понятіи отмѣтки, выдвинутомъ составителями проекта, скрещиваются два момента: съ одной стороны, самоограниченіе отступающаго кредитора, имѣющее силу исключительно для него, а съ другой — пріобрѣтенное собственникомъ право распоряжаться старшинствомъ, освободившимся или на основаніи соглашенія съ кредиторомъ или вслѣдствіе погашенія одного изъ предыдущихъ залоговъ. Эта двойственность исходной точки, не сознанная, повидимому, авторами проекта, и приводитъ неизбѣжно къ нѣкоторой шаткости института отмѣтки о предстоящемъ залогѣ. Но несмотря на этотъ недостатокъ, можно сказать, что отмѣтка въ томъ видѣ, который она получила въ проектѣ, всетаки настолько пригодна къ выполненію возложенныхъ на нее функцій, насколько это возможно въ намѣченныхъ редакціонною комиссіей рамкахъ. Но она, тѣмъ не менѣе, является институтомъ совершенно отсталымъ, за которымъ можно признать значеніе лишь дополнительное, какъ то и дѣлаютъ современные кодексы. Поэтому въ высшей степени желательно, чтобы въ проектъ былъ введенъ наряду съ нимъ институтъ ипотеки собственника и это тѣмъ болѣе, что послѣдній, какъ было изложено въ своемъ мѣстѣ [2]), неми-

1) Ст. 70.
2) См. выше, §§ 59, 60.

нуемо появится на практикѣ, если не на основаніи закона, то въ обходъ его. Впрочемъ, слѣдовало бы придумать, независимо отъ матеріальнаго измѣненія института отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, другое для него названіе, такъ какъ между нимъ и вотчинной отмѣткой въ техническомъ смыслѣ слова нѣтъ ничего общаго [1]).

1) См. выше, т. I, § 24.

Залоговой актъ.

§ 72. Понятіе залогового акта.

Вводимый проектомъ ВУ. институтъ залогового акта представляетъ собой, безспорно, большой интересъ. Благодаря удобствамъ для оборота, связаннымъ съ нимъ, ему вѣроятно, суждено сыграть не малую роль въ практической жизни. И уже одно это обстоятельство дѣлаетъ желательнымъ и даже необходимымъ тщательное его изученіе. При этомъ разумѣется само собой, что недопустимо ограничиться изслѣдованіемъ тѣхъ только изъ касающихся его нормъ, которыя имѣютъ непосредственное практическое значеніе. Напротивъ, необходимо выяснить также понятіе залогового акта, его юридическую конструкцію.

Къ сожалѣнію, приходится констатировать, что ни составители проекта, ни критики его не обращали вниманія на эту сторону вопроса. Слѣдуетъ даже сказать, что отсутствіе интереса къ конструктивнымъ проблемамъ, проявляющееся вообще по отношенію къ проекту ВУ., тутъ выступаетъ съ особенною рѣзкостью — вопросъ о понятіи залогового акта критиками проекта даже мимоходомъ не затрагивается. Единственнымъ исключеніемъ — если вообще приходится говорить о таковомъ — является характеристика залогового акта, какъ суррогата процентныхъ бумагъ, дава-

мая въ отзывѣ министра финансовъ [1]). Но и это сказано, очевидно, не съ юридической, а съ экономической точки зрѣнія.

Что же касается самихъ составителей проекта, то редакціонная комиссія ограничивается попутною и случайною характеристикой акта, выдвигающей лишь отдѣльныя его функціи. Она называетъ его существенною принадлежностью актоваго залога, носителемъ залогового права, средствомъ легитимаціи вѣрителя и орудіемъ передачи залогового права [2]). Указывается и на то, что залоговой актъ, въ противоположность всѣмъ прочимъ документамъ, имѣетъ матеріальное значеніе и что онъ необходимъ для распоряженія правомъ и осуществленія его [3]).

Съ другой стороны, комиссія рѣшительно подчеркиваетъ, что она не желаетъ придавать акту значеніе самостоятельнаго орудія оборота, что онъ не долженъ являться исключительнымъ источникомъ свѣдѣній о залоговомъ правѣ, что, напротивъ, вотчинная книга имѣетъ преобладающее передъ нимъ значеніе и что онъ лишь дополняетъ, а не замѣняетъ ее [4]).

Къ этому особая комиссія мало что добавляетъ. Повторяя отчасти характеристику, даваемую редакціонною комиссіей, она выдвигаетъ то обстоятельство, что предъявленіе акта есть условіе распоряженія залоговымъ правомъ [5]). Кромѣ того, она подчеркиваетъ, что измѣненія залогового права должны быть отмѣчаемы на актѣ, о чемъ въ рядѣ случаевъ особо упоминается въ проектѣ [6]). Но конструкціи акта не даетъ и особая комиссія.

Если обратиться, затѣмъ, къ самому проекту ВУ., то,

1) Отзывъ, стр. 95 сл.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 454, 459, 460, 463, 1896 г. I, стр. 359, 457, 459, 462.
3) Объясненія 1893 I, г. стр. 448.
4) Объясненія 1893 г. I, стр. 459 сл., 1896 г. I, стр. 464 сл.
5) Ж. О. К., стр. 167.
6) Ж. О. К., стр. 176.

прежде всего, возникаетъ вопросъ о содержаніи и значеніи залогового акта.

Изъ ст. 311 ВУ. можно усмотрѣть, что это есть документъ, снабженный заглавіемъ, которое начинается со словъ „залоговой актъ“ и указываетъ сумму залогового требованія, недвижимость, на которомъ оно обезпечено, и вотчинное установленіе, изъ коего выданъ актъ. Затѣмъ въ актѣ „дословно прописывается внесенная въ вотчинную книгу запись о залогѣ“. Далѣе въ актѣ помѣщается, если онъ выдается по договорному залогу — копія акта объ установленіи залога, а въ случаѣ изложенія этого акта въ видѣ дополненія къ долговому акту, то и копія послѣдняго. Если же актъ выдается по завѣщательному залогу, то въ актѣ помѣщается копія завѣщательнаго распоряженія объ установленіи залога. Наконецъ, въ залоговомъ актѣ помѣщается еще извлеченіе изъ вотчинной книги.

Залоговой актъ авляется, такимъ образомъ, документомъ, сосредоточивающимъ въ себѣ свѣдѣнія о залоговомъ правѣ. И, какъ показываетъ уже одно его названіе, онъ существуетъ ради этихъ, именно, свѣдѣній. Напротивъ, всѣ остальныя, помѣщаемыя въ немъ данныя имѣютъ лишь второстепенное значеніе и не вліяютъ на характеръ документа. Это относится, въ первую голову, къ свѣдѣніямъ объ обязательственномъ требованіи. Цѣлью залогового акта не является и не можетъ являться замѣщеніе того документа, въ который воплотилось обязательственное требованіе или которое служитъ доказательствомъ послѣднято. Проектъ ВУ. не только не содержитъ никакихъ указаній на подобныя функціи залогового акта. Онъ, напротивъ, всѣмъ изложеніемъ содержанія акта подчеркиваетъ мысль, что показанія объ обязательственномъ требованіи преслѣдуютъ цѣль лишь освѣдомительную [1]). И, въ частности, слѣдуетъ имѣть въ виду,

1) Въ этомъ отношеніи особенно характерно, что, согласно ст. 312, копія самаго долгового акта помѣщается въ залоговомъ актѣ только въ

что значеніе залогового акта нисколько не страдаетъ, если обязательственное требованіе недѣйствительно, между тѣмъ какъ залоговое право, въ силу принципа публичной вѣры, сохраняетъ свою силу въ рукахъ третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Съ другой стороны, разумѣется, никакого вліянія на дѣйствительность обязательственнаго требованія не оказываетъ недѣйствительность залогового права и залогового акта. Оно продолжаетъ, напротивъ, существовать вполнѣ самостоятельно [1]) [2]).

Однако, если залоговой актъ сосредоточиваетъ въ себѣ свѣдѣнія о залоговомъ правѣ, то естественно возникаетъ вопросъ, ограничивается ли этимъ его роль, является ли онъ лишь документомъ, преслѣдующимъ только цѣль освѣдомленія причастныхъ къ данному правоотношенію лицъ или же служитъ онъ цѣлямъ доказыванія или, наконецъ, во-

случаѣ, предусмотрѣнномъ въ ст. 282,2, т. е. тогда, когда актъ объ установленіи залога „изложенъ въ видѣ дополненія къ долговому акту“. Между тѣмъ, подобный способъ изложенія не обязателенъ даже тогда, когда, по словамъ той же 282 ст., „въ рукахъ кредитора уже имѣется актъ, служащій доказательствомъ требованія“. Напротивъ, проектъ говоритъ лишь, что онъ „можетъ“ быть примѣненъ. Но если стороны, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ, не пожелаютъ воспользоваться этою возможностью или если подобнаго долгового акта не существуетъ, то въ залоговомъ актѣ, по ст. 312, помѣщается лишь копія акта объ установленіи залога. Послѣдній же содержитъ, согласно ст. 282,2, только информаціонныя свѣдѣнія объ обязательственномъ требованія, а именно „сумму обезпечиваемаго залогомъ требованія, размѣръ процентовъ, если они условлены, и срокъ платежа какъ капитала, такъ и процентовъ“.

1) Ср. Объясненія 1893 г. II, стр. 276, 1896 г. II, стр. 266 сл.

2) Ср. GBO. 57, 58, согласно которымъ въ залоговомъ актѣ передается содержаніе обязательственнаго требованія, а въ случаѣ существованія особаго долгового акта, послѣдній присоединяется къ залоговому акту. Это соединеніе подчеркиваетъ внѣшнимъ образомъ соотношеніе между требованіемъ и залоговымъ правомъ — ср., по этому поводу, BGB. 1153,2, согласно которой нельзя уступать ни требованія безъ ипотеки, ни ипотеки безъ требованія. — О составленіи залогового акта по швейцарскому праву см. Verordnung betr. das Grundbuch 40, 53 flg. Здѣсь о долговомъ документѣ не упоминается и вотчино-правовой характеръ залогового акта не можетъ возбуждать уже никакихъ сомнѣній.

площаетъ онъ въ себѣ опредѣленное субъективное право, представляя собой, такимъ образомъ, цѣнную бумагу.

Для того, чтобы найти отвѣтъ на этотъ вопросъ, необходимо изслѣдовать тѣ функціи, которыя приписываются залоговому акту проектомъ.

Прежде всего слѣдуетъ поставить вопросъ о томъ значеніи, какое имѣетъ залоговой актъ для возникновенія залогового права или, выражаясь иначе, вопросъ о соотношеніи между возникновеніемъ послѣдняго и выправкой акта.

По проекту ВУ. „залогъ пріобрѣтается со времени внесенія обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ вотчинную книгу". Такимъ образомъ, уже изъ этихъ словъ ст. 47 явствуетъ, что поставленный только что вопросъ рѣшается самимъ проектомъ и именно въ томъ смыслѣ, что актъ не имѣетъ значенія для возникновенія залогового права. При этомъ нельзя даже утверждать, чтобы благодаря внесенію возникалъ лишь книжный залогъ, между тѣмъ какъ для приданія ему характера залога актоваго была бы необходима выправка акта или передача акта вѣрителю. Дѣло въ томъ, что проектъ ВУ. ставитъ на одну доску залогъ актовый съ книжнымъ и въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ требуетъ соглашенія сторонъ о томъ, какой, именно, залогъ установляется [1]). Содержаніе этого соглашенія и отмѣчается въ статьѣ о залогѣ, вносимой въ вотчинную книгу, и выправка залогового акта производится вслѣдъ затѣмъ уже вотчиннымъ установленіемъ ex officio. По крайней мѣрѣ,

1) ВУ. ст. 60, 195. — По проекту 1893 г., ст. 281, ср. Объясненія II, стр. 296 сл. залоговой актъ по оборотному залогу выдавался ex officio безъ всякой о томъ просьбы сторонъ. Нынѣшняя система, по которой существуютъ рядомъ залоги книжный и актовый, выдвинута проектомъ 1896 г., причемъ редакціонная комиссія руководствовалась и примѣромъ германскихъ законодательствъ и соображеніемъ, что при новизнѣ ипотечнаго дѣла въ Россіи нельзя опредѣлить заранѣе, которая изъ этихъ двухъ формъ окажется болѣе пригодной для оборота — ср. Объясненія I, стр. 359 сл.

въ проектѣ нѣтъ указаній на то, чтобы требовалось предпріятіе сторонами какихъ либо шаговъ, направленныхъ на выправку и на полученіе акта [1]).

Правда, пока не существуетъ акта, воля сторонъ не достигла своей цѣли. Ибо актовый залогъ устанавливается, именно, ради акта, ради этого — говоря словами Объясненій — орудія оборота, этого средства легитимаціи вѣрителя и распоряженія правомъ. Но если актъ не выправленъ, то имѣется на лицо лишь служебное упущеніе чиновъ вотчиннаго установленія, препятствующее управомоченному лицу распоряжаться своимъ правомъ. Самое же право, тѣмъ не менѣе, существуетъ, оно пріобрѣтено тѣмъ лицомъ, въ пользу коего внесена статья о залогѣ, которая, къ тому же, является статьей именно объ актовомъ залогѣ.

Равнымъ образомъ, для возникновенія права не играетъ никакой роли передача акта вѣрителю. Согласно ст. 312, актъ выдается должнику, если стороны не условились о томъ, чтобы онъ былъ выданъ кредитору. Цѣль этого постановленія заключается въ обезпеченіи собственника [2]): такъ какъ на практикѣ валюта выдается весьма часто лишь послѣ установленія залога или взамѣнъ залогового акта, то положеніе собственника, очевидно, ухудшилось бы, если бы актъ выдавался вѣрителю, помимо особаго на то согласія должника. Но если къ моменту внесенія въ книгу актоваго залога обязательственное требованіе уже существуетъ и дѣйствительно,

1) Въ подтвержденіе этой мысли можно указать не столько на то, что въ Объясненіяхъ 1893 г. II, стр. 296 прямо высказывается, что залоговой актъ выдается „безъ всякой просьбы сторонъ", сколько на то, что проектъ вообще склоненъ свести по возможности къ минимуму роль сторонъ и замѣнить ихъ дѣятельность дѣятельностью вотчиннаго установленія. Эта тенденція проявляется, какъ извѣстно, съ большою ясностью и, можно даже сказать, рѣзкостью при пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ — ср. объ этомъ выше, т. I, §§ 14, 15.

2) Ср. Объясненія 1896 г. II, стр. 287 сл. По проекту 1893 г., ст. 283, ср. Объясненія II, стр. 302 сл. актъ выдавался кредитору, если стороны не условились о противномъ.

если, такимъ образомъ, матеріальныя условія возникновенія залогового права имѣются на лицо и если, поэтому, залоговое право пріобрѣтается кредиторомъ, то за послѣднимъ, безспорно, слѣдуетъ признать право на выдачу ему акта. И притомъ предъявляемый имъ искъ будетъ имѣть абсолютный характеръ, а не личный. Вѣрителю можно будетъ опираться уже не на договоръ объ установленіи залога, а напротивъ, на пріобрѣтенное имъ право залога, дающее ему вещное право на обладаніе залоговымъ актомъ, какъ документомъ, представляющимъ собой принадлежность права.

Иное положеніе дѣла получается тогда, когда къ моменту внесенія залога обязательства еще не существуетъ. Въ такомъ случаѣ нѣтъ на лицо матеріальныхъ условій для возникновенія залога и запись о немъ сама по себѣ недѣйствительна [1]). Слѣдовательно, то лицо, въ пользу коего она внесена, никакого права не пріобрѣло и не можетъ требовать выдачи акта. Если же, затѣмъ, актъ выдается въ обмѣнъ за валюту, то въ тотъ же моментъ возникаетъ залоговое право. Однако, оно возникаетъ не благодаря передачѣ акта, а исключительно вслѣдствіе возникновенія обязательственнаго требованія. Передача же акта является, съ этой точки зрѣнія, совершенно случайнымъ моментомъ [2]).

1) Ср. выше, § 58.

2) Въ противоположность этому, по германскому праву внесеніе статьи о залогѣ создаетъ лишь ипотеку собственника, для пріобрѣтенія же залогового права вѣрителемъ необходима передача ему акта — см. BGB. 1117,1, 1163,2. Это же рѣшеніе для права швейцарскаго защищаетъ Wieland, Sachenrecht ad 856, P. 2. Однако, съ нимъ согласиться нельзя. Ст. 856 говоритъ съ полною ясностью, что залоговое право пріобрѣтается уже благодаря внесенію статьи о залогѣ. Виландъ же утверждаетъ, что это постановленіе недостаточно ясно и указываетъ на то, что залоговое право не можетъ быть осуществляемо въ полной мѣрѣ безъ залогового акта. Послѣднее, разумѣется, правильно, но пріобрѣтеніе права и осуществленіе его вѣдь далеко не тождественны. Erläuterungen III, S. 194, 267, 279, на которыя отчасти ссылается Виландъ, хотя онъ и приписываетъ имъ утвержденіе, что залоговое право пріобрѣтается въ моментъ выправки, а не передачи акта, не высказываются съ полною ясностью. Кажется даже, что ихъ слѣдуетъ понимать скорѣе въ смыслѣ защищаемаго здѣсь мнѣнія. Во всякомъ случаѣ, самъ законъ не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что его рѣшеніе этого вопроса совпадаетъ съ изложеннымъ въ текстѣ рѣшеніемъ проекта ВУ.

1) ВУ. 311, ср. 195,5, и 89. Ср. ниже, § 76.

Итакъ, актовое залоговое право пріобрѣтается внесеніемъ соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу, независимо отъ выправки и передачи вѣрителю акта. Актъ, слѣдовательно, не имѣетъ конститутивнаго значенія.

Впрочемъ, это вопросъ, не лишенный также и практическаго значенія. Если бы признать, что залоговое право возникаетъ лишь благодаря выправкѣ акта или передачѣ его, то, въ случаѣ открытія или конкурса надъ имуществомъ собственника или производства о публичной продажѣ данной недвижимости, въ промежутокъ времени между внесеніемъ статьи о залогѣ и исполненіемъ указанныхъ дѣйствій, вѣритель не имѣлъ бы вотчиннаго права и занялъ бы мѣсто среди личныхъ вѣрителей. Излишне говорить, сколь невыгодно это для него. А съ другой стороны ясно, что было бы неправильно ставить его положеніе въ зависимость отъ того, исполнено ли своевременно чисто формальное дѣйствіе. Столь же ясно, однако, что подобный результатъ будетъ вполнѣ справедливымъ и цѣлесообразнымъ, если залоговое право не возникло, благодаря недостатку матеріальнаго основанія, т. е. благодаря тому, что обязательственное требованіе не существовало еще къ моменту внесенія статьи о залогѣ.

Залоговой актъ пишется на имя опредѣленнаго лица и передача его допускается равно лишь въ пользу такового, между тѣмъ какъ бланковая цессія является недѣйствительною [1]). Другими словами, залоговое право можетъ быть пріобрѣтаемо только опредѣленнымъ лицомъ и притомъ именно тѣмъ, которое значится въ актѣ. А такъ какъ актъ есть средство легитимаціи вѣрителя и средство распоряженія правомъ, то ясно, что право на обладаніе актомъ, право на актъ,

имѣетъ только лицо, пріобрѣвшее залоговое право, имѣющее право изъ акта.

За такимъ лицомъ необходимо признавать право требовать выдачи акта отъ любого третьяго, т. е. путемъ виндикаціоннаго иска. При этомъ, однако, возраженія могутъ быть допущены исключительно на основаніи залогового права: если послѣднее не возникло или если оно прекратилось, то не можетъ быть признано и право на актъ и искъ подлежитъ отклоненію [1]). Напротивъ, здѣсь не могутъ найти примѣненія нормы объ ограниченіи виндикаціи движимыхъ вещей. Онѣ, какъ извѣстно, примѣняются къ бумагамъ на предъявителя, и въ связи съ этимъ право на актъ даетъ одновременно право изъ акта и лишь тотъ можетъ осуществлять послѣднее, кто обладаетъ первымъ. Напротивъ, по отношенію къ залоговому акту, по конструкціи ВУ., матеріальное правоотношеніе должно сохранить рѣшающее значеніе: актомъ долженъ обладать лишь тотъ, кто пріобрѣлъ воплощенное въ немъ право. А таковымъ является лицо, обозначенное въ самомъ актѣ, т. е. первоначальный вѣритель и его правопреемникъ. Въ противномъ случаѣ, установленіе именного характера акта было бы лишено содержанія и смысла, и актъ, вопреки волѣ самаго проекта и его составителей, являлся бы бумагой на предъявителя.

Итакъ, право на актъ находится въ зависимости отъ права изъ акта.

Однако, по системѣ проекта, показанія акта не имѣютъ безусловнаго значенія. Именно, изъ ст. 107 явствуетъ, что въ случаѣ противорѣчія между вотчинной книгой и залого-

1) Правильность этого утвержденія не опровергается и тѣмъ, что искъ подлежитъ удовлетворенію также и въ томъ случаѣ, когда недѣйствительное залоговое право признается дѣйствительнымъ въ силу принципа публичной вѣры вотчинной книги. Тутъ нѣтъ никакого исключенія изъ изложеннаго правила, такъ какъ при такихъ условіяхъ залоговое право, смотря по обстоятельствамъ дѣла, признается возникшимъ или не прекратившимся, несмотря на матеріальное правоположеніе.

вымъ актомъ, преимущество отдается первой. При такихъ условіяхъ, слѣдовательно, актъ отступаетъ на задній планъ и правоотношеніе регулируется показаніями книги [1]).

Правда, проектъ принимаетъ мѣры къ тому, чтобы записи, внесенныя въ книгу послѣ выдачи, отмѣчались также и на актѣ. Но онъ, къ сожалѣнію, не выставляетъ принципіальной нормы соотвѣтствующаго содержанія, а довольствуется нѣкоторыми отдѣльными постановленіями, требующими отмѣтки на актѣ лишь опредѣленныхъ статей. При этомъ, сама редакціонная комиссія не скрываетъ, что остаются случаи, когда измѣненія въ содержаніи книги могутъ состояться, не оставивъ слѣда на актѣ, и что, поэтому, согласованность между книгой и актомъ является лишь относительною. Она, однако, ограничивается выводомъ, что, при такихъ условіяхъ, пріобрѣтатель акта долженъ справляться съ вотчинною книгою до совершенія цессіи [2]).

При такихъ условіяхъ приходится сказать, что актъ, являясь по идеѣ точнымъ воспроизведеніемъ книги, на самомъ дѣлѣ можетъ и не являться таковымъ, такъ какъ принятыя проектомъ для достиженія этой цѣли мѣры далеко недостаточны. Вслѣдствіе этого необходимо констатировать, что право изъ акта опредѣляется, правда, съ принципіальной точки зрѣнія, содержаніемъ акта. Но въ случаѣ несогласованности акта съ книгой верхъ беретъ послѣдняя. Слѣдовательно, актъ не представляетъ собою абсолютнаго показателя содержанія права.

Далѣе, слѣдуетъ поставить вопросъ, какимъ путемъ переносится право по акту.

Изъ постановленій проекта можно усмотрѣть, что для

1) Ср. также ст. 326: „Въ случаѣ несогласія выданныхъ вотчиннымъ установленіемъ документовъ съ содержаніемъ вотчинныхъ книгъ, предпочтеніе дается вотчиннымъ книгамъ“.

2) Вопросъ о соотношеніи между вотчинной книгой и залоговымъ актомъ разсматривается ближе въ слѣдующемъ параграфѣ.

перехода права по акту требуется совершеніе нотаріальной и притомъ именной, а не бланковой цессіи съ передачей самаго акта [1]). Право на уступку можетъ быть ограничено внесеніемъ соотвѣтствующей записи въ вотчинной книгѣ и въ самомъ актѣ [2]). При отсутствіи же подобной оговорки, уступка совершается вполнѣ свободно, помимо согласія собственника обремененной недвижимости.

Слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что объ условіи передачи въ текстѣ проекта не упомянуто. Въ немъ говорится только о передаточной надписи и лишь въ ст. 91 предполагается передача акта, да и то не при уступкѣ, а при закладѣ залогового требованія: „Закладопріниматель о полученіи имъ залогового акта выдаетъ закладодателю росписку". Проектъ 1893 г., напротивъ, прямо говорилъ въ ст. 86, что „передача или закладъ залогового требованія могутъ быть совершены также и внѣ вотчиннаго установленія посредствомъ врученія залогового акта съ засвидѣтельствованною нотаріусомъ надписью о передачѣ или закладѣ". Это постановленіе отпало уже въ проектѣ 1896 г. Редакціонная комиссія, тѣмъ не менѣе, не сомнѣвалась въ необходимости передачи [3]). Слѣдовательно, дѣло въ простомъ редакціонномъ недосмотрѣ. Но, не говоря даже объ этомъ и не ссылаясь пока на сущность акта, можно сказать, во-первыхъ, что цессіонная надпись была бы лишена всякаго смысла, если бы актъ могъ оставаться въ рукахъ цедента. Во-вторыхъ же, для погашенія статьи о залогѣ, по ст. 203 сл., требуется представленіе акта, а слѣдовательно, безъ выдачи его вѣрителемъ, собственникъ вправѣ отказать въ уплатѣ. Поэтому, безъ передачи ему акта, цессіонарій былъ бы лишенъ возможности осуществлять свое право. Въ-третьихъ, онъ, при такихъ условіяхъ, не имѣлъ бы возможности уступить со своей стороны залоговое требованіе.

1) ВУ. 88 сл.
2) ВУ. 85.
3) См. Объясненія 1896 г. I, стр. 462, ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 460.

Въ виду этихъ соображеній необходимо установить, что для дѣйствительности уступки залогового требованія слѣдуетъ совершить 1) засвидѣтельствованную нотаріусомъ надпись о передачѣ и 2) передачу самаго акта.

При этомъ характерно то, что для перехода права требуется непремѣнно выполненіе обоихъ указанныхъ условій: совершеніе цессіонной надписи и передача. Одна передача акта совершенно безсильна и не влечетъ за собой перехода права—носителемъ послѣдняго признается всегда лишь то лицо, которое указано въ актѣ. Съ другой стороны, равно немыслимъ переходъ права безъ передачи акта. Правда, проектъ предусматриваетъ также книжную уступку актоваго залога [1]). Но и тутъ требуется представленіе акта съ тѣмъ, чтобы на немъ была сдѣлана надлежащая отмѣтка. И само собой разумѣется, что также и въ этомъ случаѣ необходима передача акта цессіонарію.

Изъ подобной взаимной обусловленности цессіи и передачи акта слѣдуетъ, далѣе, что пороки цессіи никоимъ образомъ не покрываются передачей. Напротивъ, недѣйствительность цессіи препятствуетъ переходу права. И такъ какъ актъ не пользуется, по системѣ проекта, публичной вѣрой, то одна недѣйствительная цессія опорочиваетъ всѣ дальнѣйшія уступки.

Въ результатѣ приходится, слѣдовательно, признать, что перенесеніе права и передача акта обусловливаютъ другъ друга. Только тотъ можетъ пріобрѣсти залоговое право, кто указанъ въ передаточной надписи и кому врученъ актъ. А съ другой стороны, только тотъ можетъ обладать актомъ, на кого перенесено залоговое право.

1) ВУ. 88,1.

Аналогичныя постановленія дѣйствуютъ относительно заклада залогового права [1]).

При такомъ положеніи дѣла естественно, что осуществленіе правъ изъ актоваго залога возможно только для лица, обладающаго актомъ. Въ этомъ только что пришлось убѣдиться, насколько дѣло идетъ о распоряженіи правомъ: только лицо, владѣющее актомъ, можетъ совершить на немъ передаточную надпись и передать самый актъ. Что же касается осуществленія залогового права, то тутъ проектъ, къ сожалѣнію, не высказывается съ желательной полнотой и ясностью.

Правда, въ проектѣ имѣются ст. 203 сл., изъ которыхъ можно сдѣлать выводъ, что собственникъ обязанъ произвести уплату лишь взамѣнъ выдачи ему акта. Ибо если погашеніе статьи о залогѣ допустимо только при представленіи акта, то собственникъ, очевидно, долженъ имѣть право требовать его представленія и выдачи въ случаѣ исполненія. Даже болѣе, за нимъ должно быть признано право отказать въ исполненіи, пока ему не будетъ представленъ актъ. А выдачи его онъ можетъ требовать въ непосредственный обмѣнъ выдачи валюты.

Это должно относиться равно къ полной, какъ, въ силу ст. 314,3, къ частичной уплатѣ по залоговому требованію.

Но, кромѣ того, слѣдуетъ предоставить собственнику также право требовать предъявленія акта при заявленіяхъ кредитора, находящихся въ связи съ уплатой, въ частности, при заявленіи о вчинаніи иска въ случаѣ неуплаты собственникомъ причитающихся вѣрителю суммъ [2]). Правда, чтобы не тор-

1) ВУ. 85 сл. — Болѣе детальный разборъ постановленій объ уступкѣ и закладѣ залогового права предпринятъ ниже, въ §§ 74 сл.

2) Ср., напр., ВУ. 99. — Въ виду характера современнаго залогового права, какъ непосредственнаго, не проходящаго черезъ медіумъ собственника обремененія недвижимости, болѣе правильно не говорить, какъ то дѣлается въ ст. 99, объ обращенномъ къ собственнику требова-

мозить, безъ достаточнаго основанія, оборота, требованіе предъявленія акта должно признаваться не обязанностью, а лишь правомъ собственника. Притомъ, разъ принятое имъ заявленіе должно считаться дѣйствительнымъ, съ тѣмъ, чтобы собственникъ уже не могъ требовать дополнительно представленія ему акта. Другими словами, если собственникъ желаетъ воспользоваться своимъ правомъ, то онъ долженъ сообщить объ этомъ вѣрителю немедленно, при самомъ заявленіи [1]).

Въ этомъ правѣ собственнику отказать нельзя, хотя проектъ и молчитъ о немъ. Ибо ясно, что было бы нецѣлесообразно обязать собственника къ принятію заявленій, влекущихъ за собой серьезныя юридическія и экономическія послѣдствія, отъ лица, недостаточно легитимированнаго. А легитимаціей можетъ служить, очевидно, только залоговой актъ, снабженный надлежащей надписью. Правда, можно было бы сослаться на то, что собственникъ, въ силу ст. 92, ставится въ извѣстность о всякой уступкѣ залогового права и что лицо, указанное въ послѣднемъ, поступившемъ къ собственнику увѣдомленіи, должно признаваться вѣрителемъ. Однако, такимъ образомъ, безспорно открывался бы путь къ злоупотребленіямъ [2]), во избѣжаніе чего и необходимо предоставить собственнику право требовать представленія единственно надежной легитимаціи, т. е. залогового акта.

Все сказанное только что должно относиться, очевидно,

ніи о платежѣ, а пользоваться оборотомъ, употребленнымъ въ текстѣ, несмотря на то, что онъ нѣсколько тяжеловатъ.

1) Ср. BGB. 1160,2. О легитимаціонномъ значеніи залогового акта вообще см. BGB. 1160,1, ZGB. 868.

2) Требованіе объ уплатѣ можетъ быть предъявлено въ промежутокъ времени между совершеніемъ цессіи и поступленіемъ официальнаго о ней увѣдомленія къ собственнику. Правда, ст. 92 предписываетъ немедленное увѣдомленіе должника. Но, не говоря даже о замедленіяхъ, могущихъ произойти вслѣдствіе махинацій цедента, достаточно напомнить о неудовлетворительномъ развитіи у насъ почтовыхъ сообщеній, въ особенности, въ деревнѣ.

какъ въ полной и частичной уплатѣ капитала, такъ и къ уплатѣ процентовъ. По отношенію къ послѣднимъ также нельзя требовать, чтобы собственникъ подвергался риску повторной уплаты. Поэтому, и тутъ нельзя отказать ему въ правѣ требовать представленія легитимаціи. Но все же слѣдуетъ отмѣтить, что проектъ по поводу процентовъ вводитъ одно постановленіе, которое въ состояніи вызвать нѣкоторыя сомнѣнія. А именно, въ ст. 93 сказано, что уплата процентовъ должникомъ прежнему вѣрителю имѣетъ силу и по отношенію къ новому кредитору, если она была произведена до полученія должникомъ увѣдомленія о совершившейся цессіи залогового требованія.

Объясненія не мотивируютъ этого постановленія, а довольствуются лишь краткою его перефразировкой [1]). Но и безъ того ясно, что составители проекта желали одновременно облегчить положеніе собственника и устранить лишній, по ихъ мнѣнію, тормазъ для оборота. Къ тому же, они могли бы сослаться на примѣръ германскаго уложенія [2]), которому, впрочемъ, послѣдовало также и уложеніе швейцарское [3]).

Между тѣмъ, эти соображенія, если ими руководствовалась редакціонная комиссія, едва ли могутъ быть признаны убѣдительными. Что касается, прежде всего, облегченія для оборота, то слѣдуетъ имѣть въ виду, что проценты по ипотекованнымъ требованіямъ взимаются обычно въ годовой или полугодовой срокъ, гораздо рѣже въ трехмѣсячный и лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ въ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 461 сл., 1896 г. I, стр. 464. — Впрочемъ, быть можетъ, что редакціонная комиссія желала попутно разрѣшить извѣстный въ наукѣ пандектнаго права споръ о томъ, съ какихъ поръ должникъ обязанъ платить уже не цеденту, а цессіонарію — ср. Объясненія къ V кн. проекта ГУ., I, стр. 308 сл. Но результатъ этой попытки едва ли можетъ быть названъ удачнымъ, такъ какъ здѣсь особыя условія залогового права недостаточно приняты въ соображеніе.

2) BGB. 1160,3, ср. 1159.

3) ZGB. 862, ср. 861,3.

еще болѣе короткіе сроки. Къ тому же, они въ большинствѣ случаевъ являются суммой сравнительно значительною. А поэтому, требованіе представленія акта при взысканіи процентовъ едва ли является слишкомъ обременительной формальностью, тѣмъ болѣе, что предъявленіе этого требованія, какъ уже было указано, есть не обязанность, а лишь право собственника. И онъ всегда можетъ отказаться отъ него, если не сомнѣвается въ правѣ кредитора.

Съ другой стороны, собственникъ въ особой защитѣ по этому вопросу вовсе не нуждается. Даже при минимальной рачительности онъ можетъ избѣжать уплаты процентовъ прежнему кредитору, успѣвшему уже уступить залоговое требованіе, опять таки путемъ предъявленія требованія о представленіи надлежащей легитимаціи. Напротивъ, постановленіе ст. 93 открываетъ широкій путь къ злоупотребленіямъ, не только со стороны цедента, но также и по стачкѣ его съ собственникомъ. Правда, если бы цессіонарію удалось доказать, что уплата цеденту была произведена хотя бы до полученія офиціальнаго увѣдомленія, но послѣ того, какъ собственникъ узналъ инымъ путемъ, напр., путемъ предъявленія ему цессіонаріемъ залогового акта, о совершившейся цессіи, то, очевидно, собственникъ будетъ присужденъ къ вторичной уплатѣ. Но излишне говорить, что положеніе цессіонарія все же ухудшается благодаря постановленію ст. 93 и что имъ создается возможность злоупотребленій [1]).

Однако, несмотря на это, можно отмѣтить, что и ст. 93 не возбраняетъ, какъ то могло бы показаться, собственнику требовать представленія акта. Она лишь освобождаетъ его отъ отвѣтственности въ случаѣ уплаты цеденту и тѣмъ самымъ психологически устраняетъ стимулъ къ требованію

1) Ср. также послѣднюю фразу ст. 107: „Должникъ всегда имѣетъ право ссылаться на уплату процентовъ по залоговому требованію, коимъ срокъ наступилъ, хотя бы на залоговомъ актѣ или иномъ документѣ о залоговомъ требованіи объ этой уплатѣ и не было сдѣлано надписи“.

предъявленія легитимаціи. Но юридически она нисколько не ограничиваетъ собственника: онъ можетъ настаивать на представленіи ему залогового акта и можетъ провѣрять его даже тогда, когда дѣло идетъ объ уплатѣ не капитала, а процентовъ. И собственникъ осторожный и добросовѣстный этимъ правомъ несомнѣнно воспользуется.

Но, тѣмъ не менѣе, нельзя не высказать пожеланія, чтобы ст. 93 была исключена и чтобы проектъ выставилъ общее правило, согласно которому собственникъ можетъ требовать легитимаціи вѣрителя посредствомъ представленія залогового акта во всѣхъ случаяхъ принятія имъ заявленій и производства имъ платежей.

Слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что и представленіе залогового акта съ надлежащею передаточной надписью не вполнѣ гарантируетъ собственника отъ всякаго риска, такъ какъ онъ, въ случаѣ недѣйствительности цессіи, продолжаетъ отвѣчать передъ настоящимъ вѣрителемъ. Слѣдовательно, на собственникѣ лежитъ обязанность провѣрки легитимаціи, которая осложняется еще тѣмъ, что, въ случаѣ разногласія съ вотчинной книгой, актъ, какъ было упомянуто неоднократно, уступаетъ.

Итакъ, по системѣ проекта, легитимаціонная сила акта далеко не абсолютна. Съ одной стороны, не требуется представленія акта для взиманія процентовъ, а съ другой, его представленіе не обезпечиваетъ собственника, несмотря на лежащую на собственникѣ обязанность провѣрки легитимаціи. Ибо для устраненія всякаго риска необходимо привлеченіе еще другого документа — вотчинной книги.

Остается еще установить соотношеніе между прекращеніемъ залогового права и уничтоженіемъ или изъятіемъ изъ оборота залогового акта.

При разсмотрѣніи этого вопроса необходимо имѣть въ виду, что проектъ ВУ. проводитъ грань между прекращеніемъ залогового права и погашеніемъ статьи о немъ. Съ другой стороны, можно, однако, отмѣтить, что это обстоятельство не отзывается на судьбахъ залогового акта, такъ какъ прекратившійся залогъ признается дѣйствительнымъ въ пользу третьихъ добросовѣстныхъ и возмездныхъ пріобрѣтателей въ силу принципа публичной вѣры вотчинной книги, пока не послѣдовало погашенія статьи о немъ [1]).

Погашеніе же, въ силу ст. 203 сл., возможно лишь при представленіи акта съ цѣлью изъятія его изъ оборота или послѣ объявленія его недѣйствительнымъ путемъ вызывного производства [2]). Слѣдовательно, прекращеніе залогового права приводитъ къ изъятію акта изъ оборота. Или, выражаясь иначе, прекращеніе права и уничтоженіе акта находятся въ неразрывной, причинной связи другъ съ другомъ.

Но само собой разумѣется, съ другой стороны, что одно, болѣе или менѣе случайное уничтоженіе акта не оказываетъ никакого вліянія на существованіе права. Это является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ того, что право воплощается, кромѣ акта, еще и въ вотчинной книгѣ. Прекращеніе же права на основаніи лишь гибели акта нарушало бы принципъ внесенія. Въ виду этого, проектъ признаетъ возможность выдачи, послѣ вызывного производства и объявленія утраченнаго акта недѣйствительнымъ, новаго акта, который, правда, въ теченіе десяти лѣтъ можетъ быть оспоренъ держателемъ перваго акта [3]).

---

1) Ср. выше, § 59.

2) Правда, сила акта подрывается уже до постановленія начальника вотчиннаго установленія объ объявленіи акта недѣйствительнымъ, такъ какъ, въ силу ст. 333,2 и 356,1, уже распоряженіе начальника о производствѣ вызова отмѣчается въ вотчинной книгѣ, благодаря чему, на основаніи общихъ принциповъ, создается возраженіе противъ лица, пріобрѣвшаго актъ послѣ внесенія соотвѣтствующей отмѣтки.

3) ВУ. 348 сл. — Въ виду того, что актъ снабженъ соотвѣтствующей отмѣткой, оборотъ отъ этого страдать не можетъ. Но цѣлесообразность этихъ постановленій, кстати сказать, неизвѣстныхъ ни германскому, ни швейцарскому праву — ср. GBO. 67, 68, Verordnung betr. das Grundbuch 53,3, является, тѣмъ не менѣе, довольно сомнительной, такъ какъ ими обезцѣнивается вызывное производство, отодвигается моментъ до-

Если, затѣмъ, подвести итоги всему сказанному и если сдѣлать попытку установить характеръ залогового акта, то необходимо притти къ выводу, что залоговой актъ есть цѣнная бумага въ техническомъ смыслѣ слова [1]). Онъ не есть простой документъ, который свидѣтельствовалъ бы о существованіи залогового права, не говоря уже о документѣ съ чисто освѣдомительными функціями. Напротивъ, въ актѣ воплощается самое право и судьбы послѣдняго тѣсно связаны съ нимъ.

Если же стремиться къ болѣе близкому опредѣленію акта, то слѣдуетъ сказать, что онъ является — это ясно само собой — цѣнной бумагой, во-первыхъ, именной, а, во-вторыхъ, вещно-правовою или, вѣрнѣе, абсолютно-правовою. А далѣе, онъ представляетъ собою цѣнную бумагу матеріальную въ двоякомъ смыслѣ: во-первыхъ, въ противоположность бумагамъ абстрактнымъ, а во-вторыхъ, въ противоположность бумагамъ формальнаго права — ибо факты, затрагивающіе самое право, сохраняютъ свое значеніе также и тогда, когда они не явствуютъ изъ самаго акта. Другими словами, отмѣченныя въ вотчинной книгѣ судьбы залогового права принимаются въ соображеніе, несмотря на молчаніе о нихъ акта.

Конститутивной силы, однако, актъ не имѣетъ. Залоговое право возникаетъ благодаря одному внесенію соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу, совершенно независимо отъ выправки акта. Но, съ другой стороны, возникновеніе актоваго залога непремѣнно влечетъ за собой выдачу вотчиннымъ установленіемъ залогового акта.

стиженія опредѣленнаго правоположенія и ухудшается положеніе держателя возобновленнаго акта.

1) Ср. для слѣдующаго литературу о цѣнныхъ бумагахъ, въ частности Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 103 flg., Brunner, Wertpapiere (Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II, S. 140 flg.), Lehmann, Theorie der Wertpapiere, Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht. О залоговыхъ актахъ германскаго права см., кромѣ курсовъ и комментаріевъ, Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Recht, Archiv f. bürgerl. Recht 14, S. 233 flg.

Актъ не относится къ категоріи бумагъ презентаціонныхъ: его предъявленіе не необходимо для осуществленія права. По отношенію же къ процентамъ, собственникъ, хотя и можетъ требовать представленія акта, но вправѣ произвести уплату безъ того, не налагая, такимъ путемъ, на себя отвѣтственности передъ цессіонаріемъ. А что касается осуществленія залогового права въ прочихъ отношеніяхъ, то необходимо особое требованіе собственника о предъявленіи акта. Иначе кредиторъ къ таковому не обязанъ.

При такомъ положеніи дѣла понятно, что и легитимаціонное значеніе акта проявляется далеко не съ абсолютной силой. Актъ не является легитимаціей въ томъ смыслѣ, чтобы собственникъ былъ обязанъ и въ правѣ произвести уплату, если актъ ему будетъ представленъ лицомъ, которое значится въ немъ цессіонаріемъ. Напротивъ, благодаря матеріально-правовому характеру акта, собственникъ обязанъ сдѣлать провѣрку акта и убѣдиться, въ частности, въ правильности произведенныхъ уступокъ.

Наконецъ, актъ есть цѣнная бумага, подлежащая выдачѣ при исполненіи. И прекращеніе воплощеннаго въ актѣ права влечетъ за собой изъятіе его изъ оборота, между тѣмъ какъ, съ другой стороны, гибель акта на правѣ не отражается.

Однако, само собой разумѣется, что значеніе залогового акта заключается, прежде всего, въ возможности передавать при помощи его залоговое право. Тутъ и проявляется яснѣе всего фактъ воплощенія права въ актѣ. Тутъ, съ другой стороны, и проявляются практически достоинства и недостатки, вызываемые тою конструкціей, которую получилъ залоговой актъ въ проектѣ ВУ.

Но прежде чѣмъ обратиться къ разсмотрѣнію нормъ проекта, регулирующихъ уступку залогового права, необхо-

димо изслѣдовать ближе затронутый въ настоящемъ параграфѣ лишь мимоходомъ вопросъ о соотношеніи между залоговымъ актомъ и вотчинной книгой.

§ 73. Залоговой актъ и вотчинная книга.

Итакъ, проектъ не принимаетъ достаточныхъ мѣръ къ достиженію совпаденія между вотчинной книгой и актомъ. Это фактъ, котораго нельзя не замѣтить даже при поверхностномъ ознакомленіи съ его нормами. Но для правильной оцѣнки его необходимо не только изслѣдовать соотвѣтствующія постановленія, а также ознакомиться съ постановкой этого вопроса по новѣйшимъ западнымъ законодательствамъ. Ибо никто не станетъ отрицать, что съ разсматриваемой проблемой дѣйствительно связаны серьезныя затрудненія и способъ разрѣшенія ихъ германскимъ или швейцарскимъ уложеніемъ, очевидно, можетъ дать цѣнныя указанія.

Что касается германскаго права[1]), то слѣдуетъ исходить изъ того положенія, что залоговой актъ не пользуется публичной вѣрой. При разладѣ между его содержаніемъ и содержаніемъ книги предпочтеніе отдается послѣдней[2]). Лицо, добросовѣстно пріобрѣвшее актъ, несогласный съ книгой, можетъ, слѣдовательно, требовать только возмѣщенія понесеннаго ущерба. Но, въ противовѣсъ этому, принимаются мѣры для обезпеченія интересовъ пріобрѣтателей актовъ. Достиженію этой цѣли служитъ постановленіе ст. 42 устава о вотчинныхъ книгахъ, по которому внесеніе въ книгу отмѣтки, касающейся актовой ипотеки, должно послѣдовать

1) Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 697 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 888 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 502 flg., Kober, Sachenrecht ad 1116, P. 1, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II, S. 120 flg., Predari, GBO., S. 226 flg., 654 flg., Jacobi, Wertpapiere, S. 319 flg., Fischer, Der Hypothekenbrief, Archiv für bürgerl. Recht, 14, S. 233 flg.

2) BGB. 1140 не противорѣчитъ этому. Оно ставитъ лишь въ болѣе узкія рамки понятіе доброй вѣры третьяго пріобрѣтателя.

только тогда, когда одновременно будетъ представленъ актъ, для внесенія въ него соотвѣтствующей отмѣтки[1]). Исключеніе допускается только въ одномъ случаѣ: отмѣтка можетъ быть внесена безъ представленія акта, когда она основывается на опредѣленіи суда (einstweilige Verfügung) и сводится къ утвержденію, что ипотека или обезпечиваемое ею требованіе не существуютъ или подлежатъ возраженію, или что ипотека внесена неправильно[2]). Но и въ такомъ случаѣ вотчинное установленіе обязано принять мѣры къ послѣдующему занесенію отмѣтки на актѣ[3]). Однако, нельзя, разумѣется, отрицать, что это послѣднее предписаніе нерѣдко будетъ трудно исполнимо, несмотря на то, что законъ предоставляетъ вотчинному установленію право, путемъ наложенія штрафа, принудить держателя залогового акта къ представленію его[4]).

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, сказать, что пріобрѣтеніе залогового акта путемъ актовой цессіи все же сопряжено съ рискомъ, и безопасность можетъ быть достигнута только посредствомъ справки въ вотчинной книгѣ.

Но въ связи съ этимъ надо указать на то, что за ущербъ, понесенный частнымъ лицомъ, благодаря не только злой волѣ, но также и нерадѣнію чиновъ вотчиннаго установленія, отвѣчаетъ, по ст. 12 устава о вотчинныхъ книгахъ, государство или община, на службѣ у которыхъ находится данный чинъ. Если, такимъ образомъ, разладъ между книгой и актомъ существовалъ съ самаго начала, благодаря невѣрному внесенію, то отвѣтственность за это падаетъ на государство, и оно обязано возмѣстить добросовѣстному пріі-

1) Ср. GBO. 43, 44.

2) BGB. 899, 894, GBO. 42.

3) GBO. 62.

4) RGFG. 33, Preuss. GFG. 15 предоставляетъ вотчинному установленію карать непослушаніе штрафомъ до 3000 марокъ. Preuss. GFG. 17 предусматриваетъ, кромѣ того, понудительное отобраніе акта для внесенія отмѣтки.

обрѣтателю понесенный имъ ущербъ. То же самое имѣетъ мѣсто, если требуемая ст. 62-ой отмѣтка на актѣ не была сдѣлана благодаря злой волѣ или нерадѣнію чина. Рискъ, такимъ образомъ, значительно сокращается. Но онъ все же имѣется на лицо тогда, когда вотчинное установленіе не сможетъ отыскать обладателя акта или когда внесеніе въ книгу послѣдуетъ непосредственно передъ совершеніемъ цессіи. Оборотъ не можетъ, слѣдовательно, полагаться вполнѣ на залоговые акты.

Иначе разрѣшаетъ этотъ вопросъ уложеніе швейцарское. Стремясь поддержать оборотъ, оно признаетъ за ипотечнымъ актомъ публичную вѣру [1]). А при наличности разлада между книгой и актомъ, предпочтеніе отдается первой или второму, смотря по моменту возникновенія разлада. Если онъ, именно, возникъ при первоначальной выправкѣ акта, то предпочтеніе отдается книгѣ, и за добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ акта признается лишь право на возмѣщеніе ущерба со стороны кантона [2]). Если, напротивъ, разладъ возникъ благодаря позднѣйшимъ внесеніямъ въ книгу, то добросовѣстный пріобрѣтатель, по словамъ закона, ими не связанъ. Другими словами, его права опредѣляются по акту, а собственнику, пострадавшему отъ этого, предоставляется искать возмѣщенія ущерба отъ кантона [3]).

1) ZGB. 866.

2) 867, 955.

3) 874, 955. Wieland, Sachenrecht, ad 874, высказываетъ противоположное мнѣніе: „Wird der Eintrag im Grundbuch, nicht aber auf dem Titel vorgenommen, so ist er trotzdem dem gutgläubigen Erwerber des Titels gegenüber wirksam. Art. 867, Abs. 1. Der Erwerber hat dagegen Anspruch auf Schadenersatz. Art. 867, Abs. 2“. Это находится въ противорѣчіи съ прямымъ смысломъ ст. 874, 3. Дѣло въ томъ, что Виландъ относитъ слово „Eintragung“ въ 874, 3 къ вотчинной книгѣ, а не къ акту. Между тѣмъ, не можетъ быть сомнѣнія, что законъ говоритъ о внесеніи на актѣ. Иначе все постановленіе было бы безсмысленно. А противорѣчія между этой статьей и ст. 867, на которую ссылается Виландъ, не возникаетъ, если понимать ихъ соотношеніе такъ, какъ это сдѣлано выше въ текстѣ, т. е. если относить ст. 867 къ первоначальной выправкѣ акта, а ст. 874 къ послѣдующимъ внесеніямъ. Дальнѣйшее изложеніе покажетъ, что лишь нормировка, приписанная здѣсь швейцарскому уложенію, логична и цѣлесообразна.

Если сравнить эти двѣ системы съ цивильно-политической точки зрѣнія, то придется, очевидно, отдать преимущество системѣ швейцарской, такъ какъ при соблюденіи ея гораздо лучше достигается цѣль института залоговыхъ актовъ, состоящая, разумѣется, въ облегченіи оборота. Эта цѣль, очевидно, не можетъ быть достигнута, если акты ставятся въ зависимость отъ вотчинной книги въ томъ смыслѣ, что въ интересахъ благоразумія справка въ книгѣ ранѣе пріобрѣтенія акта является необходимостью. Правда, германское уложеніе устанавливаетъ извѣстныя гарантіи въ пользу пріобрѣтателя. Но все же нѣкоторый и притомъ довольно значительный рискъ остается. Швейцарское уложеніе, напротивъ, устраняетъ, съ экономической точки зрѣнія, всякій рискъ, и добросовѣстный пріобрѣтатель при всякихъ условіяхъ обезпеченъ отъ матеріальнаго ущерба. Съ юридической точки зрѣнія, правда, дѣло обстоитъ нѣсколько иначе, такъ какъ необходимость веденія процесса противъ кантона создаетъ для пріобрѣтателя другое правовое положеніе, чѣмъ то, къ которому онъ стремился. А такая необходимость имѣется на лицо при наступленіи случая, предусмотрѣннаго въ ст. 867.

И именно въ виду этого обстоятельства слѣдуетъ поставить вопросъ, можно ли признать швейцарскую систему безусловно удовлетворительною, или слѣдуетъ выставить другую, болѣе совершенную, которая соотвѣтствуетъ еще въ большей мѣрѣ интересамъ всѣхъ причастныхъ лицъ.

Для рѣшенія этого вопроса необходимо исходить изъ нѣкоторыхъ болѣе общихъ соображеній.

Принципіальная трудность рѣшенія проблемы о соотношеніи между книгой и актомъ заключается въ томъ, что принятіе института залогового акта создаетъ двѣ параллель-

ныя другъ другу возможности коллизій. Съ одной стороны, могутъ коллидировать книга и актъ, съ другой, соотвѣтственно этому, интересы должника-собственника и добросовѣстнаго пріобрѣтателя акта. А такъ какъ вотчинная система строится на силѣ внесеній въ книгу и на публичной ея вѣрѣ, то вполнѣ естественнымъ является требованіе, чтобы предпочтеніе безусловно было отдаваемо книгѣ и чтобы пострадавшій пріобрѣтатель отсылался, въ лучшемъ случаѣ, къ иску о вознагражденіи противъ государства, въ худшемъ — къ иску противъ своего цедента. Но и практически, на первый взглядъ, не видно возможности обезпечить инымъ путемъ интересы должника.

Между тѣмъ, такое воззрѣніе обнаруживаетъ, несмотря на всю видимую убѣдительность, одностороннее пониманіе этихъ интересовъ. Отдѣльный должникъ, въ случаѣ разлада между книгой и актомъ, заинтересованъ, дѣйствительно, въ томъ, чтобы предпочтеніе получила книга. Но должники-собственники, какъ масса, какъ корпорація, заинтересованы, прежде всего, въ томъ, чтобы выдаваемые ими акты пользовались кредитомъ, какъ можно болѣе устойчивымъ, такъ какъ они только при этомъ условіи могутъ разсчитывать на достаточный приливъ капитала и на сносныя условія кредита. И каждый единичный случай неполученія вѣрителемъ уплаты по акту на основаніи не неисправности отдѣльнаго должника, но общедѣйствующихъ юридическихъ нормъ причиняетъ кредиту актовъ такой уронъ, по сравненію съ которымъ теряетъ всякое значеніе выгода, извлеченная изъ этого даннымъ должникомъ. Если имѣть, такимъ образомъ, въ виду не индивидуальный интересъ отдѣльнаго землевладѣльца, а коллективный интересъ всѣхъ землевладѣльцевъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, интересъ народнаго хозяйства, то приходится отдать предпочтеніе акту передъ книгой.

Но какъ согласовать съ этимъ принципы вотчинной системы? На этотъ вопросъ необходимо отвѣтить слѣдующее:

книга должна быть вѣрнымъ и точнымъ изображеніемъ правового положенія недвижимости. Таковымъ она можетъ быть и тогда, когда законодатель станетъ на только что изложенную точку зрѣнія. Для достиженія этой цѣли надо согласиться только съ однимъ положеніемъ, а именно съ тѣмъ, что должникъ, выдавая залоговой актъ и пользуясь всѣми выгодами, вытекающими отсюда, взамѣнъ того, долженъ терпѣть извѣстныя ограниченія. Онъ, именно, долженъ отказаться, въ опредѣленныхъ предѣлахъ, отъ права протестовать противъ созданнаго имъ же правового положенія. Говоря конкретно: собственникъ, выдавая актъ, тѣмъ самымъ долженъ отказаться отъ права требовать какихъ бы то ни было внесеній въ книгу, противорѣчащихъ содержанію акта, если только онъ не сможетъ представить въ вотчинное установленіе одновременно самый актъ для внесенія въ него соотвѣтствующей отмѣтки. При господствѣ такого принципа вотчинная книга всегда будетъ тѣмъ, чѣмъ она должна быть — она будетъ отражать съ полною точностью правовое положеніе недвижимости [1]).

Однако, слѣдуетъ считаться еще съ возможностью, что актъ выправленъ неправильно и что онъ, поэтому, съ самаго начала не согласуется съ содержаніемъ книги. Придерживаясь только что изложенной аргументаціи, можно было бы сказать и въ этомъ случаѣ, что ущербъ отъ подобныхъ неточностей долженъ нести собственникъ и что, слѣдовательно, и тутъ содержаніе акта должно считаться достовѣрнымъ. Это было бы, къ тому же, вполнѣ справедливымъ по отношенію къ собственнику, такъ какъ онъ могъ и долженъ былъ провѣрить содержаніе акта до выдачи его вѣрителю. Но здѣсь приходится считаться еще и съ интересами третьихъ

1) Такимъ путемъ создавалась бы нѣкоторая аналогія къ той отвѣтственности за рискъ, которая возлагается на лицо, выдающее цѣнныя бумаги — ср. Jacobi, Die Wertpapiere, S. 181 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 111 flg.

лицъ, т. е. дальнѣйшихъ ипотечныхъ вѣрителей. Если, именно, актъ выправленъ на большую сумму, чѣмъ та, которая внесена въ книгу, или на болѣе тяжкія условія, и если содержаніе акта будетъ считаться достовѣрнымъ, то, очевидно, пострадаютъ интересы вѣрителя, пріобрѣвшаго младшую ипотеку. Здѣсь, слѣдовательно, сталкиваются интересы двухъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей — младшаго вѣрителя и цессіонарія по предыдущей ипотекѣ. А такъ какъ первый изъ нихъ не имѣетъ возможности провѣрить показанія книги, между тѣмъ какъ второй можетъ сличить свой актъ съ книгой, то справедливость требуетъ, чтобы предпочтеніе было отдано первому. Пріобрѣтателя же залогового акта придется отослать къ иску противъ государства, отвѣтственнаго за нерадѣніе или злую волю чиновъ вотчиннаго установленія.

Въ результатѣ этого разсужденія получается система, которая совпадаетъ, до извѣстной степени, съ системой швейцарскаго уложенія. Различіе заключается лишь въ томъ, что въ послѣднемъ нѣтъ прямого ограниченія собственника въ правѣ вносить отмѣтку въ книгу безъ одновременнаго внесенія ея въ актъ. Но редакція ст. 874 не представляетъ для практики, при правильномъ пониманіи ею вопроса, препятствія установить такое ограниченіе и создать, такимъ путемъ, вполнѣ цѣлесообразный порядокъ для вотчиннаго оборота. Будетъ ли это соотвѣтствовать намѣреніямъ редакторовъ закона, это, къ сожалѣнію, не можетъ быть установлено, такъ какъ матеріалы къ проекту уложенія молчатъ объ этомъ вопросѣ. Но противорѣчія съ волей закона, во всякомъ случаѣ, не будетъ.

Германская же система разнится отъ только что изложенной въ томъ отношеніи, что ею допускается въ видѣ исключенія внесеніе въ книгу отмѣтки безъ одновременнаго внесенія ея въ актъ. Это исключеніе допущено для огражденія интересовъ должника, но интересовъ, понятыхъ слишкомъ узко и слишкомъ индивидуалистически. Законодатель не принялъ въ соображеніе того, что можно требовать, безъ нарушенія справедливости, чтобы должникъ, взамѣнъ выгодъ, приносимыхъ ему выдачей акта, отказался отъ возраженій противъ его содержанія, пока онъ не представитъ одновременно акта въ вотчинное установленіе.

Обращаясь, послѣ этихъ принципіальныхъ разсужденій, къ постановленіямъ нашего проекта, слѣдуетъ исходить изъ отмѣченнаго уже выше обстоятельства, что залоговой актъ публичною вѣрой не пользуется и уступаетъ, въ случаѣ противорѣчія, вотчинной книгѣ.

При этомъ, проектъ предусматриваетъ возможность какъ первоначальнаго, такъ и послѣдующаго разлада между книгой и актомъ. Но категорически признавая въ обоихъ случаяхъ преимущество книги [1]), онъ, по отношенію къ первому изъ нихъ, этимъ и ограничивается, и даже не указываетъ на необходимость принятія мѣръ къ устраненію вкравшагося разногласія. Что же касается второго изъ нихъ, то и тутъ лишь въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ предусматриваются мѣры къ тому, чтобы статьи, внесенныя въ книгу послѣ выдачи акта, отмѣчались также и на послѣднемъ.

Случаи эти предусматриваются въ ст. 65, 85, 88,1, 101, 314. Если разобраться въ нихъ, то оказывается, что ихъ можно распредѣлить по двумъ группамъ. Къ первой группѣ относятся случаи, когда запись въ книгѣ производится по взаимному соглашенію сторонъ и когда, благодаря этому, не представляется затрудненій отмѣтить ее и на актѣ. Сюда слѣдуетъ отнести уступку старшинства по ст. 65 и 314,2, ограниченіе права уступки залогового требованія по ст. 85, передачу или закладъ актоваго залога въ вотчинномъ установленіи по п. 1 ст. 88, устраненіе личной отвѣтственности собственника обремененной недвижимости по ст. 101, обращеніе актоваго залога въ книжный по ст. 314,4 и, наконецъ, раздробленіе имѣнія или присоединеніе къ нему другого имѣнія или уча-

1) ВУ. 326, 107.

стка въ случаяхъ, которые предусмотрѣны въ ст. 212, 213 и 218 и при которыхъ требуется соглашеніе между сторонами, по ст. 314,5. Сюда же можно отнести по аналогіи также и предусмотрѣнный ст. 314,1 случай внесенія въ книгу записи о переходѣ залогового требованія по наслѣдству, такъ какъ тутъ внесеніе совершается по просьбѣ самого вѣрителя, обладающаго актомъ.

Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло въ случаяхъ второй группы, когда внесеніе въ книгу статьи, подлежащей внесенію также и въ актъ, совершается помимо воли вѣрителя или даже вопреки ея. Сюда относится одинъ лишь случай, урегулированный проектомъ удовлетворительно. Это — предусмотрѣнный ст. 314,3 случай погашенія залога. Именно, на основаніи ст. 203 сл., 354, 355 сл., погашеніе не допускается безъ представленія акта или безъ объявленія его недѣйствительнымъ путемъ вызывного производства. И хотя проектъ въ указанныхъ только что статьяхъ говоритъ только о погашеніи полномъ, то все же можно предполагать, что практика распространитъ эти же правила и на предусмотрѣнное въ той же ст. 314,3 погашеніе частичное.

Напротивъ, трудно ожидать удовлетворительныхъ результатовъ въ случаяхъ, упомянутыхъ въ ст. 314,5, поскольку раздробленіе имѣнія или присоединеніе къ нему другого имѣнія произойдетъ на основаніи ст. 214 и 215. Тутъ измѣненіе въ залоговомъ правѣ совершается помимо воли кредитора и можетъ противорѣчить его интересамъ. Въ виду этого онъ едва ли будетъ содѣйствовать внесенію соотвѣтствующей записи въ залоговой актъ. Слѣдовательно, вотчинному установленію придется или отказать собственнику во внесеніи соотвѣтствующей статьи въ книгу и предоставить ему провести предварительно противъ вѣрителя actio ad exhibendum, или же вотчинное установленіе совершитъ внесеніе независимо отъ возможности отмѣтить запись также и на актѣ. Ясно, что и то и другое равно нежелательно.

Можно, впрочемъ, предположить, что практика будетъ болѣе склонна прибѣгнуть къ первой изъ этихъ возможностей въ виду категорическаго характера ст. 314. Но зато, по всей вѣроятности, будетъ допущена вторая изъ нихъ тогда, когда рѣчь будетъ итти о возраженіяхъ собственника-должника противъ требованія, не упоминаемыхъ въ ст. 314, но допускаемыхъ проектомъ въ широкомъ размѣрѣ [1]). И это тѣмъ болѣе, что статья 314 говоритъ только о записяхъ, а не объ отмѣткахъ. Въ частности, слѣдуетъ указать по этому поводу на упоминаемую въ ст. 110 отмѣтку о погашеніи залога вслѣдствіе прекращенія требованія, каковая отмѣтка, благодаря невнесенію ея въ залоговой актъ, вообще можетъ сыграть весьма пагубную для кредита залоговыхъ актовъ роль.

Въ результатѣ разсмотрѣнія статей, касающихся согласованія между книгой и актомъ, приходится такимъ образомъ сказать, что гарантіи противъ разногласій между книгой и актомъ далеко недостаточны и что залоговой актъ по проекту ВУ. не можетъ претендовать даже на ту мѣру довѣрія со стороны кредитующей публики, которою пользуется актъ германскаго права, не говоря уже объ актѣ швейцарскаго права. И особенно характернымъ является, при этомъ, то, что въ нашемъ проектѣ нѣтъ общей нормы, выставляющей принципіальное требованіе совпаденія акта съ книгой.

По этому поводу слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что такой результатъ отнюдь не является плодомъ оплошности составителей проекта. Онъ, напротивъ, вполнѣ соотвѣтствуетъ ихъ намѣреніямъ. Правда, въ матеріалахъ къ проекту отчасти проявляется другое отношеніе къ этому вопросу. Въ Запискѣ министра юстиціи имѣется, напр., указаніе [2]) на то, что „возможность нахожденія въ обращеніи

1) Ср. выше, т. I, § 24.
2) Стр. 44.

залоговыхъ актовъ, уже оплаченныхъ, значительно ограничивается предписаніями указанныхъ статей". И ту же точку зрѣнія занимаетъ, повидимому, большинство особой комиссіи, изъ разсужденій котораго почерпнуты только что цитированныя слова[1]). Но предположенія министра, а также особой комиссіи основываются, какъ извѣстно, на предположеніяхъ редакціонной комиссіи. Она же проявляетъ весьма недовѣрчивое, можно сказать, почти враждебное отношеніе къ институту залогового акта, и это отражается, понятнымъ образомъ, на выработанномъ ею проектѣ. Въ объясненіе же такого отношенія слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что меньшинство комиссіи въ 1893 г. желало ограничить, по возможности, значеніе актовъ и, въ частности, не хотѣло вовсе допустить актовой цессіи[2]). При такихъ обстоятельствахъ, большинство комиссіи въ 1893 г. и вся комиссія 1896 г., по понятнымъ причинамъ, соблюдали большую сдержанность и старались доказывать, со своей стороны, что значеніе залоговыхъ актовъ весьма ограниченное. Достаточно привести въ качествѣ примѣра одно изреченіе[3]): „..... проектъ весьма далекъ отъ мысли признать за залоговымъ актомъ значеніе исключительнаго источника, изъ коего третьи лица, пріобрѣтая залоговыя требованія, должны почерпать свѣдѣнія на счетъ юридическаго положенія сего послѣдняго. Залоговой актъ, по проекту, только дополняетъ вотчинную книгу, но никакъ не замѣняетъ ея ..... въ случаѣ противорѣчія вотчинной книги съ залоговымъ актомъ, въ чемъ бы противорѣчіе это ни проявлялось, содержаніе первой имѣетъ преимущественное, рѣшительное значеніе. Результатомъ такого положенія окажется то, что всякій осторожный пріобрѣтатель, ранѣе вступленія съ прежнимъ кредиторомъ въ сдѣлку о передачѣ залогового требованія, долженъ будетъ познакомиться не только съ содержаніемъ залогового акта, но и вотчинной книги". А далѣе говорится, что такой порядокъ поведетъ къ болѣе осмотрительнымъ сдѣлкамъ и что именно такія сдѣлки преимущественно заслуживаютъ вниманія законодателя. Наведеніе же справокъ въ вотчинной книгѣ, по мнѣнію комиссіи, не представляетъ серьезныхъ затрудненій. Затѣмъ, по воззрѣнію комиссіи, слѣдуетъ принять въ соображеніе и то обстоятельство, что лишь при указанномъ порядкѣ интересы должника достаточно защищены, такъ какъ нельзя требовать, чтобы должникъ позаботился объ отмѣткѣ на актѣ каждаго предъявленнаго имъ противъ залогового требованія спора. Кредиторъ можетъ скрываться или даже просто отсутствовать, а пользованіе льготой, предоставленной должнику ст. 205-ой, обусловлено наступленіемъ срока требованія. До истеченія же послѣдняго, актъ можетъ быть многократно переданъ въ постороннія руки. Такимъ образомъ, и правило ст. 107, а также ст. 110, должно побуждать цессіонарія навести справку въ вотчинной книгѣ.

Въ самомъ дѣлѣ, если комиссія желала обезпечивать лишь интересы отдѣльныхъ собственниковъ, то эту цѣль можно считать достигнутой. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, установленный въ проектѣ порядокъ совершенно обезцѣниваетъ залоговой актъ и тѣмъ, какъ было указано выше, причиняетъ ущербъ совокупности должниковъ-землевладѣльцевъ. Онъ, притомъ, не гарантируетъ вѣрителей даже при максимальной осторожности, такъ какъ указаніе проекта на то, что справка можетъ быть наведена письмомъ или телеграммой, не устраняетъ возможности, что въ промежутокъ времени между отправленіемъ отвѣта на справку и нотаріальнымъ совершеніемъ цессіи — не говоря уже о передачѣ акта — не будетъ внесена въ книгу отмѣтка. И нетрудно предвидѣть, что на этой, именно, почвѣ произойдутъ злоупотребленія.

Въ связи съ этимъ слѣдуетъ отмѣтить еще одно обстоя-

1) Ж. О. К., стр. 177.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 450 сл.
3) Объясненія 1896 г. I, стр. 465.

тельство. Въ своемъ мѣстѣ [1]) было отмѣчено, что въ отзывѣ министра финансовъ залоговые вѣрители трактуются какъ pessimum genus hominum, отъ которыхъ слѣдуетъ ожидать самаго худшаго и противъ которыхъ слѣдуетъ принимать, поэтому, всякія мѣры предосторожности. Но это дѣлается въ весьма опредѣленныхъ цѣляхъ. Эти цѣли, однако, совершенно чужды редакціонной комиссіи. А между тѣмъ, и она постоянно считается не только съ возможностью, но даже съ вѣроятностью злоупотребленій со стороны кредиторовъ и измышляетъ самыя разнообразныя противъ нихъ средства. Съ возможностью злоупотребленій со стороны должниковъ она, напротивъ, по этому поводу вовсе не считается и вслѣдствіе этого весьма мало озабочена охраной интересовъ кредиторовъ [2]). Такой односторонній взглядъ, очевидно, и несправедливъ и нецѣлесообразенъ, и трудно сомнѣваться въ томъ, что онъ, при сохраненіи предположеній проекта въ будущемъ ВУ., отразится на практикѣ весьма чувствительно [3]). А понесенными отъ этого

1) Выше, т. I, § 7.

2) Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить, что авторы проекта проявляютъ въ этомъ отношеніи непослѣдовательность: по вопросу, напр., объ отвѣтственности должника по залогу они, наоборотъ, выставляютъ кредиторовъ по залогу „солидными капиталистами, ищущими надежнаго помѣщенія своихъ капиталовъ, притомъ за умѣренные проценты“ — Ж. О. К., стр. 197, Записка, стр. 48. Должники-землевладѣльцы, напротивъ, изображаются, по этому поводу, лицами, не заслуживающими никакого довѣрія. Ср. ниже, § 89. Разумѣется, что какъ то, такъ и другое воззрѣніе является крайностью. Но невыдержанность общихъ взглядовъ имѣется, безъ сомнѣнія, на лицо, и проектъ не могъ, очевидно, выиграть отъ этого.

3) Стоитъ представить себѣ, напр., такую, даже не очень сложную продѣлку: землевладѣлецъ устанавливаетъ фиктивный залогъ въ пользу подставного лица и выдаетъ ему залоговой актъ. Затѣмъ онъ предъявляетъ къ нему искъ о недѣйствительности залога и добивается обезпеченія иска, т. е права внести, на основаніи ст. 110, отмѣтку въ книгу. Между тѣмъ, фиктивный вѣритель уступаетъ залоговое требованіе путемъ актовой цессіи третьему лицу, не посвященному въ сдѣлку, а должникъ устраиваетъ дѣло такъ, чтобы отмѣтка была внесена въ книгу въ промежутокъ времени между справкой, наведенной цессіонаріемъ, и совершеніемъ цессіи. Тогда залоговой актъ обезцѣненъ, и должникъ не отвѣчаетъ по залоговому иску. Цессіонарію остается только искать съ своего цедента. Что такой искъ останется безрезультатнымъ, разумѣется само собой. Должникъ же и первоначальный вѣритель подѣлятся деньгами, а цессіонарій будетъ ни при чемъ.

ущербами вѣрители будутъ обязаны, прежде всего, тому, что редакціонная комиссія оказалась озабоченной лишь двумя вопросами: какъ обезпечить должника отъ козней вѣрителя и какъ уменьшить значеніе залогового акта. Въ результатѣ же залоговые акты не будутъ пользоваться никакимъ кредитомъ, а потерпитъ отъ этого только землевладѣніе, интересы котораго охраняются такъ тщательно редакціонною комиссіей [1]).

1) Кажется умѣстнымъ выдвинуть, по этому, именно, поводу, одинъ моментъ, имѣющій, правда, болѣе общее значеніе. Дѣло въ томъ, что составители проекта довольно послѣдовательно проводятъ грань между землевладѣльцами, съ одной, и ипотечными вѣрителями — съ другой стороны. Между тѣмъ, подобный взглядъ покоится на ошибочныхъ предположеніяхъ. Если онъ, до извѣстной степени, и правиленъ, можетъ быть, въ настоящее время, то онъ потеряетъ свое значеніе со вступленіемъ въ силу ВУ. — разумѣется, при условіи, что проектъ будетъ подвергнутъ переработкѣ, въ результатѣ которой интересы всѣхъ причастныхъ къ поземельному кредиту лицъ будутъ обезпечены подобающимъ образомъ. Тогда, именно, придется принять въ соображеніе слѣдующія обстоятельства: подавляющая масса земельныхъ долговъ является, какъ извѣстно, слѣдствіемъ наслѣдственныхъ раздѣловъ и долговъ по покупкѣ данной недвижимости въ кредитъ; вѣрителями, слѣдовательно, насколько рѣчь идетъ о частныхъ лицахъ, являются люди одного съ должниками общественнаго круга и имѣющіе въ значительной части личныя съ ними связи; будучи достаточно обезпечены хорошимъ ипотечнымъ правомъ, они не потребуютъ уплаты своихъ требованій наличными деньгами, а удовольствуются установленіемъ въ обезпеченіе ихъ ипотекъ, преимущественно съ выдачей залоговыхъ актовъ, каковые и будутъ реализованы ими въ случаѣ необходимости; а насколько землевладѣльцы будутъ нуждаться въ дальнѣйшемъ кредитѣ, ихъ потребности будутъ удовлетворены кредитными установленіями или же сбереженіями того же круга лицъ. Прибѣгать къ частнымъ профессіональнымъ заимодавцамъ придется, слѣдовательно, довольно рѣдко и, главнымъ образомъ, при разстроенномъ имущественномъ положеніи землевладѣльца. А въ такихъ случаяхъ необходимо считаться съ тѣмъ, что по психологическимъ причинамъ недобросовѣстные поступки могутъ быть ожидаемы отъ человѣка, близкаго къ банкроту, въ той же мѣрѣ, какъ отъ профессіональнаго ростовщика. Слѣдовательно, нѣтъ ос-

При такихъ условіяхъ приходится сказать, въ конечномъ выводѣ, что постановленія проекта, нормирующія соотношеніе между вотчинной книгой и залоговымъ актомъ, глубоко неудовлетворительны. Если они будутъ сохранены, то залоговые акты никоимъ образомъ не смогутъ играть ту благотворную для поземельнаго кредита роль, ради выполненія которой они создаются. И по всей вѣроятности, они вовсе не привьются въ оборотѣ. Въ виду этого слѣдуетъ признать настоятельную необходимость выставленія принципіальной нормы, гарантирующей совпаденіе акта съ вотчинной книгой. Наряду съ этимъ слѣдовало бы, разумѣется, реципировать тѣ постановленія германскаго законодательства, которыя даютъ вотчиннымъ установленіямъ фактическую возможность осуществлять эту норму. Но еще лучше было бы, безъ сомнѣнія, реципировать швейцарскую систему, по которой залоговой актъ пользуется преимущественнымъ значеніемъ, когда дѣло идетъ о разладѣ между нимъ и книгой, возникшемъ вслѣдствіе позднѣйшихъ внесеній, — если только возможность разлада не будетъ совсѣмъ устранена путемъ лишенія собственника права требовать внесенія въ книгу отмѣтокъ безъ одновременнаго представленія акта. Книгѣ же отдается предпочтеніе въ виду только такого разлада, ко-

нованія относиться съ большею подозрительностью къ вѣрителю, чѣмъ къ должнику. При нормальномъ же положеніи вещей, изображенномъ только что, равно слѣдуетъ относиться съ тѣмъ же довѣріемъ или недовѣріемъ къ обѣимъ сторонамъ. Вообще же указанная фактическая обстановка вотчиннаго кредита должна быть принимаема въ соображеніе законодателемъ, ибо создающаяся, благодаря ей, извѣстная замкнутость круга заинтересованныхъ лицъ въ высшей степени способствуетъ установленію твердыхъ обычаевъ и воззрѣній, могущихъ сыграть на практикѣ большую роль. Само собой разумѣется, при этомъ, что подобная обстановка создастся въ области дѣйствія ВУ. не сразу. Но нѣтъ причины, устраняющей надежду, что она появится современемъ. — Только что изложенныя соображенія покоятся на личныхъ наблюденіяхъ автора, сдѣланныхъ имъ въ Прибалтійскомъ краѣ. Желая провѣрить ихъ правильность, авторъ обратился къ нѣкоторымъ, извѣстнымъ въ Прибалтійскомъ краѣ знатокамъ ипотечнаго дѣла, а именно, къ присяжному повѣренному Э. Э. Морицу — въ Ригѣ, къ секретарю крѣпостного отдѣленія при Юрьевско-Верроскомъ мировомъ съѣздѣ Ф. Ф. Оттго — въ Юрьевѣ, къ секретарю крѣпостного отдѣленія при Рижско-Вольмарскомъ мировомъ съѣздѣ О. В. Цвингману — въ Ригѣ и къ присяжному повѣренному Р. Э. Шелеру — въ Феллинѣ. Всѣ безъ исключенія нашли возможнымъ подтвердить, на основаніи своего богатаго долголѣтняго опыта (Р. Э. Шелеръ ссылался еще и на сообщенія феллинскаго нотаріуса Г. Г. Сеена), вѣрность изложенныхъ наблюденій. По ихъ единогласному заявленію, ростовщичество въ ипотечномъ оборотѣ Прибалтійскаго края не играетъ никакой роли, насколько дѣло касается крупнаго землевладѣнія, и весьма незначительную роль, насколько дѣло касается мелкаго. Если оставить въ сторонѣ учрежденія долгосрочнаго ипотечнаго кредита, то слѣдуетъ сказать, что вѣрителями являются по отношенію къ первому преимущественно лица, такъ или иначе прикосновенныя къ тому же общественному кругу, къ которому принадлежатъ должники-землевладѣльцы. Затѣмъ, ипотеки пріобрѣтаются довольно часто различными учрежденіями. Наконецъ, нѣкоторая часть землевладѣльцевъ утилизируетъ реальный кредитъ путемъ заклада ипотекъ, выданныхъ на подставное лицо и цедированныхъ in blanco, въ банкахъ и ссудо-сберегательныхъ кассахъ. Что же касается мелкаго землевладѣнія, то тутъ ссудо-сберегательныя кассы играютъ бо́льшую роль. Это слѣдуетъ сказать въ особенности о южной части Лифляндіи, населенной латышами. На ряду съ кассами, вѣрителями являются крупные землевладѣльцы вслѣдствіе пріобрѣтенія крестьянскихъ усадебъ въ собственность прежними арендаторами, а кромѣ того, сонаслѣдники и прочіе родственники мелкихъ землевладѣльцевъ и другія лица, имѣющія съ ними личныя связи. Наконецъ, незначительная часть ипотечныхъ обязательствъ — по разсчету Р. Э. Шелера, основывающагося при этомъ на свѣдѣніяхъ, сообщенныхъ

ему нотаріусомъ Г. Г. Сеенымъ, приблизительно одна десятая всѣхъ выданныхъ ипотечныхъ обязательствъ — находится въ рукахъ торговцевъ, въ частности, лавочниковъ, занимающихся ростовщичествомъ. Эти данныя имѣютъ отношеніе также и къ городскимъ недвижимостямъ. Слѣдуетъ добавить, что ростъ по ипотечнымъ обязательствамъ устанавливается обыкновенно въ размѣрѣ отъ 5—6%, при чемъ послѣдніе считаются уже высокими. Лишь въ исключительныхъ случаяхъ ростъ достигаетъ 9%, и то при третьихъ и четвертыхъ ипотекахъ, установленныхъ въ недвижимостяхъ, относящихся къ мелкому землевладѣнію. Такимъ образомъ, оказывается, что при хорошо упорядоченномъ вотчинномъ оборотѣ въ экономически развитомъ краѣ нечего опасаться въ области ипотечнаго кредита ростовщичества. — Ср., впрочемъ, также В. М. Цвингманъ, Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 10 сл.

Для автора является пріятною обязанностью высказать всѣмъ названнымъ лицамъ искренную свою признательность за оказанную любезность.

торый существуетъ съ момента выправки акта. А матеріальные интересы, въ первомъ случаѣ собственника, во второмъ — вѣрителя, должны быть обезпечены путемъ установленія отвѣтственности государства [1]).

1) О неудовлетворительной постановкѣ вопроса объ отвѣтственности государства по проекту ВУ. см. выше, т. I, стр. 167, прим. 3.

Уступка и закладъ залогового права.

§ 74. Уступка и закладъ по постановленіямъ проекта.

Составители проекта не могли не сознавать необходимости допускать уступку и закладъ залогового права [1]). Это слѣдуетъ сказать, какъ съ юридической, такъ и съ экономической точки зрѣнія. Что касается, при этомъ, первой изъ нихъ, то ясно, что установленіе залога, какъ права принципіально акцессорнаго, не можетъ ограничить правъ распоряженія вѣрителя принадлежащимъ ему требованіемъ. Слѣдовательно, не можетъ пострадать его право уступать и закладывать послѣднее. Залоговое же право не можетъ не раздѣлять судьбы обезпечиваемаго имъ обязательственнаго требованія. Поэтому и оно является объектомъ цессіи и заклада. Но само собой разумѣется, что при этомъ не должна нарушаться связь между нимъ и требованіемъ: залоговое право переходитъ исключительно вмѣстѣ съ требованіемъ и оно переходитъ всегда тогда, когда переходитъ послѣднее.

1) Проектъ, а также матеріалы къ нему говорятъ о передачѣ и закладѣ залогового требованія. Съ точки зрѣнія вотчинно-правовой, однако, правильнѣе говорить не объ обязательственномъ требованіи, обезпеченномъ залогомъ, а о самомъ залоговомъ правѣ и это тѣмъ болѣе, что и по системѣ нашего проекта, въ случаѣ отпаденія требованія, залоговое право можетъ подлежать передачѣ и закладу внѣ всякой зависимости отъ требованія.

Съ другой стороны слѣдуетъ отмѣтить, что нельзя не признавать возможности уступки и заклада залогового права также и тогда, когда оно, въ силу публичной вѣры вотчинной книги, пріобрѣтаетъ самостоятельный характеръ и превращается, вслѣдствіе недѣйствительности или прекращенія обязательственнаго требованія, въ вотчинный долгъ [1]). Въ такомъ случаѣ оно представляетъ собой имущественное право, подлежащее на общемъ основаніи свободному распоряженію со стороны управомоченнаго.

Съ юридической точки зрѣнія не можетъ быть, такимъ образомъ, сомнѣнія въ необходимости и допустимости цессіи и заклада залогового права. И то же самое приходится сказать съ точки зрѣнія цивильно-политической. Притомъ, по этому вопросу вполнѣ совпадаютъ интересы какъ должниковъ-землевладѣльцевъ, такъ и вѣрителей. Послѣднимъ слѣдуетъ дать возможность реализовать свое право наиболѣе удобнымъ и выгоднымъ для нихъ способомъ. А первые въ высшей степени заинтересованы въ томъ, чтобы залоговое право обладало оборотоспособностью, какъ потому, что при этомъ условіи достигается использованіе для цѣлей поземельнаго кредита наибольшаго количества капитала, такъ и потому, что лишь такимъ путемъ потребности кредиторовъ въ наличныхъ средствахъ могутъ быть удовлетворены безъ востребованія уплаты отъ должниковъ.

Однако, за принципіальнымъ признаніемъ возможности передачи [2]) залогового права, остается открытымъ еще вопросъ о формѣ, въ которой она совершается.

На первый взглядъ, этотъ вопросъ не долженъ бы представлять затрудненій, такъ какъ его рѣшеніе предопредѣлено основными принципами вотчинной системы: если пріобрѣтеніе, измѣненіе и прекращеніе вотчинныхъ правъ

1) См. выше, § 53.

2) Въ интересахъ краткости изложенія тутъ, а равно въ слѣдующемъ изложеніи не упоминается особо о закладѣ.

должны происходить только въ силу внесенія въ вотчинную книгу соотвѣтствующей статьи, то эта норма, очевидно, должна найти примѣненіе и тутъ. Другими словами, уступка залогового права должна совершаться посредствомъ внесенія соотвѣтствующей записи въ вотчинную книгу.

Такое рѣшеніе безспорно логично и правильно съ юридической точки зрѣнія. Но оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, не въ состояніи удовлетворить потребности оборота. Послѣдній нуждается въ болѣе простыхъ формахъ и въ частности, въ такихъ, которыя не создаютъ мѣстной связанности залогового права. Поэтому западныя законодательства, въ интересахъ увеличенія обращаемости воплощенныхъ въ поземельномъ кредитѣ цѣнностей, выработали институтъ залогового акта, дающій возможность распоряженія залоговымъ правомъ внѣ формъ собственно вотчиннаго оборота, въ частности, путемъ актовой цессіи.

Естественно, что для составителей нашего проекта возникъ вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли допускать распоряженіе залоговымъ правомъ только въ предѣлахъ, установляемыхъ принципомъ внесенія, или слѣдуетъ считаться съ потребностями оборота и признавать, по примѣру германскихъ законодательствъ, также и возможность распоряженія имъ при посредствѣ залогового акта.

Въ сущности, слѣдовало ожидать, что этотъ вопросъ будетъ рѣшенъ редакціонною комиссіей въ утвердительномъ смыслѣ единогласно. Именно, въ проектѣ 1893 г. оборотная ипотека признавалась, какъ было упомянуто уже выше, исключительно въ формѣ актовой [1]) и въ Объясненіяхъ не осталось слѣда несогласія съ этой нормировкой какого либо члена комиссіи [2]). Въ виду этого казалось бы, что и актовая цессія залогового права будетъ допущена безъ всякихъ

1) См. выше, § 72.

2) Ср. Объясненія 1893 г. II, стр. 296 сл.

возраженій. Ибо ясно, что институтъ залогового акта имѣетъ практическое значеніе только при этомъ условіи. Прочія выгоды, представляемыя имъ, если только онѣ вообще имѣются на лицо, настолько ничтожны, что изъ за нихъ не стоитъ создавать этотъ институтъ, сопряженный, къ тому же, и съ нѣкоторыми безспорно нежелательными явленіями.

Тѣмъ не менѣе, при ознакомленіи съ матеріалами къ проекту, оказывается, что вопросъ о допустимости актовой цессіи сталъ предметомъ горячаго спора въ средѣ какъ редакціонной, такъ и особой комиссій. Притомъ меньшинство, желавшее допустить только книжную цессію, нашлось уже при обсужденіи проекта 1893 г. — несмотря на роль, отведенную актовому залогу въ этомъ проектѣ.

Это меньшинство опиралось [1]), въ своихъ аргументахъ, какъ на принципіальныя, такъ и на практическія соображенія. Что касается первыхъ, то оно указывало на то, что начало внесенія должно сохранять силу по отношенію ко всѣмъ вотчиннымъ сдѣлкамъ, такъ какъ только при этомъ условіи не нарушаются стройность и послѣдовательность системы. Отступленіе же отъ указаннаго принципа было бы допустимо только при наличности настойчивыхъ практическихъ потребностей. Таковыхъ, однако, нѣтъ и быть не можетъ, такъ какъ внѣкнижная цессія могла бы играть дѣйствительно большую роль только тогда, когда она пользовалась бы тою же достовѣрностью, какъ цессія книжная. Но это практически недопустимо въ виду возможности разногласій между книгой и актомъ. А при предполагаемомъ самимъ большинствомъ преобладаніи книги надъ актомъ остается необходимость справки въ книгѣ. Слѣдовательно, оборотъ не выиграетъ отъ допущенія актовой цессіи. Къ тому же, землевладѣлецъ, ищущій ипотечнаго кредита, можетъ разсчитывать всегда лишь на мѣстный рынокъ. Поэтому совершеніе сдѣлки въ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 450 сл.

вотчинномъ установленіи не представляетъ затрудненій, и допущеніе актовой цессіи только осложняетъ положеніе.

Противъ этой аргументаціи большинство выставило слѣдующія соображенія [1]): допущеніе только книжной передачи залогового права стѣснительно для публики въ виду дальнихъ разстояній въ Россіи и сосредоточенія капиталовъ въ немногихъ центрахъ. Тѣмъ не менѣе, „нѣтъ никакой необходимости способствовать слишкомъ быстрому обороту залоговыхъ актовъ и придавать имъ значеніе вполнѣ самостоятельнаго отъ вотчинной книги орудія оборота“. Въ виду этого необходимо сохранять зависимость залоговыхъ актовъ отъ вотчинной книги. Но вызванная этимъ необходимость справки съ послѣднею не подѣйствуетъ стѣснительно на оборотъ. На основаніи этого, слѣдуетъ допустить актовую цессію съ тѣмъ, однако, чтобы, въ случаѣ разногласія между книгой и актомъ, первая имѣла рѣшающее значеніе.

Мнѣніе меньшинства нашло довольно рѣшительную поддержку среди критиковъ перваго проекта [2]). Тѣмъ не

1) Тамъ же, стр. 454 сл.

2) Къ мнѣнію меньшинства коммисіи присоединились гг. Фуксъ, Тютрюмовъ и Шкляревскій — Св. Зам., № 196, и г. Свенцицкій — Св. Зам., № 196,1, при чемъ послѣдній утверждаетъ, что залоговые акты окажутся на практикѣ непримѣнимыми въ виду того характера, который приданъ имъ комиссіей: „едва ли кто пожелаетъ положиться исключительно на залоговой актъ и дастъ деньги безъ внесенія въ книгу“. Противъ актовой цессіи высказывается также и г. Павлиновъ — Св. Зам., № 204, главнымъ образомъ, потому, что „слишкомъ сильная свобода передачъ залоговыхъ правъ и легкая возможность досрочнаго полученія денегъ по залоговымъ актамъ могли бы повести къ злоупотребленіямъ со стороны такихъ кредиторовъ, которые предполагаютъ объявить себя несостоятельными должниками“. Допущенія исключительно книжной цессіи требуетъ и г. Моисеенко — Св. Зам., № 208, изъ опасенія затрудненій при погашеніи залоговыхъ требованій и злоупотребленій передачей уже погашенныхъ залоговыхъ требованій. Слѣдуетъ упомянуть и о томъ, что г. Тютрюмовъ — Св. Зам., № 202, сомнѣвается въ томъ, допустима ли вообще цессія залоговыхъ требованій безъ согласія и участія должника въ виду тѣхъ обширныхъ правъ, которыми пользуется вѣритель въ отношеніи заложеннаго имѣнія.

менѣе, возражавшіе противъ актовой цессіи члены редакціонной комиссіи, при вторичномъ обсужденіи проекта, отказались отъ своихъ прежнихъ взглядовъ и въ Объясненіяхъ 1896 г. излагаются уже лишь аргументы бывшаго большинства какъ единогласное мнѣніе всей комиссіи. Они, впрочемъ, развиваются болѣе пространно [1]), причемъ много вниманія удѣляется западнымъ законодательствамъ. Въ частности, указывается на то, что романскія законодательства, а также австрійское и баварское, признаютъ цессію залоговыхъ требованій лишь на основаніи принциповъ обязательственнаго права. Законодательство саксонское, ипотечный уставъ Царства Польскаго и гамбургскій ипотечный законъ, напротивъ, допускаютъ исключительно книжную передачу, но уже на началахъ вотчиннаго права. Законодательства же прусское, вюртембергское и мекленбургское, а также германское уложеніе признаютъ какъ книжную, такъ и актовую цессію. И примѣру послѣднихъ желаетъ слѣдовать редакціонная комиссія. При этомъ, за заключающимся въ допущеніи актовой цессіи ослабленіи начала внесенія признается „только теоретическое значеніе“, а возможность практическихъ неудобствъ, въ частности вслѣдствіе разногласія между книгой и актомъ, устраняется, по мнѣнію комиссіи, постановленіемъ, что, „безъ представленія залогового акта и отмѣтки на немъ совершеннаго въ книгѣ внесенія, никакая перемѣна въ отношеніи залога, направленная ко вреду кредитора, не можетъ быть внесена въ вотчинную книгу“ [2]).

Но несмотря на такое единогласное рѣшеніе редакціонной комиссіи, споръ о допустимости актовой цессіи возгорѣлъ снова въ средѣ особой комиссіи [3]). Опять появилось меньшинство, которое высказалось противъ допущенія ея,

1) Объясненія 1896 г. I, стр. 453 сл.

2) Это утвержденіе, какъ извѣстно изъ предыдущаго параграфа, не отвѣчаетъ дѣйствительности.

3) Ж. О. К., стр. 164 сл.

при чемъ оно оказалось, однако, болѣе послѣдовательнымъ, чѣмъ меньшинство 1893 г., — оно ратовало уже противъ допущенія вообще залоговыхъ актовъ. Но аргументы, высказанные имъ, совпадаютъ въ большей части съ аргументами меньшинства редакціонной комиссіи. Новыми являются только указанія на послѣдовавшее по постановленію особой комиссіи измѣненіе ст. 4 проекта и на экономическія послѣдствія предполагаемаго порядка: облегченіе передачи закладныхъ увеличитъ для капиталистовъ привлекательность помѣщенія капиталовъ въ ипотекахъ и вызоветъ увеличеніе задолженности землевладѣнія и, вслѣдъ за тѣмъ, мобилизацію земельной собственности. Этотъ аргументъ почерпнутъ, впрочемъ, изъ отзыва министра финансовъ [1]).

Большинство особой комиссіи не поддалось, однако, этимъ аргументамъ и выставило со своей стороны, въ общемъ, тѣ же аргументы, которыми пользовалось большинство редакціонной комиссіи уже въ Объясненіяхъ къ проекту 1893 г. Что же касается, въ частности, указанія меньшинства на то что особая комиссія измѣнила содержаніе ст. 4 проекта и допустила совершеніе вотчинныхъ актовъ также и у нотаріусовъ и что, вслѣдствіе этого, уничтоженіе актовой цессіи не вызвало бы уже серьезныхъ неудобствъ, то большинство ссылается совершенно основательно на то, что въ такомъ случаѣ цессія совершалась бы все же порядкомъ крѣпостнымъ, а не въ порядкѣ обыкновеннаго нотаріальнаго засвидѣтельствованія передаточной надписи [2]). По отношенію же къ экономическому аргументу меньшинства, приведенному выше, большинство указываетъ правильно на то [3]), что облегченіе

1) Стр. 35—38. Ср. также стр. 95, 96, гдѣ утверждается, что введеніе института залоговыхъ актовъ не только отразится вредно на землевладѣніи, но, кромѣ того, создастъ „суррогатъ процентныхъ бумагъ“, который „не можетъ не повліять въ дурную сторону и на биржевое обращеніе существующихъ уже процентныхъ бумагъ“.

2) Ж. О. К., стр. 174 сл.

3) Ж. О. К., стр. 177 сл.

цессіи едва ли можетъ повести къ усиленію задолженности и къ мобилизаціи недвижимости. Оно будетъ, напротивъ, способствовать „сохраненію заложенныхъ имѣній въ рукахъ ихъ собственниковъ, облегчая для кредиторовъ реализацію ихъ требованій безъ обращенія взысканія на имѣніе".

Наконецъ, министръ юстиціи въ Запискѣ [1]) присоединяется къ взглядамъ большинства и повторяетъ выставленные послѣднимъ доводы въ иной и, притомъ, довольно удачной группировкѣ.

Результатомъ всѣхъ этихъ споровъ является, такимъ образомъ, всетаки допущеніе актовой цессіи залогового права, наряду съ цессіей книжной. Благодаря этому, нормировка цессіи залогового права по проекту представляется въ слѣдующемъ видѣ.

Согласно ст. 85, вѣритель воленъ передать залоговое право, если только онъ не отказался передъ должникомъ отъ этого права. Подобное ограниченіе кредитора должно быть, впрочемъ, отмѣчено въ вотчинной книгѣ и въ залоговомъ актѣ, если таковой выданъ. Передача книжнаго залогового требованія совершается, притомъ, или въ вотчинномъ установленіи посредствомъ внесенія записи въ вотчинную книгу, или у нотаріуса, по правиламъ, установленнымъ для совершенія вотчинныхъ актовъ [2]). Должникъ официально увѣдомляется о совершеніи цессіи, послѣ чего она получаетъ силу по отношенію къ нему [3]).

Актовая ипотека, напротивъ, передается или посредствомъ внесенія записи въ вотчинную книгу, или же путемъ актовой цессіи [4]). И именно этотъ второй способъ представляетъ, какъ съ юридической, такъ и съ экономической точки зрѣнія,

1) Стр. 42 сл.
2) Ст. 87, ср. 292—302.
3) Ст. 92, ср. 242.
4) Ст. 88.

главный интересъ. Ему проектъ и посвящаетъ, прежде всего, свое вниманіе.

Актовая цессія совершается у нотаріуса посредствомъ засвидѣтельствованной надписи на актѣ объ уступкѣ залогового требованія. Содержаніе надписи точно опредѣлено закономъ. Въ частности, она должна заключать въ себѣ обозначеніе личности цессіонарія. Бланковая же цессія не допускается. Нотаріусъ, засвидѣтельствовавшій надпись, обязанъ немедленно сообщить о томъ подлежащему вотчинному установленію, съ указаніемъ мѣста жительства новаго кредитора. Такое же сообщеніе должно быть послано должнику. До полученія его, цессія не имѣетъ силы для послѣдняго. Сообщеніе нотаріуса о совершившейся цессіи пріобщается къ вотчинному дѣлу даннаго имѣнія. Если же цессіонарій желаетъ быть внесеннымъ въ вотчинную книгу, то онъ долженъ представить въ вотчинное установленіе залоговой актъ съ засвидѣтельствованною надписью о цессіи. Вотчинное установленіе удостовѣряется въ правильности всѣхъ предшествовавшихъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу передачъ и затѣмъ только вноситъ соотвѣтствующую запись въ книгу. О подобномъ внесеніи должникъ ставится въ извѣстность такъ же, какъ и о всякой книжной цессіи [1]).

Въ связи съ этимъ, регулируется въ очень пространной ст. 96 положеніе наслѣдника вѣрителя по залогу: для совершенія цессіи онъ долженъ представить или постановленіе суда объ утвержденіи его въ правахъ наслѣдства, или утвержденное къ исполненію завѣщаніе, либо копію съ опредѣленія суда объ утвержденіи къ исполненію завѣщанія. На представленный наслѣдникомъ въ доказательство своихъ правъ документъ и должно быть указано какъ въ записи о книжной цессіи, такъ и въ цессіонной надписи на залоговомъ актѣ.

1) Ст. 88, 89, 92—95.

Проектъ, по поводу цессіи актоваго залога, говоритъ лишь о внесеніи записи въ вотчинную книгу или о совершеніи надписи на актѣ. О необходимости же передачи цессіонарію залогового акта онъ совершенно умалчиваетъ. Однако, въ своемъ мѣстѣ [1]) уже было указано на то, что тутъ имѣется на лицо только редакціонный недосмотръ. Передача акта необходима какъ въ виду самой сущности акта, такъ и по практическимъ соображеніямъ. И редакціонная комиссія, судя по сказанному ею въ Объясненіяхъ, ничуть не сомнѣвалась въ этой необходимости. Въ виду этого, слѣдуетъ сказать, что равно при книжной, какъ и при актовой цессіи актоваго залога требуется, наряду съ соблюденіемъ письменныхъ формальностей, еще и передача акта.

Всѣ, только что изложенныя нормы относятся въ равной мѣрѣ и къ закладу залогового права. Различіе заключается лишь въ томъ, что надпись о закладѣ должна содержать въ себѣ, кромѣ года, мѣсяца и числа и данныхъ о личности закладопринимателя, еще означеніе требованія, которое обезпечивается закладомъ, съ указаніемъ суммы требованія, срока и размѣра процентовъ [2]). А далѣе закладопринимать выдаетъ росписку о полученіи имъ залогового акта. Росписка эта свидѣтельствуется, смотря по обстоятельствамъ, или нотаріусомъ или хранителемъ вотчинныхъ книгъ [3]).

Излишне говорить, что противъ цѣлесообразности этихъ постановленій спорить не приходится.

Остается лишь отмѣтить и въ этомъ мѣстѣ [4]), что, согласно ст. 97, изложенныя нормы относятся исключительно

1) См. выше, § 72.
2) Ст. 90.
3) Ст. 91.
4) Ср. выше, §§ 64, 65.

къ залогу оборотному. Напротивъ, остальные виды ипотеки подлежатъ цессіи и закладу по нормамъ не вотчиннаго, а обязательственнаго права.

§ 75. Форма актовой цессіи.

Съ основными мыслями проекта, относящимися къ уступкѣ и закладу залогового права, можно вполнѣ согласиться. Въ частности, уже изъ сказаннаго въ предыдущемъ параграфѣ явствуетъ, что слѣдуетъ безусловно одобрить рѣшеніе составителей проекта допускать одинаково книжную и актовую цессію. Что касается притомъ первой изъ нихъ, то она поставлена въ проектѣ, безспорно, совершенно правильно.

Къ сожалѣнію, нельзя сказать того же самаго по отношенію къ цессіи актовой. Прежде всего, серьезныя сомнѣнія, равно съ точки зрѣнія теоретической и практической, вызываетъ установленная для нея форма.

Проектъ ВУ., какъ было изложено, требуетъ нотаріальнаго засвидѣтельствованія цессіи. Между тѣмъ, новѣйшія западныя законодательства не выставляютъ этого требованія или выставляютъ его въ другомъ смыслѣ. А именно, швейцарское уложеніе требуетъ для дѣйствительности цессіи только передачи акта, а при именномъ актѣ, кромѣ того, передаточной надписи съ указаніемъ имени пріобрѣтателя [1]). Нѣсколько иную точку зрѣнія занимаетъ германское уложеніе [2]). Оно требуетъ совершенія односторонняго письменнаго акта о цессіи, исходящаго отъ цедента, и передачи залогового акта. Но цессіонарій въ правѣ требовать отъ цедента публичнаго удостовѣренія цессіи. Таковое можетъ оказаться практически необходимымъ въ виду того, что должникъ въ правѣ отказать въ принятіи къ свѣдѣнію предъявляемыхъ ему цессіонаріемъ требованій, если послѣдній не внесенъ въ вотчинную книгу и не представитъ, на

1) ZGB. 869.
2) BGB. 1154 flg.

ряду съ ипотечнымъ актомъ, публично удостовѣреннаго акта о цессіи [1]).

Однако, съ принципіальной точки зрѣнія болѣе важно постановленіе [2]), по которому вѣритель, опирающійся на непрерывный рядъ публично удостовѣренныхъ актовъ о цессіи, ведущій до внесеннаго въ книгу вѣрителя, пользуется правами вѣрителя, внесеннаго въ книгу. Его право, слѣдовательно, обезпечено отъ всѣхъ возраженій, основывающихся на недостаткахъ одной изъ совершенныхъ прежде цессій, между тѣмъ какъ такія возраженія могутъ быть предъявлены, если цессія была совершена частнымъ образомъ. Въ виду именно этого и предоставляется должнику отказывать въ исполненіи цессіонарію, опирающемуся на частную лишь цессію.

Частная цессія, такимъ образомъ, вполнѣ дѣйствительна также и по германскому уложенію. Но она не имѣетъ той силы, каковою обладаетъ цессія, нотаріально удостовѣренная. Введеніе послѣдней объясняется, слѣдовательно, желаніемъ лучше обезпечить интересы цессіонарія. Но при этомъ, обороту предоставляется полная свобода выбора между обѣими формами цессіи и стороны должны рѣшать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, чѣмъ онѣ дорожатъ больше: легкостью совершенія сдѣлки или матеріальною обезпеченностью. Швейцарское уложеніе, напротивъ, ставитъ на первую очередь интересы оборота [3]) и отказывается, поэтому, отъ подобныхъ гарантій.

Во всякомъ случаѣ, ясно, что тѣ преграды, которыя могутъ получиться для оборота по германскому уложенію, имѣютъ опредѣленный смыслъ и оправдываются опредѣленными выгодами. Между тѣмъ, по нашему проекту, требующему безусловно нотаріальнаго удостовѣренія цессіи и тѣмъ

1) BGB. 1160.
2) BGB. 1155.
3) Ср. Erläuterungen III, S. 19.

самымъ ставящему тѣ же преграды собственною властью, внѣ зависимости отъ воли сторонъ, смыслъ ихъ остается неяснымъ.

Дѣло въ томъ, что проектъ не покрываетъ, подобно германскому уложенію, цессію, нотаріально удостовѣренную, публичною вѣрою книги. Все сводится, напротивъ, къ улучшенію, на общемъ основаніи, процессуальнаго положенія цессіонарія. Лишь внесеніе его въ книгу, на основаніи ст. 95, измѣняетъ положеніе дѣла въ его пользу, ибо только при условіи послѣдующаго внесенія вступаетъ въ силу постановленіе ст. 17, т. е. его право почитается безповоротнымъ. На это указываютъ и Объясненія [1]), говорящія, что цессіонарій можетъ пріобрѣсти, путемъ внесенія, всѣ связанныя съ этимъ выгоды. А послѣднія заключаются въ томъ, что, благодаря провѣркѣ, предпринимаемой вотчиннымъ установленіемъ, „недостатки, присущіе этимъ переходамъ, если бы таковые недостатки и оказались, не могутъ быть болѣе противопоставлены новому пріобрѣтателю“. Кромѣ того, впрочемъ, цессіонарій пріобрѣтаетъ, путемъ внесенія, право быть поставленнымъ официально въ извѣстность о судьбахъ недвижимости, въ частности, о внесеніи въ книгу отмѣтокъ, касающихся его права и записи объ обращеніи на имѣніе взысканія, а также о назначеніи публичной продажи [2]).

Однако, нельзя не указать, по этому поводу, на одно весьма важное обстоятельство. Оно заключается въ томъ, что, съ точки зрѣнія матеріальной правды, акты, совершаемые въ вотчинныхъ установленіяхъ, въ отношеніи достовѣрности и законности, никоимъ образомъ не представляютъ большихъ гарантій, чѣмъ акты, совершаемые у нотаріусовъ. Напротивъ, по формулировкѣ, съ одной стороны, проекта ВУ., съ другой

1) 1893 г. I, стр. 458, 1896 г. I, стр. 462.
2) Ср. ВУ. 242, ППВ. 18, 98.

— нотаріальнаго положенія, послѣдніе являются, пожалуй, даже болѣе надежными [1]). Дѣло въ томъ, что вотчинное установленіе, по ст. 192,2, обязано удостовѣряться лишь въ томъ, что „предположенная ко внесенію статья ... не заключаетъ въ себѣ чего либо явно противозаконнаго". Нотаріальное положеніе, напротивъ, въ ст. 90 и 167, возбраняетъ совершеніе актовъ, которые „воспрещены" закономъ. О „явной" же противозаконности здѣсь не говорится, въ виду чего нельзя не признать, что на нотаріусовъ возлагается обязанность скорѣе даже къ большей бдительности, чѣмъ на чиновъ вотчиннаго установленія. Дѣло, разумѣется, только въ оттѣнкѣ, но въ оттѣнкѣ очень важномъ. И если практика [2]), какъ слѣдуетъ ожидать, и не признаетъ наличности различія въ обязанностяхъ, возлагаемыхъ въ этомъ отношеніи на нотаріусовъ, съ одной стороны, на чиновъ вотчинныхъ установленій, съ другой, то всетаки гарантіи достовѣрности и законности актовъ оставались бы тѣми же, и о преимуществѣ вотчинныхъ актовъ ни въ коемъ случаѣ говорить не приходилось бы.

Но нельзя не поставить, кромѣ того, вопроса, въ чемъ фактически выразится провѣрка со стороны вотчиннаго установленія. Оно можетъ, очевидно, удостовѣриться лишь въ томъ, что всѣ цессіи дѣйствительно удостовѣрены нотаріусами. Провѣрять же ихъ закономѣрность оно не имѣетъ никакой возможности. Не можетъ же оно вызывать всѣхъ цедентовъ и требовать отъ нихъ представленія доказательствъ самоличности и дѣеспособности. Да это и не предусматривается проектомъ ВУ. Слѣдовательно, вся эта провѣрка сводится къ безсодержательной формальности.

Нѣтъ, такимъ образомъ, никакой причины считать цессію, внесенную впослѣдствіи въ книгу, болѣе достовѣрной,

1) На это указалъ, по другому поводу, уже Сарандо, Проектъ ВУ., Ж. М. Ю. 1900, I, стр. 100, 107 сл.

2) Основываясь, при этомъ, на ст. 292 ВУ.

чѣмъ цессію, совершенную у нотаріуса. А слѣдовательно, и нѣтъ основанія придавать ей большую силу [1]).

Въ результатѣ приходится поставить вопросъ, почему цессія, благодаря послѣдующему внесенію въ книгу, покрывается публичною вѣрою и почему въ публичной вѣрѣ отказано нотаріальной цессіи? Логично было бы только одно изъ двухъ: слѣдовало или признать публичную вѣру за нотаріальною цессіей, при чемъ внесеніе ея въ книгу все же оставалось бы желательнымъ для того, чтобы книга передавала точную картину правового положенія, между тѣмъ какъ для цессіонарія стимуломъ къ совершенію ея служило бы желаніе пріобрѣсти право на офиціальное увѣдомленіе о судьбахъ недвижимости, — или же слѣдовало допустить частную цессію, лишенную достовѣрности, по примѣру швейцарскаго и германскаго уложеній.

Въ самомъ дѣлѣ, какой смыслъ имѣетъ система, принятая проектомъ? Нотаріальное удостовѣреніе цессіи не придаетъ ей объективной силы. Оно лишь измѣняетъ въ пользу цессіонарія процессуальное положеніе, но за то затрудняетъ и удорожаетъ цессію. Между тѣмъ, едва ли можно утверждать, что въ задачи законодательства входитъ забота объ облегченіи процессуальнаго положенія отдѣльныхъ контрагентовъ, если оно можетъ быть достигнуто только посредствомъ возложенія на весь оборотъ тяжелаго бремени [2]). Совсѣмъ иное дѣло было бы, если бы нотаріально удостовѣренная цессія покрывалась публичной вѣрой. Тогда жертвы, хотя бы до извѣстной степени, вознаграждались бы большею стойкостью оборота. Но при данномъ положеніи дѣла слѣдовало предоставить отдѣльному цессіонарію рѣшеніе во-

1) Ср., по этому поводу, BGB. 1154,2, гдѣ внесеніе въ книгу актовой цессіи признается дѣйствіемъ лишь равноцѣннымъ совершенію надписи на актѣ.

2) Ср. BGB., Protokolle III, S. 650.

проса, желаетъ ли онъ улучшить свое положеніе цѣною нѣкоторой жертвы деньгами и временемъ.

Въ виду этого приходится спросить, какіе же мотивы побудили редакціонную комиссію принять такое нецѣлесообразное и нелогичное рѣшеніе.

При просмотрѣ матеріаловъ оказывается, однако, что такіе мотивы нигдѣ не приводятся. Напротивъ, большинство редакціонной комиссіи, а также большинство особой комиссіи, защищая противъ нападковъ меньшинства актовую цессію вообще, считаютъ нотаріальную ея форму чѣмъ то, не подлежащимъ спору. А имѣющіеся въ этомъ отношеніи два намека не выдерживаютъ критики.

Первый изъ этихъ намековъ встрѣчается въ Объясненіяхъ [1]). Тамъ упомянуто о томъ, что „возможность сомнѣній и вообще споровъ на счетъ того, внесена ли отмѣтка о погашеніи до или послѣ передачи, устраняется тѣмъ обстоятельствомъ, что проектъ не допускаетъ передачи залоговыхъ требованій на основаніи словесныхъ или домашнихъ сдѣлокъ, а обусловливаетъ совершеніе ея участіемъ вотчиннаго установленія или нотаріуса“.

Однако, Объясненія упускаютъ изъ вида одно весьма важное обстоятельство. Залоговое право переходитъ на цессіонарія, какъ было указано уже выше, не только на основаніи совершенія передаточной надписи. Требуется, кромѣ того, еще передача акта. А моментъ этой передачи можетъ, очевидно, не совпадать съ моментомъ совершенія надписи. И если это безразлично въ томъ случаѣ, когда отмѣтка, направленная противъ даннаго залогового права, была внесена въ книгу до совершенія надписи, то дѣло обстоитъ совершенно иначе, когда внесеніе совершилось въ промежутокъ времени между совершеніемъ надписи и передачей акта. Тогда возможность споровъ нисколько не устранена [2]).

1) 1896 г. I, стр. 467.
2) Ср. BGB. 1154 и 1117. См. Kober, Sachenrecht ad 1154, P. 1, 1.

Это обстоятельство упущено комиссіей изъ вида — вѣроятно, благодаря тому, что она просмотрѣла необходимость высказать особо, что для дѣйствительности цессіи требуется, кромѣ совершенія надписи, еще и передача акта.

Еще меньше вѣса имѣетъ аргументъ въ пользу нотаріальной цессіи, выставленный особою комиссіей [1]). Послѣдняя, именно, ссылается на возможность злоупотребленій при допущеніи частной цессіи. Въ чемъ они могутъ состоять, не указано, за однимъ исключеніемъ: возможно, что залоговой актъ перейдетъ къ лицамъ, „коимъ воспрещено по закону принятіе имѣній въ залогъ“. Это же соображеніе повторяется и въ Запискѣ [2]), при чемъ повторяется и утвержденіе особой комиссіи, что возможность такого злоупотребленія устраняется благодаря содѣйствію нотаріуса.

Однако, это основывается на недоразумѣніи. Проектъ ВУ. не содержитъ въ себѣ анахроническаго и не имѣющаго никакой связи съ существомъ современнаго залога правила ст. 1628 Зак. гражд., по которому принятіе въ залогъ недвижимаго имѣнія разрѣшается только тѣмъ, „коимъ дозволено по праву ихъ состоянія владѣть онымъ“. Правда, до сихъ поръ не обнародованъ проектъ вводнаго закона, которымъ устанавливалось бы соотношеніе между ВУ. и дополнительными къ нему законоположеніями, съ одной стороны, и X томомъ, ч. 1, съ другой. Но все же слѣдуетъ предполагать, что, со вступленіемъ въ силу ВУ., ст. 1628 будетъ отмѣнена — тѣмъ болѣе, что ст. 121,5 проекта ППВ. устраняетъ отъ участія въ торгѣ лица, „которымъ законъ воспрещаетъ пріобрѣтеніе продаваемаго имѣнія“, а ст. 167,1 предписываетъ начальнику вотчиннаго установленія „отказывать въ утвержденіи имѣнія за покупщикомъ (по публичной продажѣ), если обнаружится, что имѣніе куплено ли-

1) Ж. О. К., стр. 176.
2) Стр. 44.

цомъ, ... которому законъ воспрещаетъ пріобрѣтеніе продаваемаго имѣнія". Слѣдовательно, будущее наше право принимаетъ вполнѣ дѣйствительныя и цѣлесообразныя мѣры къ достиженію намѣченной цѣли. И поэтому нѣтъ ни малѣйшей причины признавать цессію залогового акта лицу, ограниченному въ своей правоспособности, злоупотребленіемъ, для избѣжанія котораго было бы необходимо нотаріальное удостовѣреніе цессіи.

Такимъ образомъ, комиссіи, выработавшія проектъ, не обосновываютъ принятаго ими рѣшенія. Вопросъ же о возможности допущенія частной цессіи, судя по матеріаламъ, даже не подвергался обсужденію. Быть можетъ, это объясняется тѣмъ, что первый проектъ германскаго уложенія, которымъ пользовались редакторы проекта 1893 г., признавалъ только нотаріальную цессію [1]). Но объясненіе не есть оправданіе, тѣмъ болѣе, что при составленіи проекта 1896 г. существовалъ уже второй германскій проектъ, признававшій частную цессію [2]), а особая комиссія имѣла предъ собой даже уложеніе въ окончательной формѣ, не говоря о проектѣ швейцарскаго уложенія.

Однако, на ряду съ примѣромъ германскаго проекта, дѣйствовалъ, по всей вѣроятности, еще одинъ моментъ: большинство комиссій видитъ въ бланковой цессіи залоговыхъ актовъ средство мобилизаціи недвижимости [3]), т. е. явленіе, признаваемое имъ безусловно нежелательнымъ [4]). Частная цессія, правда, далеко не есть бланковая. Но съ точки зрѣнія экономической, можно сказать, что она находится какъ бы на средней линіи между цессіей нотаріальной и бланковой: она значительно облегчаетъ совершеніе цессіи, и спо-

1) BGB., E. I § 1112.
2) BGB., E. II § 1061.
3) Ср. ниже, § 76.
4) Объ отношеніи авторовъ проекта къ проблемѣ мобилизаціи недвижимости см. ниже, §§ 93 сл.

собствуетъ, такимъ образомъ, болѣе быстрому обращенію залоговыхъ актовъ. А таковое считается большинствомъ комиссій „не необходимымъ", какъ сказано по другому поводу [1]). Весьма вѣроятно, что въ этомъ заключается опять таки опасеніе, какъ бы частная цессія не способствовала мобилизаціи недвижимости.

Между тѣмъ, такое опасеніе совершенно неосновательно. Допущеніе частной цессіи никоимъ образомъ не можетъ повліять въ смыслѣ усиленія мобилизаціи, или выражаясь болѣе точно, въ смыслѣ увеличенія задолженности, что, впрочемъ, признается косвенно самимъ большинствомъ особой комиссіи [2]). Частная цессія можетъ дѣйствовать только въ смыслѣ болѣе быстраго обращенія мобилизованной уже цѣнности. Этимъ, однако, землевладѣнію не причиняется никакого ущерба. Напротивъ, чѣмъ легче будетъ для вѣрителя реализовать свое требованіе, тѣмъ менѣе причинъ будетъ у него прибѣгать къ востребованію долга. Большая же дешевизна частной цессіи и болѣе удобное ея совершеніе могутъ оказать только благотворное вліяніе на условія земельнаго кредита. Что же касается аргументовъ, выставленныхъ мимоходомъ большинствомъ особой комиссіи [3]) и опровергаемыхъ ею же и относящихся къ возможности циркуляціи уже оплаченныхъ залоговыхъ актовъ, то они относятся въ равной мѣрѣ ко всякому роду внѣкнижной цессіи. Если эту опасность можно устранить при нотаріальной цессіи, то она не неизбѣжна и при цессіи частной. А вызывное производство необходимо какъ при одномъ, такъ и при другомъ порядкѣ.

Такимъ образомъ, остается одинъ лишь моментъ, въ которомъ можно было бы видѣть оправданіе требованія нотаріальнаго удостовѣренія цессіи. Редакціонная комиссія на

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 454, 1896 г. I, стр. 459.
2) Ж. О. К., стр. 177 сл.
3) Тамъ же.

него въ этомъ смыслѣ не указываетъ [1]), но пройти мимо него, тѣмъ не менѣе, невозможно.

Дѣло — въ значеніи предусмотрѣннаго въ ст. 92 офиціальнаго увѣдомленія должника и вотчиннаго установленія о совершившейся цессіи. Таковое, разумѣется, при частной цессіи невозможно. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ сказать, что цѣнность этого увѣдомленія, по крайней мѣрѣ, сомнительна. А именно, увѣдомленіе вотчиннаго установленія совершенно излишне, такъ какъ оно не имѣетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій [2]) и только удорожаетъ производство. Оно можетъ, слѣдовательно, совершенно отпасть безъ всякаго вреда для дѣла. Что же касается увѣдомленія должника, то оно могло бы быть предоставлено сторонамъ тѣмъ болѣе, что оно дѣлается въ интересахъ цессіонарія [3]). Если же отнести къ частной цессіи высказанное въ матеріалахъ по другому поводу опасеніе о томъ, что должникъ потерпитъ неудобства вслѣдствіе неизвѣстности кредитора [4]), то и за нимъ едва ли можно признать значеніе. Вѣдь новый вѣритель, какъ уже было указано, самъ заинтересованъ въ томъ, чтобы должникъ былъ поставленъ въ извѣстность о цессіи. Въ тѣхъ же исключительныхъ случаяхъ, въ которыхъ цессіонарій пожелаетъ скрыть по какимъ либо соображеніямъ совершившуюся цессію, въ распоряженіи должника имѣется нѣсколько средствъ защиты. Если цедентъ, который, вслѣдствіе неувѣдомленія о цессіи, является для него настоящимъ вѣрителемъ, уклонится отъ принятія платежа, то онъ по дѣйствующему праву можетъ внести сумму въ судъ, по праву же проекта ГУ. наступаетъ просрочка

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 460 сл., 1896 г. I, стр. 463 сл.

2) Ср. ВУ. 92,2. — Увѣдомленіе имѣло бы смыслъ, если бы оно служило основаніемъ для внесенія цессіи въ книгу. Но ни такое послѣдствіе, ни какое либо другое проектомъ не предвидится. Ср. также Св. Зам., №№ 211, 212.

3) Ср. проектъ ГУ. 1907 г., ст. 1684, проектъ V кн. ГУ. 1913 г., ст. 158.

4) Объясн. 1893 г. I, стр. 447, 1896 г. I, стр. 463, Записка, стр. 44.

вѣрителя со всѣми невыгодными для него послѣдствіями [1]). Если же срокъ обязательству наступилъ, то онъ можетъ воспользоваться предоставленною ему ст. 205 сл. проекта ВУ. возможностью прибѣгнуть къ вызывному производству. Его интересы, слѣдовательно, никоимъ образомъ не могутъ пострадать отъ неизвѣстности вѣрителя. А возможныя все-таки фактическія неудобства не могутъ быть признаны столь серьезными, чтобы изъ за нихъ слѣдовало тормозить весь оборотъ.

Впрочемъ, необходимо указать хотя бы мимоходомъ на то, что даже при сохраненіи исключительно нотаріальной цессіи, нѣтъ причины настаивать на увѣдомленіи должника нотаріусомъ, такъ какъ это лишь удорожаетъ производство, не говоря уже о совершенно ненужномъ увѣдомленіи вотчиннаго установленія. Если стороны сочтутъ такое увѣдомленіе необходимымъ, то онѣ, разумѣется, могутъ принять соотвѣтствующія мѣры. Но это должно быть предоставлено ихъ волѣ.

Итакъ, нормировка актовой цессіи должна быть признана неудовлетворительной. Если же поставить вопросъ, что должно поступить на ея мѣсто, то, повидимому, наиболѣе правильный отвѣтъ сведется къ тому, что рѣшеніе проблемы должно быть предоставлено самому обороту. Другими словами, въ этомъ отношеніи придется реципировать систему германскаго уложенія. Тогда частная цессія будетъ вполнѣ дѣйствительна, но должнику будетъ предоставлено право требовать представленія нотаріально удостовѣреннаго акта о цессіи. Притомъ, цессіонарій, опирающійся на не-

1) Ср. Зак. гражд., ст. 2055 (ст. 1651, при вступленіи въ силу ВУ., вѣроятно, будетъ отмѣнена, но тогда у должника будетъ возможность сослаться на личное обязательство), Проектъ ГУ. 1907 г., ст. 1673 сл., проектъ V кн. ГУ. 1913 г., ст. 147 сл. Можно было бы, впрочемъ, воспользоваться также примѣромъ ст. 823 швейцарскаго уложенія и ввести институтъ попечителя отсутствующаго вѣрителя. Но весь вопросъ едва ли имѣетъ большое практическое значеніе.

прерывный рядъ цессіонныхъ актовъ, восходящихъ до внесеннаго въ книгу вѣрителя, будетъ пользоваться тѣми же правами, какъ вѣритель, внесенный въ вотчинную книгу. Онъ будетъ, слѣдовательно, огражденъ отъ послѣдствій, вытекающихъ изъ недостатковъ, которыми можетъ страдать одна изъ цессій. Правда, это обезпеченіе будетъ не безусловнымъ, благодаря установленной ст. 18,3 отмѣнѣ безповоротности до истеченія двухъ лѣтъ въ случаѣ, если право одного изъ лицъ, обладавшихъ залоговымъ актомъ, было пріобрѣтено посредствомъ подлога или принужденія [1]). Но все же слѣдуетъ предполагать, что оборотъ станетъ пользоваться нотаріальнымъ удостовѣреніемъ цессіи благодаря этой, хотя бы и несовершенной обезпеченности, и что онъ будетъ пренебрегать изъ за нея вызванными участіемъ въ сдѣлкѣ нотаріуса дороговизной и сложностью.

Столь же мыслимо, однако, что оборотъ предпочтетъ частную цессію, при чемъ немалую роль сыграетъ, безъ сомнѣнія, фактъ извѣстной замкнутости круга причастныхъ къ поземельному кредиту лицъ [2]). При дѣйствіи ст. 18,3, рискъ, вытекающій для должника изъ уплаты по залоговому акту, уступленному частнымъ образомъ, будетъ даже не очень многимъ больше того, которому онъ подвергается при уплатѣ лицу, опирающемуся на цессію нотаріальную. Ибо можно предполагать, что недостатки цессіи, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, будутъ состоять именно въ томъ, что залоговой актъ будетъ снабженъ подложной передаточной надписью лицомъ, получившимъ его на какомъ либо основаніи отъ вѣрителя. Слѣдовательно, положеніе платящаго должника и пріобрѣтающаго цессіонарія при частной цессіи будетъ отличаться практически не очень многимъ отъ ихъ положенія при цессіи, нотаріально удостовѣренной. Поэтому

1) Ср. выше, т. I, § 21.
2) Ср. выше, стр. 139, прим. 1.

весьма вѣроятно, что, при сохраненіи ст. 18,3, оборотъ выскажется за частную цессію.

Законодательство же, во всякомъ случаѣ, не имѣетъ причины противиться такому развитію оборота. Всѣ приведенные редакціонной комиссіей аргументы въ пользу допущенія исключительно нотаріальной цессіи оказываются несостоятельными. Въ особенности несостоятельно опасеніе, что слишкомъ быстрый оборотъ актовъ будетъ способствовать мобилизаціи недвижимости. Все дѣло заключается, какъ было уже указано, лишь въ облегченіи и ускореніи обращенія мобилизованной цѣнности. Эти же явленія не могутъ принести никакого вреда. Они, напротивъ, только увеличатъ предложеніе землевладѣнію капитала и тѣмъ облегчатъ условія кредита. А такой результатъ, разумѣется, только желателенъ.

Итакъ, вопросъ о предпочтительности для нашего проекта германской или швейцарской формы цессіи долженъ быть разрѣшенъ въ пользу первой изъ нихъ. Мотивомъ служитъ, при этомъ, желаніе предоставить обороту избраніе наиболѣе подходящаго пути. Швейцарская же система являлась бы, въ противоположномъ направленіи, такою же крайностью, какъ система, предложенная нашимъ проектомъ. Она можетъ быть для Швейцаріи вполнѣ цѣлесообразной — тамъ залоговые акты различныхъ типовъ находятся въ обращеніи уже въ теченіе продолжительнаго времени. И если редакторы уложенія остановились исключительно на частной цессіи, то они руководились при этомъ, повидимому, указаніями опыта. Но у насъ такового еще нѣтъ. Вполнѣ возможно, что населеніе будетъ больше дорожить стойкостью оборота, чѣмъ быстротой и удобствомъ его, — хотя, правда, первая могла бы быть достигнута въ гораздо большей мѣрѣ, если бы постановленіе ст. 18,3 было отмѣнено. Но во всякомъ случаѣ, нѣтъ для законодательства причинъ втискивать оборотъ въ одно опредѣленное русло.

§ 76. Бланковая цессія и акты на предъявителя.

Въ связи съ вопросомъ о формѣ цессіи слѣдуетъ затронуть другой, смежный съ нимъ вопросъ. Это — вопросъ о допустимости такъ наз. бланковой цессіи актоваго залога, совершаемой безъ указанія въ надписи цессіонарія. Подобная форма цессіи [1]) возбраняется ст. 89,2 проекта.

Объясненія [2]) мотивируютъ это постановленіе указаніемъ на то, что послѣдствіемъ допущенія бланковой цессіи можетъ быть ухудшеніе положенія должника, такъ какъ актъ можетъ очутиться въ рукахъ неизвѣстнаго кредитора. А Журналъ Особой Комиссіи [3]) и, вслѣдъ за нимъ, Записка [4]) утверждаютъ, что бланковая цессія залогового акта не должна допускаться, такъ какъ она способствуетъ мобилизаціи недвижимости.

Прежде всего необходимо замѣтить, что эта послѣдняя мысль покоится на недоразумѣніи. Бланковая цессія способствуетъ только быстрому обращенію мобилизованной уже цѣнности недвижимости. Она, слѣдовательно, съ точки зрѣнія землевладѣнія, дѣйствуетъ лишь благотворно. А что касается аргументаціи редакціонной комиссіи, то она опровергается тѣми же доводами, которые были выставлены выше, въ предыдущемъ параграфѣ, по вопросу о необходимости нотаріальнаго извѣщенія должника о совершившейся цессіи.

Но, несмотря на неубѣдительность доводовъ, выставленныхъ составителями проекта противъ бланковой цессіи, слѣ-

1) Въ принципѣ мыслимъ также и бланковый закладъ актоваго залога. Между тѣмъ, ст. 89,2 о немъ не упоминаетъ. Тѣмъ не менѣе, его недопустимость находится внѣ сомнѣній. Въ этомъ отношеніи достаточно одного предписанія ст. 90, согласно которой надпись о закладѣ должна заключать въ себѣ, между прочимъ, точныя данныя о личности закладопринимателя. Впрочемъ, такъ какъ ст. 89,1 предъявляетъ то же требованіе для уступки, то, въ сущности, ст. 89,2 могла бы отпасть безъ вреда.

2) 1893 г. I, стр. 447, 1896 г. I, стр. 463.

3) Ж. О. К., стр. 180.

4) Стр. 3.

дуетъ сказать, что допущеніе ея являлось бы нежелательнымъ. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно обратить вниманіе на тѣ вопросы, которые обсуждались по этому поводу въ редакціонной комиссіи по составленію германскаго уложенія [1]).

Меньшинство второй комиссіи предложило допустить бланковую цессію, ссылаясь, при этомъ, на значительныя практическія выгоды института какъ для должника, такъ и для вѣрителя [2]). Однако, при обсужденіи юридической природы бланковой цессіи, мнѣнія представителей меньшинства разошлись. Одни утверждали, что передача уступленнаго in blanco акта является лишь полномочіемъ на совершеніе цессіи, которое осуществляется посредствомъ внесенія имени послѣдняго цессіонарія. Благодаря этому, признаютъ, что послѣдній цессіонарій пріобрѣлъ залоговой актъ непосредственно отъ должника. По другому мнѣнію, напротивъ, совершается цѣлый рядъ цессій, ведущій отъ должника къ послѣднему цессіонарію.

Однако, тутъ же, въ комиссіи, было указано, что въ послѣднемъ случаѣ всѣ возраженія противъ предыдущихъ цессіонаріевъ могутъ быть предъявлены противъ послѣдняго изъ нихъ и что, вслѣдствіе этого, его правовое положеніе будетъ весьма шаткимъ. Если же будетъ признано, что добросовѣстный цессіонарій не подверженъ возраженіямъ, то практически создается возможность обхода постановленій объ изданіи бумагъ на предъявителя. И тотъ же самый аргументъ долженъ быть выставленъ по отношенію къ первой изъ

1) BGB. Protokolle III, S. 651 flg.

2) Интересно, что въ средѣ комиссіи, въ противоположность высказанному нашею комиссіей мнѣнію, указывалось на то, что бланковая цессія значительно облегчаетъ положеніе должника: въ случаѣ востребованія со стороны вѣрителя, ему весьма нетрудно найти новаго вѣрителя, если прежній соглашается уступить залоговой актъ in blanco. Кромѣ того, облегчается и закладъ акта. Бланковая цессія, такимъ образомъ, прямо противодѣйствуетъ мобилизаціи недвижимости и увеличенію ея задолженности. — Въ другомъ мѣстѣ, правда (Prot. III, S. 719), бланковая цессія называется орудіемъ мобилизаціи, но безъ всякой мотивировки.

двухъ изложенныхъ конструкцій. Впрочемъ, на ряду съ этимъ было высказано еще нѣсколько второстепенныхъ соображеній противъ бланковой цессіи, и въ результатѣ она была отклонена [1]).

Эти аргументы, безспорно, для нашего права имѣютъ такое же значеніе, какъ для права германскаго. Слѣдовательно, необходимо согласиться съ отрицательнымъ рѣшеніемъ и нашей редакціонной комиссіи. Но нельзя не подчеркнуть еще разъ, что оно не имѣетъ ничего общаго ни съ защитой интересовъ должника, ни съ борьбой противъ мобилизаціи недвижимости. Дѣло, напротивъ, въ огражденіи интересовъ третьихъ пріобрѣтателей залоговыхъ актовъ, другими словами, кредитующей публики. Интересы же землевладѣльцевъ затрагиваются только косвенно, и притомъ настолько, на сколько они находятся въ зависимости отъ обезпеченности вѣрителей [2]).

1) Дернбургъ, полагая, что это рѣшеніе не нашло выраженія въ самомъ законѣ, не считаетъ его обязательнымъ и заступается еще въ 4 изданіи своего Sachenrecht, S. 771 flg. — ср. 3 изданіе, S. 723 flg., но см. также Bürgerliches Recht II, 1, S. 303 flg. — за допустимость бланковой цессіи, несмотря на послѣдовавшее съ тѣхъ поръ рѣшеніе имперскаго суда, томъ 63, № 57, въ которомъ, между прочимъ, указывается совершенно правильно на то, что BGB. 1154 предполагаетъ цессію опредѣленному цессіонарію. Это рѣшеніе, впрочемъ, относится къ бланковой цессіи не ипотеки, а вотчиннаго долга, которая также отклоняется, Prot. III, S. 713 flg., ср. Motive III, S. 783 flg. Дернбургъ называетъ результатъ этого рѣшенія „враждебнымъ обороту".

2) Въ связи съ этимъ слѣдуетъ упомянуть о томъ, что въ Прибалтійскомъ краѣ бланковая цессія примѣняется въ широкомъ объемѣ. И хотя этотъ институтъ въ общемъ весьма цѣнится и считается вполнѣ соотвѣтствующимъ интересамъ землевладѣнія, то всетаки нельзя отрицать, что онъ и здѣсь долженъ вызвать нѣкоторыя сомнѣнія. Бланковая цессія, именно, конструируется какъ цессія непосредственно послѣднему цессіонарію. Вслѣдствіе этого, не могутъ быть предъявлены возраженія, основывающіяся на правоотношеніяхъ между должникомъ и промежуточными владѣльцами акта. Но все же должникъ сохраняетъ право предъявлять возраженія, имѣющіяся противъ перваго вѣрителя. Ср. Буковскій, Гражданскіе законы губерній Прибалтійскихъ, ст. 3480 и 3473. Подтвердившее такое воззрѣніе кассаціонное рѣшеніе послѣдовало еще въ 1912 г., за № 120. Такимъ образомъ, съ одной стороны, положеніе цессіонарія нѣсколько шаткое, съ другой, всетаки создается цѣнная бумага, которая практически не слишкомъ отличается отъ бумаги на предъявителя. Если, тѣмъ не менѣе, по воззрѣніямъ, господствующимъ въ оборотѣ, выгоды этого института перевѣшиваютъ его отрицательныя стороны, то это объясняется, въ значительной степени, сравнительною замкнутостью причастнаго къ вотчинному обороту круга лицъ и царящею въ ихъ средѣ дисциплиной.

То же самое выступаетъ съ еще большею яркостью по другому вопросу, находящемуся въ тѣсной связи съ проблемой бланковой цессіи.

Дѣло въ томъ, что проектъ не признаетъ залоговыхъ актовъ на предъявителя. Правда, прямого воспрещенія выпуска таковыхъ въ проектѣ не имѣется. Но всѣ нормы, касающіяся актовъ, явно разсчитаны на акты именные [1]). Между тѣмъ, въ матеріалахъ къ проекту нѣтъ сколько нибудь удовлетворительной мотивировки такого отношенія къ этому вопросу. Объясненія [2]) лишь мимоходомъ упоминаютъ объ актахъ на предъявителя и глухо, да и то въ связи съ вопросомъ о бланковой цессіи, говорятъ о возможности злоупотребленій. А Журналъ Особой Комиссіи [3]) отрицаетъ желательность актовъ на предъявителя, объявляя ихъ орудіемъ мобилизаціи недвижимости и сопоставляя ихъ, по этому поводу, съ вотчиннымъ долгомъ. Записка [4]) же министра слѣдуетъ этому примѣру и среди мѣръ противъ мобилизаціи недвижимости называетъ также и воспрещеніе выдачи залоговыхъ актовъ на предъявителя.

Между тѣмъ, здѣсь слѣдуетъ указать, прежде всего, на то, что составители проекта не имѣли вовсе возможности ввести въ ВУ. этотъ институтъ. Отклоненіе его являлось прямымъ и неизбѣжнымъ послѣдствіемъ того характера, который былъ приданъ залоговому акту. Лишенный по намѣреніямъ редакціонной комиссіи самостоятельнаго значенія и поста-

1) Ср. выше, § 72.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 447, 1896 г. I, стр. 463.

3) Стр. 180.

4) Стр. 44.

вленный въ строгую зависимость отъ вотчинной книги, актъ никоимъ образомъ не могъ бы быть бумагой на предъявителя. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно вспомнить о постановленіи ст. 107 проекта. Противоположное же рѣшеніе комиссіи являлось бы непростительнымъ промахомъ. И уже въ виду одного этого, недопущеніе залоговыхъ актовъ на предъявителя не можетъ считаться особой мѣрой противъ какого бы то ни было явленія.

Редакціонная комиссія, при такихъ условіяхъ, поступила вполнѣ правильно, вовсе не поднимая вопроса о возможности признанія залогового акта на предъявителя. А упоминаніе о немъ Записки слѣдуетъ считать или недоразумѣніемъ, или же тактическимъ ходомъ, разсчитаннымъ на неосвѣдомленность въ юридическихъ вопросахъ членовъ законодательныхъ палатъ, для которыхъ назначена Записка.

Впрочемъ, даже если бы нашъ залоговой актъ при окончательной редакціи проекта получилъ иной характеръ, то все же допущеніе выправки его на предъявителя оставалось бы нежелательнымъ. Противъ этого говорилъ бы цѣлый рядъ мотивовъ.

Прежде всего, съ юридической точки зрѣнія, слѣдуетъ указать на то, что залоговой актъ и бумага на предъявителя по своей юридической природѣ слишкомъ разнятся другъ отъ друга, чтобы допустить ихъ сліяніе. Залоговому акту, безъ измѣненія его характера, не можетъ быть сообщена та чисто формальная сила, въ которой нуждается бумага на предъявителя. Уже одна возможность возникновенія возраженій и противъ ипотеки, и противъ обязательственнаго требованія дѣлаетъ залоговой актъ непригоднымъ для роли бумаги на предъявителя, даже если акту будетъ придана публичная вѣра. Напротивъ, допустимымъ являлся бы, съ юридической точки зрѣнія, актъ на предъявителя по вотчинному долгу.

Но предположимъ, что удалось бы найти также и для

залогового акта конструкцію, благодаря которой отпали бы всѣ юридическія затрудненія. Однако, тогда, какъ по отношенію къ нему, такъ и къ акту по вотчинному долгу, выступаютъ на первый планъ аргументы народно-хозяйственные, за которыми нельзя не признать полной убѣдительности, хотя они, кстати сказать, ничего общаго не имѣютъ съ проблемой мобилизаціи недвижимости. Они принимаются, притомъ, во вниманіе какъ редакціонными комиссіями по составленію BGB., такъ и нашею редакціонною комиссіей по составленію ГУ. Но они излагаются не по поводу залогового акта на предъявителя, а при нормировкѣ ex professo института бумагъ на предъявителя. Именно, въ Объясненіяхъ къ кн. V ГУ. сказано слѣдующее [1]):

„Если бы частнымъ лицамъ была предоставлена полная свобода выдачи безыменныхъ денежныхъ знаковъ, то число ихъ скоро превысило бы потребность денежнаго обращенія и повело бы къ обезцѣненію всѣхъ вообще денежныхъ бумагъ, что, въ виду существующей у насъ системы государственнаго кредита, могло бы причинить серьезныя затрудненія и большіе убытки, и не только государственному, но и частному хозяйству.

Кромѣ того, чтобы произвести правильную оцѣнку той или другой бумаги, нужно основательное знакомство съ финансовыми операціями, съ условіями денежнаго рынка и обращенія, а подобнымъ знакомствомъ масса публики, ищущая помѣщенія для своихъ сбереженій, не обладаетъ. Очевидно, что для огражденія публики отъ риска и обмана, право выпуска безыменныхъ денежныхъ бумагъ должно быть разрѣшаемо съ большою разборчивостью, что можетъ быть наилучшимъ образомъ исполнено лишь правительствомъ“.

Въ виду этого и было постановлено, что выдача бумагъ

1) Объясненія 1899 г., кн. V, т. 3, стр. 276 сл. Ср. проектъ ГУ. 1905 г., ст. 2120, ср. проектъ V кн. ГУ. 1913 г., ст. 665. Ср. также BGB. 795, Motive II, S. 718 flg., Protokolle II, S. 557 flg.

на предъявителя допускается лишь съ разрѣшенія правительства.

Правильность этого рѣшенія едва ли можетъ быть оспорена. А что касается мотивировки, данной редакціонною комиссіей, то она показываетъ полную несостоятельность выраженной въ Журналѣ Особой Комиссіи и въ Запискѣ мысли. Дѣло идетъ здѣсь вовсе не о борьбѣ съ мобилизаціей недвижимости, а о защитѣ интересовъ государственнаго кредита и широкой публики. Очень мало общаго она имѣетъ и съ тѣми мало опредѣленными опасеніями злоупотребленій, на которыя намекаетъ редакціонная комиссія. И во всякомъ случаѣ слѣдуетъ сказать, что, если выпускъ бумагъ на предъявителя вообще долженъ быть поставленъ въ зависимость отъ разрѣшенія государства, то выпускъ залоговыхъ актовъ на предъявителя является совершенно недопустимымъ въ виду того, что по отношенію къ должнику-землевладѣльцу практически немыслимъ тотъ контроль, который проводится по отношенію къ предпріятіямъ, пользующимся правомъ выпуска безыменныхъ бумагъ. Иначе обстоитъ дѣло только по отношенію къ юридическимъ лицамъ, желающимъ использовать свое землевладѣніе въ цѣляхъ кредита. Имъ могло бы быть дано разрѣшеніе на выпускъ залоговыхъ актовъ на предъявителя, если бы только была найдена конструкція залогового акта, необходимая для того. Но пока ея нѣтъ, ихъ потребности въ этомъ отношеніи могутъ быть удовлетворены только посредствомъ цѣлесообразнаго расширенія понятія обезпечительной ипотеки [1]).

Но, какъ бы то ни было, въ результатѣ, во всякомъ случаѣ, приходится сказать, что по праву проекта ВУ. допущеніе залоговыхъ актовъ на предъявителя является, дѣйствительно, невозможнымъ съ юридической и нежелательнымъ съ народно-хозяйственной точки зрѣнія.

1) Ср. выше, §§ 65, 68.

Впрочемъ, въ подкрѣпленіе сказаннаго можно указать еще и на то, что германское уложеніе допускаетъ лишь акты по вотчинному долгу на предъявителя [1]), чтó, однако, не имѣетъ практическаго значенія для частныхъ землевладѣльцевъ въ виду необходимости испрошенія правительственнаго разрѣшенія. Ипотечный актъ на предъявителя, напротивъ, не допускается. Это мотивируется [2]) утвержденіемъ, что такимъ путемъ создались бы слишкомъ сложныя правоотношенія и что оборотъ не нуждается въ подобной бумагѣ. Взамѣнъ того, германское уложеніе признало возможность обезпечить бумаги на предъявителя обезпечительной ипотекой [3]). При этомъ имѣются въ виду бумаги, изданныя юридическими лицами въ опредѣленной суммѣ. Желанная цѣль достигается вполнѣ, такъ какъ публика имѣетъ дѣло съ настоящей бумагой на предъявителя, обезпеченной ипотекой, судьбы которой находятся въ строгой зависимости отъ судебъ требованія.

Швейцарское уложеніе поступило иначе. Оно допустило ипотеку на предъявителя [4]), мотивируя [5]) свое рѣшеніе тѣмъ, что воспрещеніе повело бы къ обходу закона путемъ обозначенія на актѣ фиктивнаго вѣрителя. Указывается также и на то, что опытъ нѣкоторыхъ кантоновъ оправдалъ этотъ институтъ. Важную роль играетъ при этомъ еще другой моментъ: швейцарское право не требуетъ вообще разрѣшенія государства для выпуска бумагъ на предъявителя [6]). Но если и предположить, что свободный выпускъ безыменныхъ бумагъ не оказывается вреднымъ въ Швейцаріи, благодаря царящимъ въ ней осо-

1) BGB. 1911, 795.
2) Motive III, S. 635 flg.
3) BGB. 1187 flg., Protokolle III, S. 667 flg.
4) ZGB. 859.
5) Erläuterungen III, S. 280 flg.
6) Obl.-R., 846 flg.

бымъ условіямъ народно-хозяйственной жизни, что, далѣе, выпускъ Gültbriefe на предъявителя не представляетъ опасности для кредитующей публики въ виду своеобразной государственной гарантіи, которою они пользуются на основаніи ст. 848 и 849 ZGB., то все же слѣдуетъ сказать, что допущеніе выдачи Schuldbriefe на предъявителя не можетъ не вызвать затрудненій. Правда, благодаря формализаціи залогового акта по швейцарскому уложенію и снабженію его публичной вѣрой, выдача безыменныхъ актовъ не является невозможной, въ противоположность праву германскаго уложенія и праву нашего проекта. Но, тѣмъ не менѣе, одинъ фактъ возможности сохраненія возраженій, путемъ внесенія ихъ одновременно въ вотчинную книгу и въ актъ, дѣлаетъ послѣдній непригоднымъ для обращенія въ качествѣ бумаги на предъявителя.

Швейцарской практикѣ удастся, можетъ быть, справиться съ затрудненіями, возникающими отсюда. Но нормировка, полученная этимъ вопросомъ въ швейцарскомъ уложеніи, ни въ коемъ случаѣ не можетъ служить примѣромъ для другихъ законодательствъ, а въ частности — для русскаго.

§ 77. Частные вопросы.

Въ связи съ общей нормировкой уступки и заклада залогового права возникаетъ рядъ частныхъ вопросовъ, нуждающихся въ краткомъ разсмотрѣніи.

Наибольшимъ практическимъ значеніемъ среди нихъ обладаетъ вопросъ о допустимости дробленія уступаемаго обязательственнаго требованія и вытекающаго отсюда дробленія залогового права.

Вопросъ этотъ возникъ въ редакціонной комиссіи уже при обсужденіи проекта 1893. При этомъ, мнѣнія членовъ комиссіи раздѣлились. Меньшинство указывало [1]) на то,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 455 сл.

что дробленіе залоговыхъ требованій должно быть принципіально допущено, насколько требованіе по своей природѣ поддается дробленію. Однако, дробленіе актоваго залога представляетъ извѣстныя затрудненія, и здѣсь создается сравнительно большая вѣроятность ошибокъ. Вслѣдствіе этого, меньшинство комиссіи предлагало допустить дробленіе книжнаго залога, а воспретить дробленіе актоваго. Большинство же старалось доказать [1]), что дробленіе акта приводитъ къ практическимъ неудобствамъ — что совпадаетъ съ мнѣніемъ меньшинства. О дробленіи же книжнаго залога большинство вовсе не высказалось. Въ результатѣ получилось, очевидно, какое то недоразумѣніе, и было рѣшено вовсе не допускать дробленія обезпеченныхъ залогомъ требованій [2]).

При вторичномъ разсмотрѣніи проекта въ 1896 г. указанное недоразумѣніе было, очевидно, замѣчено: Объясненія [3]), въ качествѣ единогласнаго мнѣнія комиссіи, передаютъ аргументацію меньшинства комиссіи 1893 г., и ст. 95 проекта допускаетъ уже дробленіе книжнаго залога, относясь, однако, по прежнему, отрицательно къ дробленію актоваго залога. Но и такое рѣшеніе вопроса вызвало возраженія: министръ юстиціи въ своемъ отзывѣ [4]) указываетъ на то,

1) тамъ же, стр. 458.

2) Проектъ 1893 г., ст. 83,2. Противъ этого рѣшенія комиссіи высказались гг. Тарасовъ и Соболевъ, считая дробимость залоговыхъ требованій практической необходимостью — Св. Зам., №№ 197, 198. Г. Труфановъ же — № 199, предложилъ допустить дробленіе при книжной цессіи, каковое предложеніе и было принято въ проектѣ 1896 г. Еще энергичнѣе отстаивали дробимость залоговыхъ требованій, съ одной стороны, гг. Фуксъ, Тютрюмовъ и Шкляревскій — № 196, съ другой — г. Свенцицкій — № 196,1. Однако, и они заступаются, въ результатѣ, за дробимость только книжнаго залога и, признавая дробленіе залогового акта неудобнымъ, выводятъ отсюда лишній аргументъ противъ допущенія актовой цессіи вообще. Ср. также Св. Зам., № 73 (стр. 87) и Милевскій, Нѣсколько замѣчаній на проектъ ВУ., Ж. М. Ю., 1896, 2, стр. 204.

3) I, стр. 460 сл.

4) Стр. 7 сл.

что формальныя соображенія, выставленныя комиссіей противъ дробленія акта, не выдерживаютъ критики, что германское право, а равно мѣстное право Прибалтійскихъ губерній признаютъ дробленіе актоваго залога и что оно предполагалось также и въ проектѣ Министра Юстиціи 1874 г. и въ Главныхъ Основаніяхъ 1881 г. Но эти доводы не были признаны убѣдительными особою комиссіей, хотя она и не нашла противъ нихъ новыхъ аргументовъ, а ограничилась, въ сущности, повтореніемъ сказаннаго въ Объясненіяхъ 1896 г.[1]). Въ результатѣ, проектъ ВУ., внесенный въ Государственную Думу, сталъ на ту же почву[2]) и постановляетъ въ ст. 86, что дробленіе залогового требованія допустимо, если не выдано акта.

Такой результатъ не можетъ быть признанъ удовлетворительнымъ. Стоитъ представить себѣ положеніе кредитора, вынужденнаго реализовать только часть своего требованія. По постановленіямъ проекта, онъ долженъ или прибѣгнуть къ превращенію актоваго залога въ книжный[3]), что сопряжено, очевидно, съ значительными неудобствами, или же онъ долженъ добиться отъ должника частичнаго исполненія требованія. Весьма вѣроятно, что вѣритель, въ большинствѣ случаевъ, предпочтетъ послѣднее. Ясно, что такой выходъ менѣе всего отвѣчаетъ интересамъ землевладѣнія. Слѣдуетъ прибавить, что аналогичное положеніе создается въ случаѣ смерти кредитора, при наличности нѣсколькихъ наслѣдниковъ.

Въ виду этого едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что практическія неудобства принятаго проектомъ рѣшенія больше неудобствъ дробленія акта. Вслѣдствіе этого новѣй-

1) Ж. О. К., стр. 183 сл.

2) Министръ юстиціи одобрилъ предположенія особой комиссіи и тѣмъ самымъ молчаливо отказался отъ выставленныхъ въ отзывѣ возраженій. Ср., по этому поводу, сказанное выше, т. I, стр. 59.

3) Ст. ВУ. 61.

шія иностранныя законодательства и допустили такое дробленіе[1]). Въ частности, германскій уставъ о вотчинныхъ книгахъ даетъ, при этомъ, весьма простыя указанія на способъ составленія частичнаго залогового акта, которыя наглядно показываютъ, что нужна довольно большая доза нерадѣнія со стороны всѣхъ причастныхъ лицъ для наступленія тѣхъ послѣдствій, которыхъ опасается наша редакціонная комиссія. Въ самомъ дѣлѣ, все сводится къ составленію вотчиннымъ установленіемъ или нотаріусомъ документа, носящаго названіе частичнаго залогового акта, содержащаго копію главнаго акта и обозначеніе суммы, къ которой онъ относится, и снабженнаго, наконецъ, надлежащими подписью и печатью. Кромѣ того, фактъ составленія частичнаго залогового акта долженъ быть, разумѣется, отмѣченъ на главномъ актѣ.

Въ матеріалахъ къ германскому уложенію указывается, впрочемъ, особенно на то, что дробленіе акта не должно быть поставлено въ зависимость отъ согласія должника. Его положеніе, правда, съ практической точки зрѣнія нѣсколько ухудшается. Но потребности жизни не позволяютъ обращать на это вниманіе[2]).

Несомнѣнный интересъ представляетъ, затѣмъ, вопросъ о понудительной уступкѣ залогового права на основаніи судебнаго рѣшенія, а также о понудительномъ его закладѣ.

Казалось бы, что допустимость подобнаго института, съ юридической точки зрѣнія, и желательность его, съ экономической, не могутъ подлежать сомнѣнію. Вопросъ о ихъ введеніи и былъ поднятъ при обсужденіи проекта уже въ 1893 г. Од-

1) BGB. 1151, 1152, GBO. 61, ср. Motive III, S. 761 flg., Protokolle III, S. 665. — Швейцарское уложеніе не затрагиваетъ этого вопроса. Но въ виду весьма рѣшительнаго покровительства, оказываемаго имъ обороту, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что такое умолчаніе есть просто послѣдствіе того, что иное разрѣшеніе вопроса считалось невозможнымъ.

2) Все сказанное о частичной цессіи должно быть отнесено также и къ частичному закладу залогового акта, который равно признается недопустимымъ ст. 86,2.

нако, первый изъ нихъ былъ отклоненъ редакціонною комиссіей съ той мотивировкой [1]), что подобный порядокъ взысканія неизвѣстенъ дѣйствующему уставу гражданскаго судопроизводства. Выставленные противъ этого рѣшенія въ Сводѣ Замѣчаній доводы [2]), сводившіяся, главнымъ образомъ, къ тому, что процессуальныя нормы должны быть поставлены въ зависимость отъ матеріальнаго права, а не наоборотъ, были оставлены безъ вниманія. Но все же Объясненія къ проекту 1896 г. [3]), повторяя сначала доводы первой комиссіи, заявляютъ затѣмъ, что введеніе понудительнаго отчужденія залоговыхъ требованій было бы по существу весьма желательно. Но его слѣдуетъ предоставить реформѣ гражданскаго судопроизводства. Ту же точку зрѣнія заняла особая комиссія, несмотря на замѣчаніе министра юстиціи [4]), что включеніе соотвѣтствующихъ правилъ въ проектъ являлось бы вполнѣ возможнымъ, такъ какъ они относились бы къ матеріальному залоговому праву. Министръ, впрочемъ, помирился съ этимъ рѣшеніемъ особой комиссіи [5]) — оно сохранено въ одобренномъ и внесенномъ имъ въ Государственную Думу проектѣ, при чемъ препроводительная Записка объ этомъ пунктѣ совершенно умалчиваетъ.

Равнымъ образомъ былъ отклоненъ и понудительный закладъ залогового права, такъ какъ признаніе этого института, по мнѣнію редакціонной комиссіи [6]), „измѣнило бы значеніе ареста по дѣйствующему праву, какъ вида обезпеченія, не порождающаго права на преимущественное удовлетвореніе, и повело бы къ необходимости пересмотрѣть всѣ наши постановленія объ арестѣ, каковой пересмотръ несомнѣнно выходитъ изъ границъ настоящей реформы“.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 462.
2) № 73 (стр. 87), № 195.
3) I, стр. 468 сл.
4) Отзывъ, стр. 8.
5) Ср. выше, стр. 276 прим. 2.
6) Объясненія 1893 г. I, стр. 466, 1896 г. I, стр. 472.

Эти чисто формальные доводы, конечно, неубѣдительны. Проектъ ВУ. производитъ столь значительныя измѣненія дѣйствующаго права, что увеличеніе ихъ числа еще однимъ никоимъ образомъ не могло бы считаться нарушеніемъ рамокъ намѣченной реформы. Къ тому же введеніе принудительной ипотеки, не говоря о реформѣ производства по понудительному взысканію, представляетъ собою уже несомнѣнное вторженіе въ область гражданскаго процесса. Слѣдовательно, не было причины уклоняться отъ введенія указанныхъ институтовъ.

Въ заключеніе этой главы можно указать еще на фактъ, не лишенный интереса, что закладъ залогового права былъ введенъ въ проектъ не безъ борьбы — несмотря на то, что допустимость цессіи какъ таковая, независимо отъ книжной или актовой ея формы, не вызывала сомнѣній.

Въ редакціонной комиссіи, правда, не сомнѣвались въ допустимости заклада залогового права [1]). Но въ особой комиссіи образовалось меньшинство, не желавшее допускать его [2]). Оно выставило, при этомъ, аргументы довольно характерные и своеобразные. Они сводятся къ тому, что, во-первыхъ, облегченіе реализаціи залоговыхъ требованій приведетъ къ усиленію задолженности и къ неустойчивости землевладѣнія, а, во-вторыхъ, что такимъ путемъ порождается опасность обхода законоположеній, воспрещающихъ извѣстнымъ категоріямъ лицъ принятіе въ залогъ недвижимостей. Что касается второго изъ этихъ аргументовъ, то достаточно сослаться на сказанное выше [3]), по поводу цессіи залоговыхъ актовъ лицамъ, не имѣющимъ права пріобрѣсти въ собственность заложенное имѣніе. А относительно перваго аргумента, само большинство особой комиссіи, по примѣру редакціонной [4]),

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 462 сл., 1896 г. I, стр. 469 сл.
2) Ж. О. К., стр. 180 сл.
3) См. § 75.
4) Ж. О. К., стр. 182 сл., ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 465, 1896 г. I, стр. 471.

указало на то, что „нѣтъ достаточнаго основанія опасаться усиленія мобилизаціи земельной собственности при допущеніи заклада залоговыхъ требованій. Напротивъ, давая возможность кредитору реализовать залоговое требованіе безъ обращенія взысканія на имѣніе, онъ будетъ способствовать сохраненію имѣній въ рукахъ собственниковъ“ [1]). Кромѣ того, большинство особой комиссіи подчеркиваетъ вполнѣ правильно, что признаніе за вѣрителемъ большаго права цессіи логически влечетъ за собой признаніе также и меньшаго права заклада.

Съ этими разсужденіями можно только согласиться. И остается лишь указать на то, что противъ установленной въ проектѣ формы актоваго заклада приходится выставить тѣ же самыя возраженія, которыя были выставлены выше противъ формы актовой цессіи.

Права кредитора по залогу.

§ 78. Содержаніе отдѣленія 7 главы IV.

Редакціонная комиссія снабдила 7 отдѣленіе IV главы I раздѣла проекта ВУ., въ которое вошли ст. 77—84, заглавіемъ „Объ отвѣтственности заложеннаго имѣнія“. Однако, правильность такого заглавія является, по крайней мѣрѣ, сомнительною, такъ какъ значительная часть введенныхъ сюда нормъ прямого отношенія къ отвѣтственности заложенной недвижимости не имѣетъ. Правда, и эти нормы должны содѣйствовать сохраненію цѣнности имѣнія и придать, такимъ путемъ, матеріальное содержаніе его отвѣтственности. Но, тѣмъ не менѣе, получается явный разладъ между содержаніемъ разсматриваемаго отдѣленія и его заглавіемъ.

Первая его статья, ст. 77, опредѣляетъ объемъ отвѣтственности имѣнія, устанавливая, какія требованія вѣрителя пользуются вещнымъ обезпеченіемъ и опредѣленнымъ старшинствомъ. А слѣдующая затѣмъ ст. 78 выясняетъ вопросъ объ объектѣ отвѣтственности: отвѣчаетъ все имѣніе въ полномъ составѣ, съ принадлежащими собственнику строеніями и сооруженіями, съ лѣсомъ и неотдѣленными плодами, съ принадлежностью и съ причитающимся собственнику страховымъ вознагражденіемъ.

Эти двѣ статьи безспорно подходятъ подъ избранное редакціонною комиссіей заглавіе, хотя и нельзя не отмѣтить [1]),

1) На это было указано уже выше, въ § 69.

что первая изъ нихъ имѣетъ не меньшій интересъ съ точки зрѣнія ученія о принципѣ старшинства—чѣмъ и объясняется нѣсколько странное, на первый взглядъ, обстоятельство, что норма, содержимая въ ст. 77, повторяется въ сокращенномъ видѣ въ ст. 64, помѣщенной въ отдѣленіи 5 главы IV. Но какъ бы то ни было, ст. 77, во всякомъ случаѣ, имѣетъ непосредственное отношеніе къ вопросу объ отвѣтственности заложенной недвижимости.

Сюда же относится и ст. 84, признающая за кредиторомъ право требовать удовлетворенія изъ страховой суммы, причитающейся за сгорѣвшія строенія, насколько она не подлежитъ выдачѣ собственнику. Ибо и тутъ идетъ рѣчь объ отвѣтственности, если не самаго имѣнія, то всетаки суррогата за одну изъ составныхъ его частей.

Напротивъ, 5 остальныхъ статей отдѣленія 7 посвящены нормировкѣ правъ кредитора, признаваемыхъ за нимъ въ интересахъ сохраненія цѣнности имѣнія. А именно, ст. 79 даетъ кредитору право требовать отъ собственника продолженія страхованія строеній въ заложенномъ имѣніи и произвести, въ случаѣ отказа, страхованіе отъ себя, за счетъ собственника. Ст. 80 и 81 ограждаютъ кредитора отъ пониженія цѣнности имѣнія, могущей наступить вслѣдствіе обязательственныхъ сдѣлокъ собственника, и признаютъ за нимъ право оспаривать опредѣленныя категоріи подобныхъ сдѣлокъ. Наконецъ, ст. 82 и 83 даютъ въ руки кредитора оружіе противъ обезцѣненія недвижимости путемъ фактическихъ распоряженій собственника, разрѣшая ему просить судъ о воспрещеніи собственнику разорительныхъ мѣръ, а въ случаѣ необходимости требовать досрочной уплаты долга.

Подвести всѣ эти постановленія подъ понятіе отвѣтственности заложеннаго имѣнія едва ли возможно безъ сильной натяжки. Правильнѣе было бы, очевидно, раздѣлить отдѣленіе 7 на двѣ части, изъ которыхъ одна была бы посвящена вопросу объ отвѣтственности имѣнія, между тѣмъ какъ

другая регулировала бы права кредитора, проявляющіяся за время отъ установленія залога до наступленія срока его требованію и направленныя на сохраненіе цѣнности имѣнія. При этомъ, первую изъ этихъ частей слѣдовало бы ввести въ составъ отдѣленія 9, посвященнаго ученію о залоговомъ искѣ. Вѣдь ими опредѣляется ничто иное, какъ объемъ этого иска и объектъ взысканія. Создавать же особое отдѣленіе, состоящее изъ трехъ статей и нормирующее отвѣтственность имѣнія, едва ли было бы цѣлесообразно.

Правда, нельзя отрицать, съ другой стороны, что извѣстная, хотя во всякомъ случаѣ не прямая связь существуетъ между вопросомъ объ отвѣтственности заложенной недвижимости и мѣрами, служащими сохраненію цѣнности имѣнія. Но это связь не юридическая, а экономическая. Между тѣмъ группировка нормъ по такому признаку, безъ сомнѣнія, противорѣчитъ традиціямъ законодательной техники и равно противорѣчитъ системѣ, принятой самимъ проектомъ ВУ. И въ самомъ дѣлѣ, она едва ли является цѣлесообразной. Ибо, не смотря на то, что конечною цѣлью всякаго гражданско-правового интитута — за исключеніемъ, разумѣется, нѣкоторыхъ институтовъ семейственнаго права — является достиженіе опредѣленнаго экономическаго результата, правовая техника все же должна пользоваться критеріями юридическими, а не экономическими. Иначе она теряетъ подъ собой почву. Даже при вполнѣ отрицательномъ отношеніи къ такъ наз. юриспруденціи понятій, нельзя не признать, что наука права, а вслѣдъ за нею и законодательство, должна оставаться на почвѣ выработанныхъ ею же, вытекающихъ изъ самой сущности права, логически и реально обоснованныхъ понятій. Избѣгая эксцессы чисто формальной логики и тщательно сохраняя связь съ дѣйствительной жизнью и ея запросами, не слѣдуетъ всетаки лишать гражданское право его самостоятельнаго значенія и превращать его въ конгломератъ болѣе или менѣе

случайныхъ нормъ, группируемыхъ въ зависимости отъ ихъ экономическаго значенія [1]).

Въ виду этого, кажется болѣе цѣлесообразнымъ отступить въ данномъ случаѣ отъ легальной группировки статей проекта и посвятить настоящую главу разсмотрѣнію тѣхъ нормъ, которыми регулируются права кредитора, направленныя на сохраненіе цѣнности заложеннаго имѣнія, между тѣмъ какъ вопросъ объ объемѣ и объектѣ отвѣтственности по залоговому иску будетъ разсматриваться въ главѣ, отведенной ученію объ осуществленіи залогового права.

§ 79. Сдѣлки собственника.

Редакціонная комиссія подчеркиваетъ въ Объясненіяхъ [2]) вполнѣ основательно, что дѣйствующее право чрезмѣрно стѣсняетъ собственника заложеннаго имѣнія въ правѣ отчужденія и обремененія его, но очень мало ограждаетъ кредитора отъ распоряженій собственника, клонящихся къ уменьшенію цѣнности имѣнія. Въ частности, у него нѣтъ достаточныхъ средствъ защиты противъ заключенія собственникомъ договоровъ найма и продажи лѣса на срубъ, хотя подобные договоры, скорѣе всего, могутъ привести къ обезцѣненію имѣнія на долгое время и могутъ, такимъ образомъ, фактически лишить вѣрителя возможности получить удовлетвореніе. И достаточно извѣстно, что недобросовѣстные должники пользуются этой возможностью въ широкихъ размѣрахъ [3]).

Проектъ желаетъ принять мѣры противъ подобныхъ злоупотребленій. Съ этимъ нельзя не согласиться какъ съ

1) Ср. Stampe, Grundriss der Wertbewegungslehre, представляющій собой характерный продуктъ тенденцій, стремящихся къ такому, именно, результату.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 412 сл., 1896 г. I, стр. 420 сл.

3) Ср. Гантоверъ, Залоговое право, стр. 627 сл. Тутъ приведены статистическія данныя о вліяніи арендныхъ договоровъ на результаты публичной продажи.

конструктивной точки зрѣнія, такъ и въ видахъ цивильной политики. Разъ за ипотечнымъ кредиторомъ признается право на удовлетвореніе изъ цѣнности недвижимости, то отсюда слѣдуетъ неизбѣжно его право на сохраненіе этой цѣнности — безъ этого залоговое право было бы лишено реальнаго содержанія и вѣритель былъ бы поставленъ въ полную зависимость отъ добросовѣстности должника. А изъ права на сохраненіе цѣнности заложенной вещи логически вытекаетъ право принимать въ этомъ смыслѣ мѣры.

Столь же ясно и съ цивильно-политической точки зрѣнія, что поземельный кредитъ не можетъ существовать и развиваться безъ соотвѣтствующей охраны интересовъ вѣрителей.

Однако, наряду съ этимъ, имѣется еще другая область, въ которой вѣритель нуждается въ защитѣ. Дѣло въ томъ, что собственникъ можетъ путемъ незаключенія опредѣленной сдѣлки, т. е. путемъ упущенія, если не реально понизить цѣнность недвижимости, то все же уменьшить обезпеченіе вѣрителя въ виду возможности наступленія опредѣленныхъ событій. Говоря конкретно, собственникъ можетъ не продолжать страхованія строеній въ заложенномъ имѣніи и увеличить, такимъ образомъ, рискъ кредитора. Правда, можно было бы не выставлять по этому вопросу особой нормы, а примѣнять по аналогіи постановленія объ уменьшеніи цѣнности недвижимости. Въ необходимость поступать такъ, за молчаніемъ закона, поставлена практика и въ Германіи и въ Швейцаріи [1]). Но, съ одной стороны, невозобновленіе страхового договора всетаки можетъ быть подведено подъ понятіе ухудшенія недвижимости только съ

1) Ср. BGB. 1133, ZGB. 808. См. Dernburg, Sachenrecht, S. 787, Gierke, Privatrecht II, S. 873, Anm. 58, Wolff, Sachenrecht, S. 489 (Вольфъ, впрочемъ, выводитъ право кредитора на продленіе страхованія не изъ ст. 1133, а изъ ст. 1134), Kober, Sachenrecht ad 1133, P. 2 c, Wieland, Sachenrecht ad 808, P. 2 b.

натяжкой, а съ другой — въ интересахъ правильнаго примѣненія закона, кажется болѣе цѣлесообразнымъ, высказать особо, какъ то дѣлаетъ нашъ проектъ въ ст. 79, что „вотчинный кредиторъ въ правѣ требовать отъ собственника продолженія страхованія строеній“ и что онъ, въ случаѣ неисполненія этого требованія, въ правѣ „застраховать строенія за счетъ собственника“.

Объясненія[1]) указываютъ на важное экономическое значеніе этой нормы, на то, что она имѣетъ корни уже въ дѣйствующемъ законодательствѣ, далѣе, на то, что дѣло идетъ лишь о продолженіи страхованія и что, поэтому, вѣритель, принявшій въ залогъ недвижимость съ строеніями незастрахованными, не имѣетъ права требовать отъ должника застрахованія. Наконецъ, Объясненія упоминаютъ также и о мысли провести грань между случаями, въ коихъ цѣнность строеній по сравненію съ цѣнностью недвижимости столь значительна, что вѣритель дѣйствительно заинтересованъ въ ихъ страхованіи, и случаями, въ которыхъ этого нѣтъ. Но отъ осуществленія этой мысли редакціонная комиссія отказывается въ практическихъ видахъ.

Все это, въ сущности, разумѣется само собой и никакихъ сомнѣній возбуждать не можетъ. Напротивъ, интересъ возбуждаетъ другой вопросъ: если вѣритель воспользовался предоставленнымъ ему ст. 79 правомъ и застраховалъ строенія за счетъ должника, то какимъ путемъ онъ получитъ возмѣщеніе понесенныхъ издержекъ?

Самъ проектъ ВУ. объ этомъ молчитъ. Если же привлечь проектъ ППВ., то оказывается[2]), что среди привилегированныхъ требованій, подлежащихъ удовлетворенію изъ вырученной публичною продажею суммы прежде другихъ, пятое мѣсто удѣлено требованію кредитора о возмѣщеніи

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 406 сл., 1896 г. I, стр. 415 сл.
2) Ст. 197,5.

ему издержекъ на застрахованіе строеній въ заложенномъ имѣніи, произведенныхъ въ послѣдній годъ передъ первымъ торгомъ и въ послѣдующее время до постановленія опредѣленія объ утвержденіи имѣнія за покупщикомъ. Объясненія[1]) говорятъ по этому поводу, что подобное преимущество должно быть признаваемо за требованіемъ страхующаго кредитора по двумъ причинамъ: во первыхъ, страхованіе ограждаетъ интересы всѣхъ кредиторовъ и, во-вторыхъ, къ страхованію вынуждены прибѣгать, въ общемъ, лишь младшіе кредиторы, между тѣмъ какъ кредиторы по старшимъ ипотекамъ обезпечены обыкновенно и безъ того. Поэтому было бы несправедливо уравнять издержки по страхованію съ прочими побочными требованіями, пользующимися лишь одинаковымъ съ главнымъ требованіемъ старшинствомъ.

Съ этой аргументаціей можно согласиться, но только до извѣстной степени. Она, именно, упускаетъ изъ виду два обстоятельства: во-первыхъ, привилегированнымъ обезпеченіемъ пользуются издержки только за послѣдній годъ передъ торгомъ, а во-вторыхъ, проектъ считается вообще съ возмѣщеніемъ издержекъ по страхованію лишь въ случаѣ публичной продажи. Между тѣмъ, необходимо предоставить вѣрителю возможность требовать возмѣщенія ихъ и независимо отъ публичной продажи. Было бы весьма нецѣлесообразно отказать ему въ этомъ и тѣмъ заставить его прибѣгнуть сразу къ столь крайней мѣрѣ, каковою является обращеніе взысканія на имѣніе, да къ тому же съ цѣлью получить сумму, которая, въ большинствѣ случаевъ, будетъ сравнительно ничтожна.

Это одно. А кромѣ того, нельзя не поставить вопроса, справедливо ли признавать за требованіемъ вѣрителя реальное обезпеченіе лишь въ предѣлахъ одного года?

Что касается иска вѣрителя о возмѣщеніи, то право

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 409, 1896 г. I, стр. 417.

на него должно быть, очевидно, признаваемо уже въ силу основного принципа современнаго права, согласно которому всякое субъективное право защищается искомъ. А по своему характеру этотъ искъ является, безспорно, искомъ изъ веденія чужихъ дѣлъ [1]) — вѣритель исполняетъ обязанность, лежащую на собственникѣ заложенной недвижимости. И исполняетъ онъ ее, безъ сомнѣнія, animo alienum negotium gerendi, несмотря на то, что тутъ примѣшанъ также и его собственный интересъ.

Однако, этимъ не разрѣшается еще дальнѣйшій вопросъ, а именно, вопросъ объ обезпеченіи данною недвижимостью требованія страхующаго вѣрителя. Самый искъ о возмѣщеніи имѣетъ, разумѣется, самъ по себѣ личный характеръ. Но между требованіемъ о возмѣщеніи издержекъ и залоговымъ правомъ существуетъ связь, настолько тѣсная, что оно свободно можетъ быть признано побочнымъ къ залоговому требованію. И самъ проектъ косвенно признаетъ это, придавая ему даже привилегированное старшинство. Однако, вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ ставитъ его въ болѣе невыгодныя условія, чѣмъ прочія побочныя требованія, ограничивая его реальное обезпеченіе предѣлами одного только года. И вотъ съ этимъ трудно согласиться [2]). Слѣдовало бы, напротивъ,

1) Въ ZGB. нѣтъ указаній по этому вопросу, а BGB., насколько дѣло идетъ о залогѣ недвижимости, придерживается другой системы — объ этомъ см. ниже. По отношенію же къ закладу движимости BGB. признаетъ искъ вѣрителя о возмѣщеніи издержекъ, произведенныхъ въ интересахъ сохраненія заложеннаго предмета, именно искомъ изъ веденія чужихъ дѣлъ. Было бы, впрочемъ, мыслимо также использовать аналогію римскаго права и признать искъ вѣрителя искомъ изъ contractus pigneraticius — ср. l. 7 D. 20, 5, l. 4, l. 7 C. 4, 24, Dernburg, Pfandrecht I, S. 140 flg., Pandekten I, § 285, Windscheid, Pandekten II, § 381. Однако, такая конструкція была бы, очевидно, болѣе искусственна.

2) О мотивахъ установленія подобнаго сокращеннаго срока Объясненія къ проекту ВУ. молчатъ, Объясненія же къ проекту ІІПВ. 1893 г., стр. 245, 1896 г., стр. 266 говорятъ: „Такое преимущество можетъ быть присвоено издержкѣ на страхованіе лишь въ предѣлахъ необходимости, а именно только за позднѣйшій передъ публичною продажею періодъ.

распространить привилегированное старшинство на издержки по страхованію, произведенныя въ теченіе не послѣдняго года, а послѣднихъ двухъ лѣтъ, такъ какъ тутъ слѣдуетъ считаться съ тѣми же моментами, которые говорятъ въ пользу установленія соотвѣтствующаго срока по отношенію къ недоимкамъ по процентамъ съ залогового требованія [1]).

Само собой разумѣется, однако, что только что разсмотрѣнная мѣра борьбы противъ уменьшенія цѣнности заложеннаго имѣнія вслѣдствіе непродленія договора страхованія является лишь одною изъ необходимыхъ въ этой области мѣръ. Большее еще значеніе должно быть приписываемо мѣрамъ борьбы противъ дѣйствій должника, стремящихся къ непосредственному пониженію цѣнности недвижимости и выражающихся въ заключеніи договоровъ по имѣнію, клонящихся ко вреду кредиторовъ.

Этому вопросу посвящены ст. 80 и 81. Однако, слѣдуетъ сказать, что эти статьи не вполнѣ удачны. Дѣло въ томъ, что онѣ предназначены защищать интересы вѣрителя за время до наступленія срока его требованію. Это выте-

Застраховавшій строенія за счетъ должника не долженъ накоплять недоимки за нѣсколько лѣтъ и, такимъ образомъ, увеличивать сумму долга, лежащаго на имѣніи, а обязанъ немедленно взыскать съ должника произведенную за его счетъ затрату“. Это категоричное утвержденіе едва ли обладаетъ особою убѣдительностью.

1) Ср., однако, сказанное ниже, § 83, объ исчисленіи двухгодичнаго срока. Германское уложеніе 1133, подводя непродленіе страхованія подъ понятіе ухудшенія недвижимости, принимаетъ гораздо болѣе рѣзкія мѣры противъ должника, предоставляя кредитору назначить должнику срокъ для устраненія ухудшенія, т. е. въ данномъ случаѣ для возобновленія страхованія, и требовать, въ случаѣ безуспѣшности этого шага, немедленной уплаты долга по залоговому требованію. Уложеніе швейцарское, напротивъ, признаетъ въ ст. 808,3 привилегированное старшинство за требованіемъ о возмѣщеніи издержекъ по страхованію, не ограничивая его опредѣленнымъ срокомъ. Впрочемъ, соотношеніе между ст. 808 и 819 не вполнѣ ясно — ср. также Tuor, Das neue Recht, S. 472, Wieland, Sachenrecht ad 808, ad 819. Но съ затронутой здѣсь точки зрѣнія можетъ являться спорнымъ только старшинство залогового права вѣрителя. Напротивъ, ограниченія его требованія срокомъ ни въ коемъ случаѣ не имѣетъ мѣста.

каетъ изъ того факта, что онѣ помѣщены, именно, въ 7 отдѣленіи главы IV раздѣла I проекта, и это, кромѣ того, высказывается прямо Объясненіями[1]). Между тѣмъ ст. 81 можетъ пріобрѣсти какое бы то ни было значеніе лишь къ моменту публичной продажи.

Ст. 81 предоставляетъ кредитору право требовать уничтоженія договоровъ найма и продажи лѣса на срубъ, если по этимъ договорамъ условлена несоразмѣрно низкая цѣна, которая, обезцѣнивая имѣніе, лишаетъ кредитора возможности получить удовлетвореніе изъ имѣнія. Даже излишне говорить, что подобное требованіе кредитора и удовлетвореніе его судомъ не имѣетъ практическаго смысла, пока на имѣніе не обращено взысканія и пока собственникъ-должникъ сохраняетъ за собой право распоряженія и управленія имѣніемъ. Ибо уничтоженный противъ его воли договоръ можетъ быть возобновленъ имъ тотчасъ же на тѣхъ же условіяхъ.

Совсѣмъ иное дѣло, если подобное требованіе предъявляется вѣрителемъ ко времени публичной продажи. Тогда уничтоженіе подобнаго договора дѣйствительно можетъ сыграть большую роль въ смыслѣ повышенія предлагаемой за имѣніе цѣны. И введеніе подобнаго постановленія въ ППВ. было бы тѣмъ болѣе умѣстно, что нынѣшный проектъ ППВ. не предусматриваетъ прекращенія договора найма ни въ коемъ случаѣ ранѣе истеченія трехъ лѣтъ со дня внесенія покупщика въ вотчинную книгу[2]). Между тѣмъ ясно, что при наличности предусмотрѣннаго въ ст. 81 проекта ВУ. условія — несоразмѣрно низкой цѣны — немедленное расторженіе договора можетъ быть необходимо въ интересахъ вѣрителей, такъ какъ иначе не можетъ быть достигнута со-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 417, 1896 г. I, стр. 425: „оставалось дать вотчиннымъ кредиторамъ средства защиты въ разсматриваемомъ отношеніи и во время, предшествующее обращенію имѣнія въ публичную продажу“.

2) Проектъ ППВ. 105, 131, 179. Ср. выше, т. I, §§ 40 сл.

отвѣтствующая цѣна за имѣніе. Напротивъ, для второго изъ принятыхъ въ соображеніе проектомъ ВУ. договоровъ, т. е. для договора продажи лѣса на срубъ, этотъ вопросъ не играетъ никакой роли, такъ какъ его немедленное уничтоженіе по требованію кредиторовъ предусматривается уже нынѣшнимъ проектомъ ППВ.[1]).

Впрочемъ, при перенесеніи въ ППВ. ст. 81 ВУ. слѣдовало бы ее формулировать нѣсколько шире. Дѣло въ томъ, что договоръ найма можетъ клониться ко вреду кредиторовъ не только въ виду условленной чрезмѣрно низкой платы. Вполнѣ мыслимо, что въ немъ имѣются еще другія условія, направленныя къ той же цѣли, въ родѣ разрѣшенія арендатору хищническаго метода веденія хозяйства и т. п. Въ виду этого, слѣдовало бы отбросить выставленное въ ст. 81 условіе и признать подлежащими уничтоженію по требованію кредитора всѣ вообще договоры найма, которые, обезцѣнивая имѣніе, лишаютъ кредитора возможности получить удовлетвореніе изъ имѣнія[2]). А упоминаніе о договорѣ продажи лѣса на срубъ могло бы отпасть безъ всякаго вреда для дѣла: оно безполезно, пока имѣніе находится въ рукахъ собственника, и оно излишне, въ виду постановленій проекта ППВ., послѣ обращенія взысканія на имѣніе.

При этомъ разумѣется, однако, само собой, что подобное требованіе можетъ быть предъявляемо только кредиторами, права которыхъ пользуются старшинствомъ передъ договорами найма[3]).

1) См. статьи, приведенныя въ предыдущемъ примѣчаніи.

2) Ср. У. Гр. С. 1100.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 421 сл., 1896 г. I, стр. 429 сл. особо подчеркиваютъ, кромѣ того, еще два обстоятельства. Они объявляютъ, во-первыхъ, безразличнымъ, дѣйствовалъ ли при заключеніи договора собственникъ добросовѣстно или нѣтъ — рѣшающее значеніе имѣетъ лишь объективный фактъ обезцѣненія имѣнія. Во-вторыхъ же, объявляется безразличнымъ, зналъ ли, при установленіи залога, кредиторъ о существованіи даннаго договора — этотъ моментъ не можетъ играть никакой роли, такъ какъ кредиторъ опирается на свое вотчинное право. Какъ съ тѣмъ,

Итакъ, ст. 81 должна быть исключена изъ проекта ВУ. Но и остающаяся затѣмъ ст. 80 вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія.

Прежде всего необходимо обратить вниманіе на то, что въ ней идетъ рѣчь о двухъ различныхъ вопросахъ. А именно, для кредиторовъ признаются необязательными, съ одной стороны, распоряженія платежами по имѣнію, сдѣланныя собственникомъ, съ другой — заключенные имъ договоры продажи лѣса на срубъ въ количествѣ, не соразмѣрномъ съ обыкновеннымъ приростомъ и притомъ въ той мѣрѣ, въ какой эти сдѣлки клонятся ко вреду кредиторовъ.

Что касается, прежде всего, продажи лѣса на срубъ, то даже поневолѣ возникаетъ вопросъ, въ чемъ заключается смыслъ изложенной нормы?

Продажа лѣса въ несоразмѣрномъ количествѣ, безспорно, причиняетъ вредъ имѣнію и противорѣчитъ, слѣдовательно, интересамъ кредиторовъ. Но что значитъ необязательность для кредиторовъ такого договора? О ней могла бы итти рѣчь въ моментъ публичной продажи, хотя и тутъ было бы болѣе умѣстно говорить о необязательности договора продажи лѣса для пріобрѣтателя имѣнія, признанной по требованію вѣрителя. Однако, этотъ вопросъ регулируется уже вполнѣ достаточно другими постановленіями проектовъ ВУ. и ППВ. А именно, подобный договоръ обязателенъ для пріобрѣтателя вообще только тогда, когда онъ внесенъ въ вотчинную книгу. Но и тогда онъ подлежитъ

такъ и съ другимъ можно согласиться. Но необходимо обратить вниманіе на то, что въ установленіи залога, при знаніи о существованіи даннаго договора, можетъ заключаться отказъ отъ права оспаривать этотъ договоръ. Имѣется ли подобный отказъ въ отдѣльномъ конкретномъ случаѣ или нѣтъ, это — quaestio facti. Но если онъ на лицо, то очевидно требованіе уничтоженія договора должно быть отклонено, если только данное залоговое право не перешло, въ промежутокъ времени между установленіемъ его и предъявленіемъ иска, къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю.

уничтоженію по требованію вѣрителей, пользующихся старшинствомъ передъ договоромъ, совершенно независимо отъ того, учинена ли по этому договору продажа въ количествѣ не соразмѣрномъ съ обыкновеннымъ приростомъ или въ соразмѣрномъ [1]).

Но если ст. 80 говоритъ не о моментѣ публичной продажи, что слѣдуетъ, впрочемъ, предполагать также и по другимъ причинамъ [2]), то къ чему же она стремится? Можно даже оставить совершенно въ сторонѣ то обстоятельство, что терминологія проекта довольно неудачна — ибо договоръ, заключенный между собственникомъ недвижимости и покупщикомъ лѣса, вообще не можетъ быть обязательнымъ, въ техническомъ смыслѣ слова, для кредиторовъ. Важнѣе то, что проектъ желаетъ, очевидно, признать въ этой статьѣ за вѣрителями право требовать уничтоженія договора продажи лѣса на срубъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ клонится къ ихъ вреду, совершенно независимо отъ обращенія взысканія на имѣніе.

Нельзя, однако, не замѣтить, что такое постановленіе практически столь же безсодержательно, какъ постановленіе ст. 81. Другими словами, признаніе недѣйствительнымъ также и этого договора не имѣетъ никакого практическаго значенія, пока имѣніе находится въ рукахъ собственника-должника. Рѣшеніе суда не препятствуетъ ему ни возобновить тотчасъ же уничтоженный договоръ, ни приступить непосредственно къ исполненію его и допустить покупщика къ рубкѣ лѣса. И каждому вѣрителю должно быть ясно съ самаго начала, что предоставленное ему право требовать уничтоженія подобнаго договора лишено всякаго содержанія.

Тѣмъ не менѣе, нельзя, разумѣется, отрицать, что кредиторы нуждаются въ защитѣ противъ разорительныхъ для

1) Ср. ВУ. 34, 41, ППВ. 105, 131, 179.
2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 417, 1896 г. I, стр. 425.

заложеннаго имѣнія дѣйствій, предпринимаемыхъ собственникомъ, въ томъ числѣ и противъ продажи лѣса въ количествѣ, несоразмѣрномъ съ обыкновеннымъ приростомъ. Это ясно безъ всякихъ доказательствъ. Но защита должна быть дана въ другой формѣ, чѣмъ то предполагаетъ проектъ ВУ. А именно, въ центръ вопроса должна быть поставлена не сдѣлка, заключенная собственникомъ, а напротивъ, фактическое разореніе имѣнія опредѣленными дѣйствіями его или дѣйствіями, совершаемыми съ его согласія, а также приготовительныя въ этомъ направленіи мѣры. Противъ нихъ должно бороться, противъ нихъ и можно бороться. И съ этой точки зрѣнія не трудно найти дѣйствительныя средства борьбы [1]). Но отъ плана помочь вѣрителямъ путемъ уничтоженія договоровъ, пока заложенная недвижимость находится еще въ рукахъ собственника, необходимо отказаться.

Совершенно иначе обстоитъ дѣло относительно второго вопроса, затронутаго въ той же ст. 80. Тутъ идетъ рѣчь объ уступкѣ собственникомъ причитающихся по имѣнію платежей болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, или о полученіи имъ платежей по договору найма болѣе, чѣмъ за годъ впередъ. И то и другое признается необязательнымъ для кредиторовъ, въ той мѣрѣ, въ какой эти сдѣлки клонятся къ ихъ вреду.

Чтобы выяснить смыслъ этого постановленія, необходимо привлечь ст. 100 проекта ВУ. Согласно первой ея части, „вотчинный кредиторъ можетъ, не требуя публичной продажи имѣнія, обратить взысканіе . . . на наемную плату и всякаго рода платежи, причитающіеся собственнику по заложенному имѣнію“. И вотъ, если кредиторъ, осуществляя предоставленное ему этою статьею право, столкнется съ предусмотрѣнными въ ст. 81 сдѣлками собственника о платежахъ по имѣнію, то онъ этими сдѣлками не связанъ. Напротивъ, онъ

1) См. объ этомъ ниже, § 80.

можетъ, не считаясь съ ними, требовать уплаты въ свою пользу отъ лицъ, обязанныхъ къ даннымъ платежамъ.

Подобное предоставленіе вѣрителю права на удовлетвореніе изъ платежей по имѣнію, очевидно, вполнѣ справедливо и цѣлесообразно. Съ нимъ мы встрѣчаемся, въ томъ или иномъ видѣ, также и въ другихъ современныхъ кодексахъ [1]). Однако, въ нашемъ проектѣ ВУ. оно должно вызвать, тѣмъ не менѣе, серьезныя сомнѣнія.

Разсматривая право, предоставленное вѣрителю ст. 80 и 100, можно пока оставить въ сторонѣ вопросъ о соотношеніи между этимъ правомъ и общей нормировкой залогового иска, данной въ проектѣ ВУ., а также вопросъ о цивильно-политической цѣлесообразности ст. 100 [2]). Но вопросъ о юридическомъ основаніи этого права слѣдуетъ поставить тотчасъ же.

Право вѣрителя на платежи по имѣнію можетъ быть выведено только изъ распространенія залоговой отвѣтственности на нихъ. Эта отвѣтственность и признавалась въ проектахъ 1893 и 1896 гг., но она была устранена особою комиссіей и она чужда проекту 1907 г. [3]). Сохраненіе, при такихъ условіяхъ, ст. 80 и 100 никоимъ образомъ не можетъ быть оправдываемо. Въ частности, совершенно непонятнымъ и необоснованнымъ является постановленіе ст. 80 [4]), по которому уступка собственникомъ платежей или полученіе ихъ болѣе, чѣмъ за годъ впередъ, необязательны для вѣрителя. Вѣдь вѣритель никакого права на эти платежи не имѣетъ. Слѣдовательно, должникъ можетъ распоряжаться ими по своему усмотрѣнію. Такое положеніе дѣла можетъ измѣниться лишь съ того момента, когда вѣритель, опираясь на ст. 100, обращаетъ на нихъ взысканіе. Но это измѣне-

1) BGB. 1123—1126, ср. ZGB. 806. См., однако, ниже, въ текстѣ.
2) Ср. ниже, § 86.
3) Ср. объ этомъ ниже, § 84.
4) О ст. 100 ср. ниже, § 86.

ніе можетъ имѣть значеніе лишь для будущаго времени и распоряженія собственника, сдѣланныя прежде, чѣмъ возникли права вѣрителя на платежи, должны оставаться не затронутыми[1]).

Между тѣмъ, по ст. 80 получается ничѣмъ не обоснованный результатъ, что распоряженія собственника признаются необязательными, насколько они касаются платежей болѣе, чѣмъ за годъ впередъ.

При такихъ условіяхъ остается только или признать, что ст. 80 является совершенно произвольной, лишенной конструктивнаго основанія положительной нормой, или же приходится признать, что ст. 80 въ сущности возстановляетъ отклоненное особой комиссіей залоговое право вѣрителя въ платежахъ по имѣнію. Само собой разумѣется, что эта вторая возможность болѣе отвѣчаетъ научному достоинству проекта ВУ. Но къ сожалѣнію, необходимо сказать одновременно, что ст. 100 во второй своей части, признающей за личными вѣрителями одинаковое съ вотчинными кредиторами право на удовлетвореніе изъ платежей по имѣнію, не позволяетъ стать на эту точку зрѣнія. Ибо она, придавая выдвигаемому ею иску личный характеръ, исключаетъ возможность говорить о распространеніи залоговой отвѣтственности на платежи.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, она, впрочемъ, лишаетъ ст. 80 своего практическаго значенія: вотчинному вѣрителю нѣтъ разсчета добиваться признанія распоряженій собственника недѣйствительными, если ему въ результатѣ придется дѣлить добытое имъ съ вѣрителями личными, размѣры требованій и даже существованіе коихъ онъ не можетъ установить предварительно. При такихъ условіяхъ, онъ всегда предпочтетъ обратить непосредственно взысканіе на имѣніе, т. е. онъ прибѣгнетъ съ самаго начала къ той мѣрѣ, которая, въ интересахъ народнаго хозяйства, да впрочемъ и по предположеніямъ нашей редакціонной комиссіи[1]), должна являться лишь ultima ratio. И благодаря этому, ст. 80 останется на бумагѣ.

1) Ср. ZGB. 806.

Такимъ образомъ, слѣдуетъ прежде всего высказать пожеланіе, чтобы вопросъ о распространеніи залоговой отвѣтственности на платежи по имѣнію былъ подвергнутъ новому разсмотрѣнію и чтобы судьба ст. 80 была рѣшена въ зависимости отъ его результатовъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо указать на слѣдующее: проектъ признаетъ обязательными для кредитора сдѣлки собственника, касающіяся платежей по имѣнію не болѣе, чѣмъ за годъ впередъ. Аналогичное постановленіе имѣется также въ германскомъ уложеніи. Оно отличается отъ принятой проектомъ нормы только тѣмъ, что устанавливаетъ для распоряженій собственника болѣе узкія рамки: неоспоримыми признаются только сдѣлки о платежахъ, срокъ которымъ наступаетъ въ текущую и слѣдующую четверти года.

Само собой разумѣется, что размѣръ подобнаго срока никоимъ образомъ не вытекаетъ изъ существа дѣла. Онъ можетъ быть установленъ только положительной нормой, которая должна основываться, прежде всего, на господствующихъ въ оборотѣ обычаяхъ. Слѣдовательно, и не приходится говорить о предпочтительности срока, принятаго, съ одной стороны, германскимъ уложеніемъ, а съ другой — нашимъ проектомъ[2]). Но нельзя не замѣтить, по этому поводу, что въ Германіи проявляется, за послѣднее время, рѣшительное стремленіе ограничить собственника еще болѣе въ правѣ распоряжаться платежами по имѣнію, въ частности, наемными платежами, срокъ которымъ еще не наступилъ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 481 сл., 1896 г. I, стр. 485.

2) Редакціонная комиссія опиралась, при установленіи годичнаго срока на ст. 1703 Зак. гражд. — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 419, 1896 г. I, стр. 427.

или даже вовсе уничтожить это право [1]). Причиной тому являются неизмѣнно повторяющіяся злоупотребленія собственниковъ во вредъ кредиторамъ, сильно подрывающія, къ тому же, весь поземельный кредитъ. Едва ли можно надѣяться на то, что тѣ же злоупотребленія не появятся и у насъ и притомъ, благодаря болѣе продолжительному сроку, въ большемъ еще размѣрѣ.

Это — вопросъ, на который должно быть обращено серьезное вниманіе при окончательномъ установленіи текста ВУ.

Независимо отъ этого, необходимо указать на нѣкоторые редакціонные недостатки ст. 80. Во-первыхъ, нѣтъ никакого основанія проводить грань между уступкой платежей постороннему лицу и полученіемъ ихъ самимъ собственникомъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ. Съ хозяйственной точки зрѣнія, оба рода распоряженія приводятъ къ совершенно одинаковымъ результатамъ. И для вѣрителя нѣтъ между ними никакого различія: какъ въ первомъ, такъ и во второмъ случаѣ онъ требуетъ уплаты отъ лица, обязаннаго учинить платежъ, и предоставляетъ ему вѣдаться съ цессіонаріемъ собственника или съ самимъ собственникомъ.

Правда, можетъ показаться, будто между обоими случаями проводится нѣкоторое различіе самимъ проектомъ. А именно, по отношенію къ уступкѣ говорится и о наемной платѣ и объ иныхъ платежахъ по мнѣнію, между тѣмъ какъ въ связи съ уплатой самому собственнику упоминается только о платежахъ по договору найма. Однако, изъ Объясненій явствуетъ [2]), что здѣсь дѣло въ простомъ недосмотрѣ — редакціонная комиссія желала говорить въ обоихъ случаяхъ о платежахъ всякаго рода. И разумѣется само собой, что это единственно правильное.

1) См. Nussbaum, Hypothekenwesen, S. 77 flg., Heinitz, Hypothekennot, DJZ. 1914, 1, S. 33 flg.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 420, 1896 г. I, стр. 427.

Съ другой стороны, къ второй части ст. 80, говорящей о полученіи собственникомъ платежей, прибавлена одна оговорка, которая непримѣнима къ уступкѣ платежей, и въ мнимой необходимости ея кроится, вѣроятно, причина, по которой редакціонная комиссія провела различіе между двумя однородными случаями. А именно, изъ правила о необязательности произведенныхъ впередъ платежей дѣлается исключеніе въ пользу „платежей, внесенныхъ въ вотчинную книгу ранѣе статьи о залоговомъ требованіи“.

Между тѣмъ, эта оговорка и излишня и не совсѣмъ правильна. Излишня она потому, что содержитъ ничто иное, какъ примѣненіе къ отдѣльному случаю общаго правила вотчинной системы. Неправильна же она потому, что путемъ внесенія подобныхъ платежей въ вотчинную книгу устанавливается залоговое право, подлежащее уже общимъ нормамъ и пользующееся старшинствомъ на основаніи ихъ же [1]). Слѣдовательно, объ обязательности или необязательности произведенныхъ впередъ платежей уже говорить не приходится.

Наконецъ, необходимо повторить одно замѣчаніе, сдѣланное уже раньше критиками проекта [2]): постановленіе третьей части ст. 80 излишне и неумѣстно въ проектѣ ВУ. Оно относится всецѣло къ области обязательственнаго права и вытекаетъ непосредственно изъ общихъ его принциповъ.

Въ конечномъ результатѣ разсмотрѣнія мѣръ, принятыхъ проектомъ въ ст. 79, 80 и 81 въ защиту ипотечныхъ вѣрителей противъ обезцѣненія недвижимости, получается результатъ, не вполнѣ утѣшительный. Сравнительно мало возражать приходится лишь противъ нормировки обязанности собственника продолжать страхованіе. Тутъ возбуждаетъ нѣкоторое сомнѣніе только вопросъ объ обезпеченіи требо-

1) Ср. выше, т. I, §§ 45, 46.

2) Св. Зам., №№ 185 и 186.

ванія вѣрителя о возмѣщеніи ему произведенныхъ издержекъ. Совсѣмъ неудовлетворительной является, напротивъ, ст. 81, лишенная всякаго содержанія за время до обращенія взысканія на имѣніе. Она должна быть перенесена, и притомъ не безъ измѣненій, въ ППВ. Что же касается ст. 80, то изъ нея должно быть выключено, прежде всего, упоминаніе о договорѣ продажи лѣса на срубъ. Далѣе же необходимо дать ей недостающій нынѣ конструктивный базисъ, а также сообщить ей недостающую нынѣ практическую пригодность путемъ переработки ст. 100. И наконецъ слѣдуетъ, не говоря о присущихъ ей редакціонныхъ недостаткахъ, взвѣсить, насколько вообще допустимо распоряженіе со стороны собственника такими платежами по имѣнію, срокъ коимъ еще не наступилъ.

§ 80. Фактическія распоряженія собственника.

Если приходилось указывать въ предыдущемъ параграфѣ на неудачность предположенныхъ проектомъ мѣръ въ защиту кредитора отъ распоряженій собственника заложенной недвижимости, сдѣланныхъ путемъ заключенія сдѣлокъ по имѣнію, то, въ противоположность этому, можно, въ общемъ, согласиться съ постановленіями слѣдующихъ затѣмъ ст. 82 и 83, касающихся фактическихъ распоряженій собственника, которыя причиняютъ ущербъ кредиторамъ или грозятъ причинить таковой.

Первая изъ этихъ двухъ статей даетъ кредитору право „просить судъ о воспрещеніи собственнику разорительныхъ для заложеннаго имѣнія распоряженій, которыя могутъ сдѣлать невозможнымъ полученіе удовлетворенія изъ имѣнія“.

Объясненія указываютъ[1]) по этому поводу на то, что здѣсь идетъ рѣчь объ угрожающихъ имѣнію ухудшеніяхъ,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 425 сл., 1896 г. I, стр. 433 сл. — Ж. О. К., стр. 159 сл. къ этимъ соображеніямъ ничего не прибавляетъ.

каковыя могутъ явиться послѣдствіемъ опредѣленныхъ дѣйствій собственника или же другихъ лицъ, какъ, напр., нанимателя. При этомъ не принимается въ соображеніе направленіе воли лица, совершающаго данное дѣйствіе. Наличность или отсутствіе съ его стороны злой воли или вины не играетъ никакой роли, важенъ лишь объективный фактъ угрозы интересамъ кредитора. Вмѣстѣ съ тѣмъ, Объясненія указываютъ и на то, что ст. 82 направлена лишь противъ „положительныхъ распоряженій“, другими словами, противъ дѣйствій, между тѣмъ какъ упущенія не даютъ кредитору права принимать какія бы то ни было мѣры.

Съ этими соображеніями трудно не согласиться, хотя, съ другой стороны, нельзя не указать на два момента.

Во-первыхъ, слѣдовало бы выразить въ самомъ законѣ, что отвѣтчикомъ по иску вѣрителя изъ ст. 82 является не только собственникъ, но также и всякое третье лицо, имѣющее фактическую возможность ухудшать имѣніе[1]). Въ текстѣ проекта говорится только о собственникѣ и не трудно предвидѣть, что на этой почвѣ могутъ возникнуть практическія затрудненія, не смотря на абсолютный характеръ залогового права. Въ частности, возможно, что отошлютъ кредитора къ иску противъ собственника, который, со своей стороны, будетъ вынужденъ принимать мѣры противъ даннаго третьяго лица. Между тѣмъ, нѣтъ никакого основанія итти

1) Сюда слѣдуетъ отнести, въ первую голову, арендатора и покупщика лѣса на срубъ. Въ частности, вѣритель сможетъ воспользоваться противъ послѣдняго искомъ изъ ст. 82 въ случаѣ, предусмотрѣнномъ первыми словами ст. 80, т. е. тогда, когда учинена продажа лѣса на срубъ въ количествѣ, не соразмѣрномъ съ обыкновеннымъ приростомъ. Протестъ вѣрителя противъ договора какъ такового, какъ было указано выше, въ предыдущемъ параграфѣ, не будетъ имѣть практическаго значенія. Между тѣмъ, требованіе воспрещенія приготовительныхъ дѣйствій, угрожающихъ пониженіемъ цѣнности имѣнія, можетъ вполнѣ привести къ желанному результату — насколько, впрочемъ, ст. 82 вообще имѣетъ практическое значеніе. Объ этомъ см. дальше въ текстѣ.

подобнымъ обходнымъ путемъ, который, къ тому же, безспорно ухудшаетъ положеніе вѣрителя.

Во-вторыхъ, вызываетъ сомнѣнія то обстоятельство, что кредитору предоставляется протестовать только противъ положительныхъ дѣйствій собственника. По отношенію же къ упущеніямъ его вѣритель остается совершенно беззащитнымъ. Объясненія [1]) мотивируютъ это тѣмъ, что „вотчинному кредитору нельзя дать права вмѣшиваться въ направленіе воли собственника по управленію имѣніемъ и требовать судомъ исправленія упущеній, навязывать собственнику ту, либо другую систему хозяйства“. Можно было бы еще прибавить къ этому соображенію, что, въ общемъ, дѣйствія имѣютъ въ этомъ отношеніи большее практическое значеніе, чѣмъ упущенія.

Тѣмъ не менѣе, нельзя стать на ту же точку зрѣнія, которую занимаетъ проектъ. Само собой разумѣется, что не можетъ быть и рѣчи о „навязываніи собственнику той, либо другой системы хозяйства“. Но всетаки не слѣдуетъ оставлять кредитора совершенно безъ защиты противъ упущеній собственника, которые, безспорно, могутъ причинить огромный ущербъ его интересамъ [2]). Непочинка плотины, оставленіе срубленной лѣсной площади незасѣянной и цѣлый рядъ другихъ упущеній могутъ совершенно разорить имѣніе и низвести его цѣнность почти до нуля. Правда, иногда будетъ не совсѣмъ легко провести грань между реакціей на подобныя упущенія и недопустимымъ вмѣшательствомъ въ хозяйство собственника. Но тутъ уже долженъ быть предоставленъ просторъ справедливому усмотрѣнію и такту суда.

Въ виду этого, необходимо измѣнить текстъ ст. 82, такъ какъ при нынѣшней ея редакціи, говорящей о „распоряженіяхъ собственника и о воспрещеніи ихъ судомъ, она не можетъ найти примѣненія къ упущеніямъ.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 428, 1896 г. I, стр. 435.

2) BGB. 1134,2 прямо упоминаетъ объ упущеніяхъ, ZGB. 808 этого не дѣлаетъ, но нѣтъ, очевидно, препятствій къ соотвѣтствующему толкованію этой статьи. Ср. также Wieland, Sachenrecht ad 808, P. 2 b.

Однако, нельзя не поставить, далѣе, вопроса о практическомъ значеніи высказаннаго, на основаніи ст. 82, воспрещенія суда. Къ сожалѣнію, приходится признать, что это значеніе очень невелико, можно даже сказать — ничтожно. Вѣдь достаточно извѣстно, что нашъ процессъ не даетъ суду возможности произвести непосредственное давленіе на должника съ цѣлью принудить его къ совершенію опредѣленныхъ дѣйствій или къ несовершенію другихъ [1]). Нѣтъ возможности пригрозить ему штрафомъ или арестомъ на случай ослушанія, нѣтъ возможности отобрать у него недвижимость и передать ее въ управленіе назначенному судомъ лицу [2]). Единственный, предусмотрѣнный нашимъ процессомъ способъ исполненія судебнаго рѣшенія, могущій найти примѣненіе въ разсматриваемомъ случаѣ, да и то лишь при условіи распространенія ст. 82 также и на упущенія, состоялъ бы въ предоставленіи кредитору права произвести за счетъ собственника работы, которыя могутъ оказаться необходимыми для сохраненія цѣнности имѣнія [3]).

Благодаря этому, приходится сказать въ результатѣ, что предоставленное ст. 82 кредитору право имѣетъ значеніе болѣе или менѣе платоническое, пока въ нашъ процессъ не будутъ введены соотвѣствующія новыя нормы. Былъ бы, впрочемъ, вполнѣ мыслимъ также и другой исходъ: можно было бы непосредственно дополнить ст. 82 постановленіемъ, согласно которому за судомъ признается право наложить на ослушника денежное взысканіе въ опредѣленномъ размѣрѣ за каждый случай ослушанія. Правда, подобное нововведе-

1) У. Гр. С. 933, ср. Гордонъ, Искъ о воспрещеніи, Вѣстн. Гр. Пр. 1913, 4, стр. 133 сл.

2) Ср. ZPO. 890. О допустимости передачи имѣнія управителю ср. Kober, Sachenrecht ad 1134, P. 4 a.

3) У. Гр. С. 934.

ніе, допущенное по поводу одного отдѣльнаго случая, было бы шагомъ нѣсколько необычнымъ. Но ВУ. предоставляетъ право наложенія денежныхъ взысканій за ослушаніе начальнику вотчиннаго установленія болѣе, чѣмъ въ одномъ случаѣ [1]). И нѣтъ, въ сущности, основательныхъ причинъ, по которымъ не слѣдовало бы оказать то же довѣріе суду, которое свободно оказывается начальнику вотчиннаго установленія.

Напротивъ, вполнѣ реальное значеніе имѣетъ ст. 83. Она направлена къ огражденію вѣрителя отъ послѣдствій уже наступившихъ ухудшеній недвижимости, и даетъ, для достиженія этой цѣли, вѣрителю право требовать уплаты по залоговому требованію, независимо отъ наступленія срока, однако съ тѣмъ, чтобы должнику предварительно былъ данъ срокъ для представленія дополнительнаго обезпеченія или для устраненія послѣдовавшаго въ имѣніи ухудшенія. Этотъ срокъ устанавливается или по соглашенію съ вѣрителемъ или же, если таковое не состоится, по постановленію суда.

Само собой разумѣется, при этомъ, что, для возникновенія права вѣрителя на досрочную уплату, ухудшеніе должно повлечь за собой такое пониженіе цѣнности имѣнія, чтобы удовлетвореніе изъ нея стало невозможнымъ вполнѣ или отчасти. Отсюда, впрочемъ, вытекаетъ, что ст. 83 имѣетъ значеніе преимущественно для младшихъ вѣрителей, между тѣмъ какъ кредиторы по первой ипотекѣ, въ большинствѣ случаевъ, не будутъ имѣть ни интереса, ни даже права пользоваться искомъ изъ ст. 83 [2]).

Все это, въ общемъ, не можетъ возбуждать споровъ. Необходимо указать особо лишь на два обстоятельства. Первое изъ нихъ заключается въ томъ, что, по словамъ ст. 83, право кредитора на досрочную уплату возникаетъ лишь тогда, когда ухудшеніе наступило по винѣ собственника [1]). Объясненія [2]) мотивируютъ это утвержденіемъ, что противоположное правило было бы слишкомъ стѣснительнымъ и строгимъ по отношенію къ должнику, ни въ чемъ не нарушившему своихъ обязанностей. Они ссылаются и на то, что законодательства австрійское и баварское занимаютъ ту же точку зрѣнія, между тѣмъ какъ нѣкоторыя другія, въ томъ числѣ и германское уложеніе [3]), не придаютъ значенія моменту вины собственника. Можно прибавить, что къ первой группѣ примкнуло въ настоящее время и уложеніе швейцарское [4]).

Такимъ образомъ, оба новѣйшихъ кодекса противорѣчатъ другъ другу по этому вопросу. При этомъ, редакторы ZGB. не мотивируютъ своего рѣшенія [5]). Составители BGB., напротивъ, утверждаютъ [6]), что дѣло идетъ здѣсь о вещномъ правѣ вѣрителя. Благодаря этому, слѣдуетъ считать совершенно безразличнымъ, виновно ли опредѣленное лицо или

1) Ср. ВУ. 169, 172 сл., 442.

2) Стоитъ, пожалуй, указать особо на то, что представленіе дополнительнаго обезпеченія можетъ состоять также и въ предоставленіи вѣрителю лучшаго старшинства, напр., путемъ отказа отъ отмѣтки о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 432 сл., 1896 г. I, стр. 439 сл., считаютъ, впрочемъ, нужнымъ особо подчеркнуть, что право кредитора на досрочную уплату не возникаетъ, когда недостаточность имѣнія существовала до установленія залога, когда уменьшеніе цѣнности имѣнія могло быть заранѣе предвидѣно сторонами въ силу самой природы вещей и наконецъ, когда уменьшеніе цѣнности является результатомъ какихъ либо общихъ политическихъ или экономическихъ обстоятельствъ. Но все это разумѣется, очевидно, само собой.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 431, 1896 г. I, стр. 437.

3) BGB. 1133.

4) ZGB. 810 признаетъ за вѣрителемъ право на дополнительное обезпеченіе или на досрочную уплату долга, въ случаѣ ухудшенія недвижимости безъ вины собственника, лишь въ той мѣрѣ, въ какой самъ собственникъ получаетъ возмѣщеніе. Однако, одновременно за кредиторомъ признается право принять, со своей стороны, мѣры къ устраненію наступившихъ поврежденій, съ тѣмъ, чтобы въ обезпеченіе произведенныхъ имъ издержекъ возникъ, безъ внесенія въ вотчинную книгу, вотчинный долгъ.

5) Ср. Erläuterungen III, S. 242.

6) BGB, Motive III, S. 671.

нѣтъ въ наступившемъ ухудшеніи положенія вещно-управомоченнаго лица.

Однако, трудно согласиться съ этимъ аргументомъ. Залоговое право вѣрителя связано съ опредѣленнымъ объектомъ и онъ не можетъ быть освобожденъ отъ риска гибели или ухудшенія заложенной вещи. А наступившее безъ вины должника обезцѣненіе этой вещи не можетъ измѣнить характеръ его обязательственнаго требованія и не можетъ дать ему указанныя въ ст. 83 права.

Съ конструктивной точки зрѣнія, слѣдуетъ, поэтому, присоединиться къ рѣшенію, принятому швейцарскимъ уложеніемъ и нашимъ проектомъ. Съ цивильно-политической же точки зрѣнія, слѣдуетъ дополнить нѣсколько неопредѣленную аргументацію Объясненій указаніемъ на то, что было бы неправильно сдѣлать еще болѣе затруднительнымъ положеніе должника, на котораго, безъ всякой съ его стороны вины, обрушилось элементарное бѣдствіе.

Затѣмъ, однако, нельзя не обратить вниманія на то, что даваемое проектомъ вѣрителю право заходить въ одномъ отношеніи дальше необходимаго. Стоитъ привлечь для сравненія соотвѣтствующее постановленіе швейцарскаго уложенія[1]): согласно ему, вѣритель въ случаѣ пониженія цѣнности недвижимости можетъ требовать досрочной уплаты не всей суммы долга, а лишь соотвѣтствующей части.

Кажется, что такое ограниченіе вполнѣ цѣлесообразно. При помощи его достигается все, что необходимо въ интересахъ кредитора, и вмѣстѣ съ тѣмъ на должника не возлагается болѣе тяжкаго бремемени, чѣмъ того требуетъ необходимость. Введеніе того же ограниченія въ нашъ проектъ, безспорно, отвѣчало бы требованіямъ и цѣлесообразности и справедливости[2]).

1) ZGB. 809,3.

2) На первый взглядъ могло бы показаться, будто, благодаря предлагаемой поправкѣ, ухудшается процессуальное положеніе вѣрителя возложеніемъ на него обязанности доказать, въ какихъ предѣлахъ его требованіе лишилось обезпеченія. Однако, на дѣлѣ это не такъ. Уже по предположеніямъ проекта, вѣритель обязанъ доказать не только фактъ ухудшенія недвижимости, но также и размѣры ухудшенія. Это вытекаетъ изъ того, что право вѣрителя на досрочную уплату обусловлено именно такимъ пониженіемъ цѣнности имѣнія, благодаря которому „удовлетвореніе обезпеченнаго на немъ долга сдѣлалось, вполнѣ или въ части, невозможнымъ“. Слѣдовательно, процессуальное положеніе вѣрителя отъ предлагамой поправки нисколько не измѣнилось бы.

§ 81. „Порабощеніе“ собственника-должника.

При разсмотрѣніи отдѣльныхъ постановленій, ограждающихъ права вѣрителя за время до обращенія взысканія на обремененную залогомъ недвижимость, пришлось убѣдиться въ томъ, что они не свободны отъ недостатковъ и нуждаются въ поправкахъ какъ съ матеріальной, такъ и съ редакціонной точки зрѣнія. Но разсматриваемыя статьи, какъ цѣлое, представляютъ интересъ еще съ болѣе общей точки зрѣнія. Онѣ представляютъ собой первую попытку нашего общаго законодательства урегулировать отношенія между вѣрителемъ и должникомъ по залогу за время отъ установленія залога до наступленія срока требованію. И тутъ, естественно, появляется вопросъ, насколько удачно рѣшена эта задача, а въ частности, не впалъ ли проектъ ВУ. въ крайность, противоположную той, которая имѣется въ дѣйствующемъ правѣ. Другими словами: въ дѣйствующемъ правѣ вѣритель, какъ извѣстно, защищенъ далеко недостаточно противъ злоупотребленій со стороны должника. Но не признаетъ ли проектъ за вѣрителемъ слишкомъ обширныя въ этомъ отношеніи правомочія?

Это вопросъ, безъ сомнѣнія, важный и интересный. Неудивительно, поэтому, что критики проекта обратили на него чуть ли не главное вниманіе. И тутъ, именно, можно встрѣтиться съ воззрѣніемъ, будто проектъ впалъ въ крайность. Оно, притомъ, высказывается такими критиками, замѣчанія коихъ отличаются серьезностью и основательностью[1]).

1) Ср. выше, т. I. § 6.

Такъ, напр., членъ ревельскаго окружнаго суда И. М. Тютрюмовъ утверждаетъ [1]), что „проектъ, при опредѣленіи правъ вотчиннаго кредитора, слишкомъ стѣсняетъ должника въ пользованіи своимъ заложеннымъ недвижимымъ имѣніемъ. Эта черта проекта проходитъ чрезъ всѣ соотвѣтствующія статьи . . . Такого рода постановленія закона открываютъ для вотчиннаго кредитора широкій доступъ для вторженій въ хозяйственную сферу собственника заложеннаго имѣнія, ставя собственника тѣмъ самымъ въ слишкомъ зависимое положеніе отъ усмотрѣнія и контроля кредитора . . . Предоставляемыя проектомъ вотчинному кредитору обширныя права въ отношеніи заложеннаго имѣнія и стѣсненное положеніе собственника такового не можетъ не отразиться вредно на интересахъ землевладѣнія и сельскаго хозяйства. Тамъ, гдѣ необходимо притти на помощь сельскому хозяину и дать возможность оправиться отъ какого либо несчастія . . . — на сцену является вотчинный кредиторъ, вооруженный обширными правами, предоставляемыми ему проектомъ, и тогда уже собственнику имѣнія грозитъ преждевременная принудительная продажа его имѣнія, а иногда вмѣстѣ съ тѣмъ и полное раззореніе . . . Дѣйствительно нетрудно допустить возможность и такого положенія дѣла, когда вотчинные кредиторы будутъ вмѣшиваться и въ направленіе воли собственника по управленію имѣніемъ и требовать исправленія упущеній, навязывая собственнику ту или другую систему хозяйства“.

Въ томъ же, приблизительно, духѣ высказывается проф. И. Т. Тарасовъ [2]): „Главнѣйшій недостатокъ проекта ВУ. заключается въ чрезмѣрно заботливомъ отношеніи къ интересамъ вотчиннаго кредитора, при почти полномъ невниманіи къ интересамъ вотчиннаго должника“. А въ другомъ мѣстѣ [3])

1) Св. Зам., № 178.
2) Св. Зам., № 179.
3) Св. Зам., № 184.

онъ говоритъ: „Вотчинный кредиторъ выступаетъ какъ бы фактическимъ собственникомъ заложеннаго имѣнія . . . Очевидно, нельзя стремиться къ расширенію и удешевленію вотчиннаго кредита, имѣющаго безспорно огромное хозяйственное значеніе, и въ то же время обставлять пользованіе этимъ кредитомъ разорительными или крайне стѣснительными для должника условіями, открывающими просторъ для неумѣренныхъ притязаній и вымогательствъ со стороны вотчинныхъ кредиторовъ“.

Можно ли признать эти обвиненія справедливыми, дѣйствительно ли получается, благодаря предположеніямъ проекта, подобная возможность порабощенія собственника-должника кредиторомъ?

Если бы приходилось отвѣчать на этотъ вопросъ утвердительно, то въ этомъ, разумѣется, заключался бы жестокій приговоръ надъ разсматриваемой главой проекта, и въ такомъ случаѣ слѣдовало бы, безспорно, требовать исключенія соотвѣтствующихъ постановленій изъ проекта ВУ. Однако, къ этому едва ли имѣются основанія.

Правда, при сравненіи предположеній проекта съ дѣйствующимъ законодательствомъ можетъ показаться, будто вѣрителю удѣляются чрезвычайно широкія правомочія. Но вѣдь X т. въ этой области менѣе еще, чѣмъ въ какой либо другой, можетъ служить мѣриломъ и опорой для критики, въ виду почти полнаго отсутствія въ немъ нормъ, ограждающихъ справедливые интересы вѣрителя противъ махинацій должника, направленныхъ къ уменьшенію цѣнности имѣнія. Если же сравнить проектъ съ новѣйшими западноевропейскими кодексами, то приходится, правда, убѣдиться въ наличности ряда дефектовъ проекта. Но что касается, въ частности, правомочій вѣрителя, то тутъ слѣдуетъ констатировать совпаденіе по всѣмъ болѣе существеннымъ вопросамъ. И если тутъ замѣчается нѣкоторое расхожденіе, по тѣмъ или инымъ пунктамъ, то практическія послѣдствія

нормъ, регулирующихъ отношенія между вѣрителемъ и должникомъ, представляются почти въ одинаковомъ свѣтѣ. Заходя впередъ, можно, впрочемъ, прибавить, что и по весьма важному вопросу о судьбахъ страхового вознагражденія[1]) проектъ ВУ. относится даже гораздо благосклоннѣе къ должнику, чѣмъ уложенія швейцарское и германское — чего, правда, еще не было въ проектѣ 1893 г., вызвавшемъ возраженія И. М. Тютрюмова и И. Т. Тарасова. А на Западѣ пока не раздавалось жалобъ на порабощеніе должника вѣрителемъ.

Въ самомъ дѣлѣ, на чемъ же основываются опасенія, что собственникъ будетъ слишкомъ стѣсненъ въ пользованіи своимъ имѣніемъ и что вотчинные кредиторы будутъ вмѣшиваться въ управленіе имѣніемъ и даже навязывать собственнику ту или другую систему хозяйства, однимъ словомъ, что кредиторъ будетъ выступать какъ бы фактическимъ собственникомъ?

При спокойномъ разсмотрѣніи ст. 80—83, слѣдуетъ сказать, что онѣ не содержатъ ничего, что могло бы оправдывать столь мрачныя перспективы. Если даже предположить, что эти статьи получатъ силу закона въ своей нынѣшней формѣ и если оставить въ сторонѣ то обстоятельство, что значительная часть предполагаемыхъ ими мѣръ не имѣетъ практическаго значенія, то результатомъ будетъ слѣдующее: собственникъ будетъ лишенъ права распоряжаться во вредъ кредиторамъ платежами по имѣнію на сроки, болѣе чѣмъ за годъ впередъ; продажа имъ лѣса на срубъ въ количествѣ не соразмѣрномъ съ обыкновеннымъ приростомъ можетъ быть оспорена вѣрителями; договоры, по которымъ обусловлена несоразмѣрно низкая цѣна, могутъ быть уничтожены; судъ можетъ воспретить собственнику разорительныя для имѣнія распоряженія и происшедшее по винѣ собственника

1) См. ниже, § 85.

уменьшеніе цѣнности имѣнія даетъ кредитору право требовать досрочной уплаты долга.

Развѣ въ этомъ заключается несправедливое или нецѣлесообразное ограниченіе собственника? Напротивъ, кажется, что это и есть минимумъ тѣхъ ограниченій, которыя необходимы въ интересахъ вѣрителя. Ибо всѣ перечисленныя распоряженія собственника направлены къ уменьшенію цѣнности имѣнія, и, слѣдовательно, къ причиненію ущерба вѣрителю и всѣ они обладаютъ такимъ характеромъ, что ни одинъ добросовѣстный и хозяйственный собственникъ къ нимъ не прибѣгнетъ.

Правда, мыслимо, что придирчивый или мелочный вѣритель злоупотребитъ нормами будущаго ВУ. для причиненія собственнику непріятностей. Но развѣ существуютъ такія нормы, которыя исключали бы подобную возможность? И вѣдь, въ концѣ концовъ, вѣритель никакихъ самостоятельныхъ шаговъ предпринимать не можетъ. Онъ можетъ лишь обращаться въ судъ. И отъ суда уже будетъ зависѣть оцѣнка какъ распоряженій собственника, такъ и претензій вѣрителя.

Итакъ, нельзя не признать необоснованными обвиненія проекта въ чрезмѣрномъ покровительствованіи вѣрителю и въ оставленіи должника собственника беззащитнымъ — ни о какомъ порабощеніи собственника, очевидно, не можетъ быть рѣчи. Съ этой точки зрѣнія противъ относящихся сюда нормъ проекта ВУ. возражать безусловно не приходится.

Осуществленіе залогового права.

§ 82. Сущность залогового иска.

Цѣлью залогового права является удовлетвореніе вѣрителя изъ цѣнности недвижимости, реализованной посредствомъ публичной продажи. Вслѣдствіе этого, вѣрителю предоставляется принять соотвѣтствующіе шаги для того, чтобы было открыто производство о публичной продажѣ. Въ этомъ заключается сущность его права. Напротивъ, за нимъ нельзя признать права требовать отъ собственника недвижимости уплаты суммы, обезпеченной залогомъ. Собственникъ не обязанъ ни къ чему, кромѣ допущенія публичной продажи. Удовлетвореніе же вѣрителя можетъ быть съ его стороны лишь актомъ свободной воли.

Залоговой искъ, слѣдовательно, имѣетъ содержаніемъ обращенную къ суду просьбу признать собственника обязаннымъ терпѣть понудительное взысканіе.

Такое воззрѣніе на сущность залогового иска вытекаетъ изъ современнаго понятія о залогѣ [1]). Оно, притомъ, вполнѣ согласуется съ воззрѣніемъ на него проекта ВУ., несмотря на то, что составителямъ проекта это современное понятіе было довольно чуждо. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно ознакомиться съ содержаніемъ ст. 98, гласящей: „Вотчинный кредиторъ, по наступленіи срока платежа капитальной суммы или процентовъ, можетъ требовать удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія посредствомъ публичной продажи онаго, хотя бы имѣніе и перешло въ другія руки“ [1]) [2]).

1) Ср. выше, §§ 48 сл.

Ясно, что проектъ признаетъ, въ этой статьѣ, непосредственный характеръ залогового права, устраняющій мысль о томъ, будто оно связано съ обязанностью собственника. Все сводится къ праву кредитора требовать реализаціи цѣнности имѣнія и получить удовлетвореніе изъ нея [3]).

Условіемъ предъявленія залогового иска является, конечно, наступленіе установленнаго срока, что и высказывается въ ст. 98. Это относится какъ къ капитальной суммѣ, такъ и къ процентамъ. Но кромѣ того, вѣритель можетъ предъявить залоговой искъ, въ силу ст. 83, также и до этого момента, если цѣнность имѣнія уменьшилась по винѣ собственника настолько, что удовлетвореніе вѣрителя уже не можетъ считаться обезпеченнымъ [4]).

Наряду съ этимъ, проектъ предусматриваетъ въ ст. 99 установленіе обезпеченнаго залогомъ долга до востребованія.

1) Уже въ Св. Зам., № 217 было указано на то, что послѣднія слова этой статьи „хотя бы имѣніе и перешло въ другія руки“ совершенно излишни, такъ какъ выраженное ими начало вытекаетъ не только изъ общихъ соображеній, но также и изъ прямого смысла ст. 46, дающей легальное опредѣленіе залога. Съ этимъ надо, разумѣется, согласиться. Менѣе убѣдительно имѣющееся, кромѣ того, въ этомъ же Замѣчаніи утвержденіе, что ст. 98 вообще ненужна, такъ какъ выраженная ею мысль вытекаетъ и изъ общихъ соображеній, и изъ ст. 46. Само по себѣ оно, безспорно, правильно. Но сохраненіе ст. 98, тѣмъ не менѣе, кажется желательнымъ для достиженія большей ясности. Она могла бы отпасть только при измѣненіи редакціи ст. 46, въ которую слѣдовало бы ввести, въ такомъ случаѣ, прямое указаніе на залоговой искъ.

2) О второй части ст. 98, говорящей объ обращеніи взысканія на доходы заповѣднаго имѣнія см. выше, § 66.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 469 сл., 1896 г. I, стр. 475 сл. — въ нихъ равно нѣтъ ничего, что препятствовало бы придерживаться изложеннаго въ текстѣ воззрѣнія. Ж. О. К., стр. 186 совершенно молчитъ о ст. 98. — Ср. о терминологіи ст. 98 сказанное выше, § 54.

4) Ср. выше, § 80.

Тутъ „платежъ долженъ быть произведенъ въ трехмѣсячный срокъ со дня заявленія кредиторомъ собственнику заложеннаго имѣнія требованія о платежѣ“ [1]).

Въ своемъ мѣстѣ [2]) уже было отмѣчено, что формулировка этой статьи мало удачна, такъ какъ ею вызывается впечатлѣніе, будто установленіемъ залога создается обязанность собственника произвести платежъ и будто вѣритель пріобрѣтаетъ право требовать отъ него уплаты. На дѣлѣ и тутъ ни того, ни другого нѣтъ. Весь вопросъ — въ формулировкѣ, не имѣющей, конечно, рѣшающаго значенія. Мысль же, которая заключается въ ст. 99, можетъ быть согласована, безъ труда, и съ современнымъ пониманіемъ залога: если залогомъ обезпечено обязательство, срокъ которому назначенъ по востребованію, то залоговой искъ можетъ быть предъявленъ по истеченіи трехъ мѣсяцевъ со дня заявленія кредиторомъ должнику требованія о платежѣ и сообщенія объ этомъ собственнику обремененнаго имѣнія.

Статья эта возбудила, впрочемъ, довольно оживленные споры. Съ одной стороны, было указано на то, что залогъ въ обезпеченіе обязательствъ до востребованія можетъ стать опаснымъ орудіемъ ростовщичества и что онъ поэтому вообще не долженъ быть допущенъ [3]). Съ другой стороны, утверждали, что въ ст. 99 нѣтъ никакой необходимости, такъ какъ нормированный въ ней вопросъ разрѣшенъ уже дѣйствующимъ У. Гр. С. [4]). Было высказано также и мнѣніе, что предусмотрѣнный въ ст. 99 трехмѣсячный срокъ слишкомъ непродолжителенъ [5]). Наконецъ, было указано и на то, что для кредитора представитъ значительныя затрудненія доказать,

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 469 сл., 1896 г. I, стр. 478 сл., Ж. О. К., стр. 186 сл.

2) См. выше, § 54.

3) Отзывъ министра финансовъ, стр. 38 сл. Ср. Св. Зам., № 220.

4) Св. Зам., № 218,1. Ср. также № 218.

5) тамъ же, № 219.

что требуемое заявленіе было сдѣлано имъ и притомъ, сдѣлано заблаговременно [1]).

Меньше всего вниманія заслуживаетъ, очевидно, послѣднее замѣчаніе: проектъ не предусматриваетъ опредѣленной формы для заявленія кредитора. Тѣмъ самымъ вѣрителю предоставляется заботиться о томъ, чтобы онъ, въ случаѣ спора, располагалъ необходимыми доказательствами. Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что такое отношеніе проекта къ этому вопросу вполнѣ правильно и цѣлесообразно.

Что же касается прочихъ возраженій, то слѣдуетъ исходить изъ того факта, что вездѣ, гдѣ дѣйствуетъ удовлетворительная вотчинная или ипотечная система, залогъ устанавливается преимущественно до востребованія. Это объясняется тѣмъ, что при нормальныхъ условіяхъ частныя лица, а также всякаго рода юридическія лица помѣщаютъ свои капиталы въ ипотекахъ тогда, когда они не предвидятъ въ близкомъ будущемъ потребности въ наличныхъ средствахъ, причемъ, кромѣ того, въ разсчетъ принимается и возможность реализаціи средствъ путемъ уступки обезпеченнаго залогомъ требованія. Въ виду этого, наиболѣе цѣлесообразнымъ является назначеніе срока по востребованію. А такъ какъ срокъ назначается, опять таки при нормальныхъ условіяхъ, достаточно продолжительный, то такое положеніе дѣла, въ общемъ, вполнѣ отвѣчаетъ интересамъ и землевладѣльцевъ. Результатомъ такого порядка является весьма часто то, что ипотеки тяготѣютъ на одной и той же недвижимости часто въ теченіе многихъ лѣтъ, иногда даже многихъ десятилѣтій [2]).

1) тамъ же, № 218,1.

2) Ср. Nussbaum, Hypothekenwesen, S. 188. Здѣсь говорится о случаяхъ, въ которыхъ обремененія, установленныя въ серединѣ 18 вѣка, понынѣ тяготѣютъ на данныхъ недвижимостяхъ. Съ юридической точки зрѣнія, такое утвержденіе, разумѣется, не вполнѣ точно, такъ какъ первоначально установленныя ипотеки обыкновенно по нѣсколько разъ замѣнялись новыми. Но съ экономической точки зрѣнія, дѣло обстоитъ

Ясно, что подобное положеніе вещей вполнѣ удовлетворительно — хотя, разумѣется, въ интересахъ землевладѣнія, слѣдуетъ желать амортизаціи ипотечныхъ долговъ. Но пока, по экономическимъ условіямъ, не можетъ быть рѣчи объ освобожденіи земли отъ тяготѣющихъ на ней обремененій и пока уплата по одному залогу, въ общемъ, приводитъ лишь къ замѣнѣ его другимъ, что разумѣется, связано для собственника съ расходами, до тѣхъ поръ наиболѣе желательнымъ является, именно, господство только что изложеннаго порядка. А его воцаренію, очевидно, способствуетъ установленіе залога по обязательствамъ до востребованія.

Само собой разумѣется, что и на этой почвѣ возможны злоупотребленія: вѣритель-ростовщикъ можетъ использовать невыгодную для собственника конъюнктуру и предъявить требованіе объ уплатѣ именно въ такое время, когда это приводитъ къ разоренію послѣдняго. Но возможность злоупотребленій, разумѣется, не доказываетъ, что данный институтъ вреденъ. Вообще же съ ростовщичествомъ въ области поземельнаго кредита слѣдуетъ бороться не путемъ ограниченія правъ землевладѣльцевъ и вѣрителей, а установленіемъ хорошаго вотчиннаго порядка и мѣрами экономическими [2]).

Мало убѣдительны и указанія на постановленія У. Гр. С. Они страдаютъ, прежде всего, тѣмъ недостаткомъ, что не считаются съ предстоящимъ одновременно съ вступленіемъ въ силу ВУ. введеніемъ ППВ. и съ вытекающей отсюда отмѣной соотвѣтствующихъ статей У. Гр. С. Но они,

именно такъ. — Авторъ можетъ прибавить, что въ Прибалтійскомъ краѣ наблюдается то же самое явленіе. — О тенденціи ипотечныхъ долговъ фактически превращаться въ долги безсрочные упоминается и въ матеріалахъ къ проекту — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 495 сл., 1896 г. I, стр. 499 сл., Ж. О. К., стр. 204 сл.

2) Ср. сказанное выше, § 73, о роли ростовщичества при упорядоченномъ вотчинномъ оборотѣ.

кромѣ того, упускаютъ изъ вида одно весьма важное обстоятельство, заключающееся въ томъ, что, по дѣйствующему праву, срокъ исчисляется со дня врученія повѣстки объ исполненіи и что начало теченія его поставлено въ непосредственную связь съ началомъ понудительнаго исполненія. Ясно, что это ставитъ собственника, безъ всякой необходимости, въ крайне затруднительное положеніе [1]).

Такимъ образомъ, ст. 99 можетъ и должна быть сохранена. Единственно сомнительнымъ пунктомъ является лишь опредѣленіе именно трехмѣсячнаго срока. На основаніи теоретическихъ соображеній нельзя высказаться ни за, ни противъ него. Тутъ все зависитъ отъ экономическихъ условій, которыя должны быть выяснены путемъ опроса компетентныхъ учрежденій и лицъ. Правда, сторонамъ не возбраняется установить по соглашенію другой срокъ, на что особо указываетъ редакціонная комиссія. Но все же было бы желательно, если бы въ самомъ законѣ указывался такой срокъ, который отвѣчалъ бы потребностямъ поземельнаго кредита [2]).

Далѣе, въ связи съ вопросомъ о характерѣ залогового иска, необходимо упомянуть еще разъ о неоднократно затронутой уже ст. 107, говорящей о возраженіяхъ, которыя могутъ быть выставлены противъ залогового иска [3]).

О недостаткахъ, которыми страдаетъ эта статья, было сказано въ своемъ мѣстѣ [4]). Равно было указано на большое принципіальное значеніе ея, а также на то, что она относится только къ ипотекѣ оборотной. Въ виду этого, остается лишь констатировать, что, согласно ст. 107, противъ зало-

1) См. У. Гр. С. 943,3, 1095, 1097.

2) Въ Прибалтійскомъ краѣ, гдѣ установленіе ипотекъ въ обезпеченіе требованій до востребованія въ широкомъ ходу, наиболѣе употребительнымъ является срокъ шестимѣсячный.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 502 сл. 1896 г. I, стр. 503 сл., Ж. О. К., стр. 205 сл.

4) Ср. выше, § 63. Ср. также § 53.

гового иска могутъ быть выставлены всѣ возраженія, вытекающія какъ изъ недостатковъ самаго залогового права, такъ и изъ обезпечиваемаго имъ обязательственнаго требованія только тогда, когда истцомъ является первоначальный вѣритель или пріобрѣтатель правъ по залогу безвозмездный или недобросовѣстный. Напротивъ, если истцомъ является третій добросовѣстный и возмездный пріобрѣтатель, то противъ иска могутъ быть выставлены только тѣ возраженія, которыя явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта, а равно, разумѣется, тѣ, которыя вытекаютъ изъ личныхъ отношеній отвѣтчика къ истцу. Напротивъ, возраженія, вытекающія изъ обезпеченнаго залогомъ обязательственнаго требованія отпадаютъ. Отпадаютъ и возраженія, вытекающія изъ пороковъ залогового права, не явствующихъ изъ книги или изъ акта.

Проектъ допускаетъ, впрочемъ, одно исключеніе, съ которымъ, въ интересахъ оборота, слѣдуетъ вполнѣ согласиться: должникъ можетъ ссылаться на уплату процентовъ, коимъ срокъ наступилъ, хотя бы на залоговомъ актѣ или иномъ документѣ и не было сдѣлано соотвѣтствующей надписи.

Но необходимо подчеркнуть еще разъ, что ст. 107 относится исключительно къ ипотекѣ оборотной. Она совершенно непримѣнима къ ипотекѣ обезпечительной и противъ залогового иска изъ послѣдней допустимы всѣ возраженія, имѣющіяся въ распоряженіи должника.

Одинаковыя съ вотчиннымъ кредиторомъ права имѣетъ, согласно ст. 106, то лицо, которое приняло въ закладъ обезпеченное залогомъ обязательственное требованіе. При этомъ, условіемъ для предъявленія имъ залогового иска является наступленіе срока какъ по его требованію къ ипотечному вѣрителю, такъ и по заложенному ему требованію [1]).

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 500 сл., 1896 г. I, стр. 502 сл.

Залоговой искъ, такимъ образомъ, регулированъ въ проектѣ достаточно подробно и въ общемъ удовлетворительно. Но необходимо принять во вниманіе, далѣе, еще одно обстоятельство, играющее весьма большую роль въ нашемъ проектѣ.

Оно заключается въ томъ, что въ распоряженіи вотчиннаго кредитора находится не одинъ только залоговой искъ.

Проектъ, какъ извѣстно, не признаетъ самостоятельнаго обремененія недвижимости, извѣстнаго подъ названіемъ вотчиннаго долга. Онъ допускаетъ установленіе лишь залогового права въ тѣсномъ смыслѣ, находящагося въ большей или меньшей зависимости отъ обязательственнаго требованія. Вслѣдствіе этого, естественно создается конкурренція съ залоговымъ искомъ иска обязательственнаго.

Правда, эта конкурренція, сама по себѣ не вноситъ никакихъ осложненій и вполнѣ мыслима такая постановка вопроса о соотношеніи между залоговымъ и личнымъ исками, при которой оба иска существуютъ рядомъ, не оказывая другъ на друга никакого вліянія. Вслѣдствіе этого вѣритель можетъ предъявлять тотъ или другой изъ нихъ по своему усмотрѣнію, съ тѣмъ, разумѣется, чтобы удовлетвореніе одного изъ нихъ влекло за собой устраненіе другого.

Такъ на самомъ дѣлѣ и поступили новѣйшіе западные кодексы [1]). Но проектъ ВУ. пошелъ по иному пути и установилъ очень сложное соотношеніе между обоими исками.

Основное, по этому вопросу, правило выражено въ ст. 101,1, согласно которой кредиторъ, не получившій полнаго удовлетворенія изъ заложеннаго имѣнія, можетъ обратить взысканіе на другое имущество первоначальнаго должника. Такимъ образомъ, за залоговымъ искомъ признается гла-

1) BGB. и ZGB. даже не сочли нужнымъ высказать прямо свое отношеніе къ этому вопросу. Они считали сосуществованіе обоихъ исковъ неминуемымъ послѣдствіемъ избранной ими конструкціи залогового права, и литература молчаливо присоединилась къ такому воззрѣнію.

венствующее значеніе, между тѣмъ какъ личный искъ получаетъ характеръ дополнительный. Другими словами, выдвигается принципъ примарной отвѣтственности обремененной недвижимости, при субсидіарной личной отвѣтственности должника.

Однако, этотъ принципъ не имѣетъ безусловной силы. Дополнительная личная отвѣтственность должника можетъ быть устранена, прежде всего, въ силу той же ст. 101,1, соглашеніемъ контрагентовъ, которое должно быть отмѣчено въ вотчинной книгѣ и на залоговомъ актѣ. Но кромѣ того, проектъ ВУ., независимо отъ воли контрагентовъ, устанавливаетъ нѣкоторыя ограниченія этого принципа и отступленія отъ него.

Наиболѣе важное изъ этихъ ограниченій заключается въ томъ, что указанный принципъ простираетъ свое дѣйствіе только на ипотеку оборотную. Напротивъ, извѣстные проекту виды ипотеки обезпечительной изымаются изъ подъ его дѣйствія: ст. 103 устанавливаетъ, что кредиторъ по принудительному и кредитному залогу можетъ обратить взысканіе, по своему усмотрѣнію, на заложенную недвижимость или на иное имущество должника. Другими словами, права кредитора, вытекающія изъ обязательственнаго требованія, не подвергаются измѣненію вслѣдствіе установленія обезпечительнаго залога. Они сохраняютъ свой прежній характеръ, и установленіе залога приводитъ лишь къ тому, что на ряду съ обязательственнымъ искомъ признается искъ залоговой.

Аналогичное отступленіе признается, въ силу ст. 105, также и по отношенію къ поручительному залогу: въ виду особыхъ отношеній, лежащихъ въ основаніи его, вѣрителю предоставляется выборъ между исками залоговымъ и обязательственнымъ [1]).

1) Ср. выше, § 66.

Однако, принципъ примарной отвѣтственности заложенной недвижимости и субсидіарной личной отвѣтственности относится и къ оборотной ипотекѣ только тогда, когда она установлена въ обезпеченіе требованія частнаго лица. Если же вѣрителемъ является кредитное установленіе, то взысканіе, согласно ст. 104, можетъ быть направлено исключительно на заложенную недвижимость.

Но, далѣе, и въ предѣлахъ указанныхъ только что ограниченій имѣются два отступленія отъ основного принципа.

Первое изъ нихъ сводится къ тому, что кредиторъ, на основаніи ст. 100, можетъ обратить взысканіе не на самое имѣніе, а на находящіеся въ немъ и принадлежащіе собственнику отдѣленные плоды, на наемную плату и другіе платежи, причитающіеся собственнику по заложенному имѣнію. Пользуясь этой возможностью, кредиторъ по ипотекѣ не исключаетъ, однако, личныхъ вѣрителей. За ними остается, напротивъ, право на соразмѣрное удовлетвореніе изъ указанныхъ плодовъ и платежей.

Второе же изъ признанныхъ проектомъ отступленій заключается въ томъ, что субсидіарная личная отвѣтственность должника, согласно ст. 101,2, въ случаѣ отчужденія имѣнія, прекращается по истеченіи трехъ лѣтъ послѣ наступленія срока залоговому требованію, если кредиторъ не обратилъ за это время взысканія на заложенное имѣніе.

Въ тѣсной связи съ ст. 101,2 стоитъ ст. 102, хотя она и не устанавливаетъ отступленія отъ основного принципа, а лишь регулируетъ одинъ частный случай. Согласно ей, именно, пріобрѣтатель заложеннаго имѣнія отвѣчаетъ только имѣніемъ. Личная же отвѣтственность переходитъ на него лишь вслѣдствіе принятія на себя таковой. Въ такомъ случаѣ, однако, первоначальный должникъ освобождается отъ личной отвѣтственности только при согласіи на то кредитора.

Такимъ образомъ получается система, которая, съ внѣш-

ней стороны, можетъ быть названа удовлетворительной. Согласно ей, мы имѣемъ дѣло съ извѣстной градаціей отвѣтственности по залогу, согласованной съ особенностями видовъ залогового права. При этомъ на первомъ мѣстѣ стоитъ ипотека обезпечительная, по которой личная и предметная отвѣтственность конкуррируютъ другъ съ другомъ. Полною противоположностью ей является банковая оборотная ипотека, по которой личный искъ поглощается залоговымъ и совершенно отпадаетъ. Среднее же мѣсто занимаетъ частная оборотная ипотека, по которой залоговой искъ ни оставляетъ незатронутымъ личнаго иска, ни поглощаетъ его, а оттѣсняетъ его на второй планъ, отводя ему роль субсидіарную. Но при этомъ личная отвѣтственность, съ одной стороны, всетаки признается въ извѣстныхъ узкихъ рамкахъ на ряду съ предметною [1]), а съ другой, она, при извѣстныхъ условіяхъ, прекращается въ силу особой краткосрочной давности, вслѣдствіе чего предметная отвѣтственность одна остается въ силѣ.

Въ виду такого положенія дѣла возникаетъ вопросъ, насколько здѣсь можно говорить вообще объ одномъ основномъ принципѣ и насколько постановленіе съ 101,1 можетъ претендовать на общее значеніе? Вѣдь въ результатѣ оказывается, что ст. 103 и 104 не устанавливаютъ исключеній изъ руководящаго принципа, а напротивъ, выясняютъ тотъ фактъ, что ст. 101,1 относится лишь къ одному изъ видовъ ипотеки.

Дѣйствительно, было бы не вполнѣ правильно говорить объ основномъ принципѣ, подверженномъ лишь нѣкоторымъ ограниченіямъ и допускающемъ извѣстныя отступленія. И съ чисто теоретической точки зрѣнія нельзя было бы согласиться, при такихъ обстоятельствахъ, съ редакціей относящихся сюда статей проекта ВУ. Но, съ другой стороны, необходимо имѣть въ виду то, что проектъ считаетъ вообще основнымъ видомъ залогового права ипотеку оборотную и что онъ излагаетъ, поэтому, всѣ нормы примѣнительно къ ней. Напротивъ, обезпечительный залогъ изображается проектомъ въ видѣ исключенія. А если приходится признать цѣлесообразность подобной системы для всего ученія о залоговомъ правѣ, т. е. для всей главы IV раздѣла I проекта ВУ., то нельзя требовать иного и для отдѣленія 9.

Что же касается ипотеки банковой, то она представляетъ собой лишь подвидъ ипотеки оборотной и притомъ такой, единственною особенностью котораго, съ точки зрѣнія матеріальнаго права, является, именно, ограниченіе отвѣтственности заложенною недвижимостью.

На основаніи всего этого является вполнѣ возможнымъ согласиться съ системой изложенія проекта. И лишь при детальномъ изслѣдованіи ученія объ отвѣтственности по залогу необходимо оттѣнить самостоятельность признанныхъ проектомъ трехъ степеней этой отвѣтственности.

Если приступить, затѣмъ, къ критическому разбору созданной проектомъ ВУ. системы отвѣтственности по залогу, то, въ интересахъ возможно болѣе всесторонняго освѣщенія ея, кажется цѣлесообразнымъ считаться сперва съ основными принципами проекта, какъ съ чѣмъ то даннымъ и выяснить, въ первую голову, насколько принятая система выдержана, а только послѣ этого предпринять разборъ самихъ принциповъ, легшихъ въ основаніе этой системы. Такой порядокъ изслѣдованія является, безъ сомнѣнія, не совсѣмъ обычнымъ. Но онъ представляетъ извѣстныя преимущества передъ общепринятымъ тогда, когда дѣло идетъ о критикѣ не закона, а законопроекта. Ибо при такомъ методѣ критика, можетъ быть, въ состояніи принести нѣкоторую пользу и въ томъ случаѣ, когда отвергаемые ею основ-

1) Редакціонная комиссія дала при этомъ, какъ будетъ показано ниже, въ § 86, этому отступленію такую формулировку, что оно должно быть отнесено также и къ ипотекѣ банковой, вслѣдствіе чего получается уже не отступленіе отъ принципа, но рѣзкое нарушеніе его.

ные принципы проекта войдутъ въ окончательную редакцію закона.

Однако, предварительно слѣдуетъ выяснить, въ какихъ предѣлахъ предъявляется залоговой искъ и что является объектомъ взысканія по этому иску.

§ 83. Объемъ залогового иска.

Ст. 77 проекта ВУ. постановляетъ, что заложенное имѣніе отвѣчаетъ не только за капитальную сумму требованія, но кромѣ того еще за наросшіе на нее за послѣдніе два года проценты, если по вотчинной книгѣ значатся проценты, а при залогѣ въ кредитномъ установленіи также и за пеню, причитающуюся по недоимкѣ въ процентахъ, и, далѣе, за понесенныя кредиторомъ при взысканіи судебныя издержки, въ размѣрѣ не свыше пяти процентовъ съ капитальной суммы, если по вотчинной книгѣ не установлено иного размѣра издержекъ. Другими словами, въ этомъ, именно, объемѣ можетъ быть предъявленъ залоговой искъ.

Мысль, выраженная въ приведенной статьѣ, признается и другими современными законодательствами [1]). И нельзя не сказать, что она, сама по себѣ, въ сущности, не представляетъ особаго интереса, такъ какъ ея правильность и обоснованность не могутъ возбуждать сомнѣній.

Въ самомъ дѣлѣ, какъ съ конструктивной, такъ и съ цивильно-политической точки зрѣнія нельзя ограничиться взысканіемъ лишь капитальной суммы. Какъ проценты, такъ и издержки производства по взысканію являются побочными требованіями, вытекающими изъ основного требованія, и распространеніе на нихъ залогового права, а вслѣдствіе этого и залогового иска, представляется совершенно естественнымъ и даже неизбѣжнымъ. Правда, римское право занимало по этому вопросу другую точку зрѣнія и требовало для доставленія требованію процентовъ залогового обезпеченія, особой оговорки [1]). Современныя законодательства, напротивъ, усвоили противоположный взглядъ на этотъ вопросъ [2]). И если они, въ области иммобиліарнаго права, требуютъ внесенія въ вотчинную книгу записи о процентахъ, то это объясняется уже лишь стремленіемъ къ сосредоточенію въ книгѣ свѣдѣній о всѣхъ обремененіяхъ, лежащихъ на данной недвижимости [3]).

1) BGB. 1115, 1118, ZwVG. 10,4, ZGB. 794, 795, 818.

Что же касается точки зрѣнія цивильной политики, то слѣдуетъ сказать, что иное рѣшеніе этого вопроса равно нарушало бы интересы и вѣрителя и должника. Необезпеченность процентовъ заставляла бы вѣрителя реагировать на первую же просрочку понудительнымъ взысканіемъ. Благодаря этому, даже преходящее затрудненіе въ дѣлахъ должника-собственника имѣло бы для него послѣдствіемъ хозяйственную пертурбацію. А вѣрителю приходилось бы отыскивать другого помѣщенія своему капиталу, не говоря уже о неудобствахъ, вытекающихъ для него изъ необходимости провести всю сложную процедуру понудительнаго взысканія.

Отрицаніе же отвѣтственности заложеннаго имѣнія по издержкамъ взысканія приводило бы лишь къ обезпеченію ихъ другимъ путемъ: въ лучшемъ случаѣ въ вотчинную книгу вносилась бы особая объ этомъ статья, въ худшемъ — должнику приходилось бы соглашаться на соотвѣтствующее повышеніе процентовъ. Къ тому же, въ подобномъ отношеніи законодательства заключалась бы несомнѣнная несправедливость. Издержки по взысканію вызываются неисправностью должника и ясно, что слѣдуетъ оградить, по

1) L. 11 § 3 D. 13, 7, l. 13 § 6 D. 20, 1, l. 18 D. 20, 4, l. 4 C. 4, 32.

2) Ср. BGB. 1210, ZGB. 891.

3) Съ этой точки зрѣнія можно даже утверждать, что важно не столько внесеніе въ книгу факта установленія обязанности должника къ уплатѣ процентовъ, сколько внесеніе размѣра процентовъ.

возможности, вѣрителя отъ послѣдствій подобной неисправности.

Но если, въ виду всего этого, основная мысль ст. 77 не можетъ вызвать особаго интереса, если приходится, напротивъ, констатировать лишь то, что проектъ ВУ., по этому вопросу, послѣдовалъ примѣру современныхъ законодательствъ, то, безспорно, значительный интересъ связанъ съ осуществленіемъ этой мысли въ деталяхъ. И тутъ замѣчается нѣкоторое отступленіе нашего проекта отъ иностранныхъ образцовъ.

Если обратиться сначала къ п. 2 ст. 77, трактующему о процентахъ, то слѣдуетъ, прежде всего, установить, что отвѣтственность недвижимости признается съ двумя ограниченіями. Первое изъ нихъ касается времени — вещнымъ обезпеченіемъ пользуются лишь наросшіе за послѣдніе два года проценты. Второе же ограниченіе заключается въ томъ, что проценты принимаются въ соображеніе только тогда, когда они значатся по вотчинной книгѣ.

Въ необходимости установленія подобнаго максимальнаго срока сомнѣнія быть не можетъ. Ибо, если распространеніе вещнаго обезпеченія на проценты отвѣчаетъ интересамъ сторонъ, то интересы третьихъ лицъ настоятельно требуютъ такого ограниченія. Иначе получилось бы нарушеніе принципа спеціальности, и послѣдующіе вѣрители не имѣли бы возможности учесть величину предшествующаго требованія. Благодаря этому, впрочемъ, заинтересованъ въ установленіи срока также и собственникъ имѣнія, такъ какъ въ противномъ случаѣ пострадала бы его кредитоспособность. Но само собой разумѣется, что изъ всего этого еще не вытекаетъ необходимость установленія именно двухгодичнаго срока. Онъ можетъ быть результатомъ не принципіальныхъ, а только практическихъ соображеній. Въ самомъ дѣлѣ, если сравнить нашъ проектъ съ новѣйшими законодательствами, то оказывается что одно изъ нихъ — германское [1]), приняло такой же двухгодичный срокъ, между тѣмъ какъ швейцарское [2]) высказывается за срокъ трехгодичный.

Тѣмъ не менѣе, было бы ошибочно предполагать, что проектъ ВУ. послѣдовалъ примѣру германскаго права. Напротивъ, здѣсь имѣется совпаденіе только кажущееся. На самомъ же дѣлѣ, срокъ исчисляется по германскому праву и по нашему проекту настолько различно, что получаются результаты совершенно неодинаковые.

Изъ германскаго закона о понудительномъ взысканіи явствуетъ, что одинаковымъ старшинствомъ съ капитальною суммою пользуются, во-первыхъ, проценты, накопившіеся за послѣдніе два года до момента обращенія взысканія на имѣніе, и, во-вторыхъ, проценты текущіе, т. е. накопившіеся съ момента обращенія взысканія до самой публичной продажи [3]). Можно прибавить, что аналогичное счисленіе признается и уложеніемъ швейцарскимъ [4]).

Совершенно иной результатъ получается по нашему проекту. П. 2 ст. 77 говоритъ лишь о „наросшихъ за послѣдніе два года процентахъ“ и оставляетъ открытымъ вопросъ о томъ, какой моментъ долженъ признаваться исходнымъ. Этотъ вопросъ рѣшается проектомъ ИПВ. Тутъ сказано въ ст. 202, что деньги отчисляются на залоговыя требованія прежде всего на издержки взысканія, а 2) „на проценты, которые въ предѣлахъ двухъ послѣднихъ, передъ первымъ торгомъ, лѣтъ подлежали уплатѣ въ сроки, наступившіе до внесенія записи объ обращеніи взысканія, или при неозначеніи срока платежа причитаются за время до внесенія этой записи . . .“ и 3) „на проценты, срокъ платежа которыхъ наступилъ по внесеніи записи объ обращеніи взысканія, или которые при неозначеніи срока платежа причитаются за время со дня внесенія этой записи . . .“

1) ZwVG. 10,4.
2) ZGB. 818.
3) ZwVG. 13.
4) ZGB. 818, P. 3.

Такимъ образомъ, получается выводъ, что исходной точкой для исчисленія двухгодичнаго срока является, въ противоположность къ праву германскому и швейцарскому, моментъ перваго торга. Другими словами, проценты обезпечиваются въ гораздо болѣе скромномъ размѣрѣ, чѣмъ по праву новѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ. И если ознакомиться съ мотивами, которыми руководилась, при этомъ, редакціонная комиссія, то, къ сожалѣнію, нельзя не притти къ выводу, что комиссія недостаточно выяснила себѣ цивильно-политическій смыслъ разсматриваемой нормы.

Изъ Объясненій [1]), именно, явствуетъ, что двухгодичный срокъ принятъ по слѣдующимъ соображеніямъ: редакціонная комиссія полагала, что залоговое обезпеченіе процентовъ отвѣчаетъ, главнымъ образомъ, интересамъ вѣрителя, между тѣмъ какъ интересы должника играютъ въ этомъ отношеніи лишь весьма незначительную роль. Имъ отвѣчаетъ скорѣе установленіе краткаго срока, такъ какъ продолжительность срока можетъ понизить его кредитоспособность, — младшіе вѣрители будутъ считаться съ возможностью наличности недоимокъ за весь установленный закономъ срокъ. Если же принимать въ соображеніе, что проценты уплачиваются обычно по истеченіи хозяйственнаго года, и что для веденія процесса по иску о процентахъ и для открытія производства объ обращеніи взысканія на заложенное имѣніе требуется, приблизительно, не менѣе семи мѣсяцевъ, то, по мнѣнію редакціонной комиссіи, наиболѣе цѣлесообразнымъ является установленіе именно двухгодичнаго срока, причемъ конечнымъ моментомъ долженъ считаться день перваго торга.

Если сопоставить эту аргументацію съ предположеніями проекта ВУ. и ППВ., то получается, очевидно, выводъ, нѣсколько неожиданный. А именно, вѣритель ставится въ необходимость предъявить искъ къ должнику немедленно

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 384 сл., 1896 г. I, стр. 395 сл. Ср. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 52 сл., 1896 г., стр. 60 сл.

или, во всякомъ случаѣ, почти немедленно послѣ первой же просрочки. И нѣсколько болѣе удовлетворительный результатъ получается только тогда, когда проценты вносятся по полугодіямъ. Тогда только вторая просрочка будетъ имѣть роковое значеніе.

Правда, Объясненія, при примѣненіи закона, не имѣютъ обязательной силы. И если оставить ихъ въ сторонѣ и придерживаться однихъ только постановленій проектовъ, то на первый взглядъ представляется возможнымъ притти къ болѣе цѣлесообразному выводу. Дѣло въ томъ, что приведенная выше ст. 202 проекта ППВ. говоритъ о процентахъ, „которые въ предѣлахъ двухъ послѣднихъ, передъ первымъ торгомъ, лѣтъ подлежали уплатѣ въ сроки, наступившіе до внесенія записи объ обращеніи взысканія“. Это будто бы даетъ возможность считаться, при обычной въ области поземельнаго кредита уплатѣ процентовъ postnumerando, не съ тѣмъ временемъ, за которое причитаются проценты, какъ то дѣлаютъ Объясненія, а лишь со временемъ, въ которое входятъ сроки уплаты [1]). Такое толкованіе, къ тому же, отвѣчало бы больше дословному смыслу ст. 77, говорящей о процентахъ, „наросшихъ за два года“. О наростаніи же процентовъ можно говорить, очевидно, только съ момента просрочки. Если же вѣритель приступитъ, какъ то предполагаютъ Объясненія, къ взысканію немедленно послѣ просрочки, и если черезъ годъ послѣ предъявленія иска будетъ назначенъ первый торгъ, то просроченными будутъ, очевидно, проценты лишь за одинъ годъ.

Однако, съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что такое толкованіе было бы непримѣнимо въ предусматриваемомъ въ той же ст. 202 случаѣ, когда срокъ платежа процентовъ не означенъ. Тогда, именно, въ соображеніе должно

1) Такимъ путемъ можно было бы выиграть немногимъ меньше года или немногимъ меньше шести мѣсяцевъ, смотря по тому, вносятся ли проценты въ концѣ года или по полугодіямъ.

приниматься время, за которое причитаются проценты, т. е. долженъ примѣняться тотъ разсчетъ, который предлагается Объясненіями. И хотя можно предполагать, что подобное неозначеніе сроковъ на практикѣ или вовсе не будетъ встрѣчаться или, въ крайнемъ случаѣ, будетъ встрѣчаться очень рѣдко, то всетаки необходимо считаться съ тѣмъ, что тутъ воля закона, или точнѣе, воля законопроекта — насколько допустимо говорить о таковой, выражена вполнѣ ясно и что она вполнѣ совпадаетъ съ волей составителей проекта, выраженной въ Объясненіяхъ. При этомъ, очевидно, недопустимо предполагать, что проектъ стремится къ различной нормировкѣ даннаго вопроса въ зависимости отъ того, означенъ ли срокъ взноса процентовъ или нѣтъ. Такое внѣшнее обстоятельство не можетъ играть рѣшающей роли. А отсюда слѣдуетъ дальше, что необходимо принять то же исчисленіе времени и для того случая, когда срокъ обозначенъ.

Такимъ образомъ, приходится отказаться отъ предложеннаго только что толкованія. Необходимо, напротивъ, признать, что въ текстѣ проектовъ нашла выраженіе именно та мысль, которая высказывается въ Объясненіяхъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не сказать, что эта мысль едва ли можетъ быть признана удачною. Ибо, благодаря ей, остается недостигнутой та цѣль, ради которой, главнымъ образомъ, признается распространеніе залоговой отвѣтственности на проценты. И нельзя не пожелать, чтобы при окончательной формулировкѣ проекта ВУ. были переработаны и относящіяся сюда нормы [1]).

1) Правда, съ другой стороны, слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что на почвѣ залогового обезпеченія процентовъ за цѣлыхъ два года въ Германіи развились злоупотребленія во вредъ младшимъ кредиторамъ — ср. Heinitz, Hypothekennot, DJZ. 1914, 1, S. 33 flg. Но съ подобными злоупотребленіями, во-первыхъ, могутъ бороться съ успѣхомъ сами младшіе вѣрители, что доказано опытомъ ипотечнаго оборота въ Германіи же. А во-вторыхъ, возможность причиненія ущерба путемъ искусственнаго накопленія недоимки въ размѣрѣ, не превышающемъ,

Вторымъ условіемъ признанія за процентами вещнаго обезпеченія и опредѣленнаго старшинства ст. 77 выставляетъ внесеніе о нихъ записи въ вотчинную книгу. Уже выше было указано на то, что подобное требованіе выставляется, прежде всего, въ интересахъ полноты книги. На это указывается и въ Объясненіяхъ [1]). Такъ какъ, однако, въ современномъ оборотѣ безпроцентные ипотекованные долги являются, безспорно, рѣдкостнымъ исключеніемъ, то было бы, само по себѣ, вполнѣ мыслимо выставить презумпцію, что стороны, не потребовавшія внесенія записи о размѣрѣ процентовъ, желали установить узаконенный размѣръ процентовъ. Другими словами, de lege ferenda можно было бы выставить правило, что, за отсутствіемъ особой о томъ записи, одинаковымъ съ капитальною суммой старшинствомъ пользуются двухгодичные проценты въ узаконенномъ размѣрѣ.

Однако, такъ какъ современное законодательство, въ общемъ, не выставляетъ — вопреки обычаямъ оборота — презумпціи объ обязанности должника платить проценты, то необходимо согласиться съ нормировкой, которую, вслѣдъ за новѣйшими кодексами [2]), принялъ нашъ проектъ ВУ.

П. 2 ст. 77 признаетъ, однако, вещное обезпеченіе со старшинствомъ главнаго требованія не только за процентами, но, при залогѣ имѣнія въ кредитномъ установленіи, также и за пеней, причитающейся по недоимкѣ въ процентахъ.

при нормальныхъ условіяхъ, 8—10 % суммы капитальнаго требованія, указываетъ, безспорно, на нездоровое развитіе ипотечнаго дѣла — наличность какового, впрочемъ, никѣмъ въ Германіи не отрицается, насколько дѣло идетъ о городахъ, и въ частности, о большихъ городахъ. Поэтому слѣдуетъ бороться противъ этого явленія, вмѣсто того, чтобы требовать отмѣны несомнѣнно благодѣтельнаго постановленія, злоупотребленія каковымъ представляются лишь симптомомъ болѣе серьезнаго и болѣе глубокаго зла.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 383 сл., 1896 г. I, стр. 394 сл.

2) BGB. 1115, ZGB. 795, 818, ср. Erläuterungen III, S. 250 flg., Wieland, Sachenrecht ad 818, P. 2 d.

Это постановленіе вызываетъ нѣкоторыя затрудненія. Интересъ представляетъ при этомъ и то обстоятельство, что въ обоихъ проектахъ редакціонной комиссіи подобнаго постановленія не было. Оно появляется только въ проектѣ особой комиссіи. При этомъ, поражаетъ то обстоятельство, что комиссія ни однимъ словомъ не мотивируетъ своего рѣшенія: въ ея журналѣ ст. 77 вообще не удостаивается вниманія [1]). Правда, дополненіе въ такомъ же смыслѣ особая комиссія произвела уже въ ст. 64, но и тутъ никакой мотивировки не дается [2]). Сказано лишь, что размѣръ пени „можетъ быть всегда заранѣе опредѣленъ, почему и присвоеніе ей старшинства не нарушитъ начала спеціальности". А при разсмотрѣніи ст. 202 проекта ППВ., особая комиссія ограничивается лишь указаніемъ на только что приведенныя слова [3]). Между тѣмъ ясно, что нельзя признавать достаточнымъ основаніемъ для введенія новой нормы одинъ тотъ фактъ, что она не нарушаетъ принципа спеціальности. При такихъ условіяхъ мотивы особой комиссіи остаются загадочными и это тѣмъ болѣе, что и въ отзывахъ вѣдомствъ на проектъ 1896 г. не требуется такого дополненія, и, въ частности, отзывъ министра финансовъ, тщательно оберегающій, какъ извѣстно, интересы кредитныхъ установленій, совершенно умалчиваетъ объ этомъ вопросѣ [4]).

Но, какъ бы то ни было, въ окончательномъ проектѣ имѣется указанное постановленіе. При этомъ не выставляется условіе внесенія въ вотчинную книгу соотвѣтствующей записи. Между тѣмъ, необходимо принимать въ соображеніе то обстоятельство, что уставы кредитныхъ установленій фактически не могутъ считаться общеизвѣстными и

1) См. Ж. О. К., стр. 154.
2) Ж. О. К., стр. 150 сл.
3) Ж. О. К., стр. 465.
4) Ср. отзывъ, стр. 31.

что поэтому къ нимъ не долженъ примѣняться принципъ, согласно которому надъ публичностью вотчинной книги стоитъ публичность закона. Въ виду этого слѣдуетъ признать, что разсматриваемое постановленіе нецѣлесообразно: кредитныя учрежденія пріобрѣтаютъ по договору вотчинное право, независимо отъ внесенія въ книгу, а книга, вслѣдствіе этого, фактически перестаетъ быть тѣмъ исчерпывающимъ изображеніемъ правового положенія недвижимости, каковымъ она должна быть для достиженія цѣлей вотчинной системы. Младшіе кредиторы весьма часто не будутъ освѣдомлены о признаваемомъ за кредитными учрежденіями преимуществѣ и понесутъ, благодаря этому, ущербъ, безъ достаточнаго для того основанія.

Въ виду этого слѣдовало бы признавать за пеней одинаковое съ капитальною суммой старшинство лишь при условіи внесенія о ней особой записи. При этомъ можно было бы, впрочемъ, ограничиться требованіемъ внесенія лишь ссылки на уставъ даннаго учрежденія, какъ то и дѣлаетъ германское уложеніе [1]).

Наконецъ, необходимо указать на одинъ пробѣлъ, допущенный проектомъ. Дѣло въ томъ, что п. 2 ст. 77 не даетъ рѣшенія двухъ вопросовъ, возникающихъ по отношенію къ залогу кредитному, имѣющему характеръ предѣльный. Объ одномъ изъ нихъ говорятъ, впрочемъ, Объясненія 1896 г. [2]), утверждающія, что къ залогу кредитному п. 2 ст. 77 не примѣняется. По ихъ словамъ, въ предѣлахъ обозначенной въ вотчинной книгѣ максимальной суммы „имѣніе будетъ отвѣтствовать не только въ капитальной суммѣ, въ которой упомянутое требованіе возникнетъ, но и во всемъ

1) BGB. 1115,2.
2) I, стр. 399. Это было вызвано, очевидно, замѣчаніемъ юрисконсульта министерства земледѣлія и государственныхъ имуществъ — Св. Зам., № 96. Объясненія 1893 г. совершенно умолчали объ этомъ вопросѣ, хотя онъ разсматривается въ книгѣ Гантовера, Залоговое право, стр. 570, откуда и почерпнуто сказанное въ Объясненіяхъ 1896 г.

томъ, что въ общегражданскомъ смыслѣ составляетъ принадлежность его, а слѣдовательно и въ процентахъ, нарос-шихъ хотя бы за періодъ времени, превышающій установленный ст. 74 (по редакціи 1896 г.) двухгодичный срокъ".

Съ этимъ утвержденіемъ можно согласиться, такъ какъ при такихъ условіяхъ младшіе вѣрители никакого ущерба не несутъ, а вѣритель по кредитному залогу получаетъ именно то, что ему слѣдуетъ. Однако, неразрѣшеннымъ остается другой вопросъ, можно ли примѣнять п. 2 77 тогда, когда предѣльная сумма исчерпана капитальнымъ долгомъ? Другими словами, слѣдуетъ спросить, имѣетъ ли предѣльность абсолютное значеніе или нѣтъ.

Съ чисто логической точки зрѣнія можно дать отвѣтъ какъ утвердительный, такъ и отрицательный. Все зависитъ отъ того, какое придавать значеніе предѣльности. Въ проектѣ прямого рѣшенія этого вопроса не имѣется, а апріористическіе аргументы могутъ быть выставлены съ такою же убѣдительностью какъ въ пользу того, такъ и другого мнѣнія. И именно поэтому необходимо, чтобы вопросъ былъ рѣшенъ положительной нормой, причемъ, пожалуй, болѣе удачнымъ было бы признаніе за предѣльностью абсолютнаго значенія. На такую точку зрѣнія стало, впрочемъ, также и германское уложеніе [1]).

Но во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ требовать законодательной нормировки обоихъ этихъ вопросовъ.

Меньше возраженій, чѣмъ п. 2, вызываетъ п. 3 ст. 77, согласно которому залоговымъ искомъ охватываются также и судебныя издержки, понесенныя кредиторомъ при взысканіи. Принципіальныхъ возраженій противъ этого постановленія, какъ уже было указано, быть не можетъ. Въ частности, слѣдуетъ отмѣтить, что проектъ вполнѣ основательно отказывается отъ требованія внесенія записи о судебныхъ

1) BGB. 1190,2.

издержкахъ. Тутъ дѣйствительно имѣется публичность закона, стоящая надъ публичностью вотчинной книги: каждому изъ младшихъ вѣрителей хорошо извѣстно, что предыдущій кредиторъ можетъ быть поставленъ въ необходимость предъявить къ должнику искъ и что издержки по процессу являются принадлежностью главнаго требованія, падающею на вырученную при публичной продажѣ сумму. Столь же извѣстны ему границы, въ которыхъ издержки признаются относящимися сюда: искъ долженъ быть искомъ залоговымъ [1]).

Напротивъ, сомнительною является цѣлесообразность постановленія, касающагося размѣровъ возмѣщаемыхъ такимъ путемъ издержекъ. П. 3 ст. 77 признаетъ одинаковое съ капитальною суммой старшинство за судебными издержками лишь „въ размѣрѣ не свыше пяти процентовъ съ капитальной суммы требованія, если въ статьѣ о залогѣ не установлено иного размѣра издержекъ".

Трудно убѣдиться въ обоснованности такой нормы. Вѣдь судебные издержки по самой своей природѣ имѣютъ опредѣленный размѣръ и повышеніе ихъ не находится въ зависимости отъ воли истца. При этомъ разумѣется само собой, что увеличеніе ихъ вслѣдствіе неумѣлаго веденія процесса или другихъ субъективныхъ причинъ не можетъ ухудшать положенія должника. Ибо дѣло идетъ здѣсь, конечно, объ издержкахъ, признанныхъ судомъ правильно произведенными и присужденныхъ истцу. При такихъ условіяхъ не совсѣмъ понятно, къ чему устанавливается подобная фиксація издержекъ. И это тѣмъ болѣе, что сами составители проекта, повидимому, предполагаютъ, что выставленная ими норма окажется слишкомъ низкою. Иначе они не ввели бы оговорки о договорномъ установленіи размѣра издержекъ и не указали бы въ Объясненіяхъ [2]) на то, что

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 390 сл., 1896 г. I, стр. 401 сл.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 390, 1896 г. I, стр. 401.

излишекъ можетъ подлежать возмѣщенію независимо отъ залоговой отвѣтственности недвижимости. Кромѣ того, нельзя не упомянуть о томъ, что по словамъ одного изъ судебныхъ дѣятелей, представившихъ свои замѣчанія на проектъ ВУ., члена Варшавскаго Окружнаго Суда А. П. Сопова [1]), практика ипотечныхъ отдѣленій варшавскаго округа показала, что размѣръ судебныхъ издержекъ опредѣляется не ниже 10 % капитальной суммы залогового требованія.

Очевидно, что, при такомъ положеніи вещей, предполагаемое проектомъ ограниченіе размѣра издержекъ не можетъ быть признано цѣлесообразнымъ. Оно приведетъ или къ тому, что неопытный кредиторъ потерпитъ ущербъ, или же — и это болѣе вѣроятно — къ тому, что установится обычай вносить при всякомъ залогѣ оговорку объ обезпеченіи издержекъ въ болѣе высокомъ размѣрѣ. И если этотъ результатъ, съ одной стороны, является совершенно ненужнымъ осложненіемъ оборота, то онъ, съ другой стороны, безъ сомнѣнія, ухудшитъ положеніе должника.

Эта послѣдняя опасность предвидѣлась, впрочемъ, уже другими критиками проекта. Въ частности, министръ финансовъ въ своемъ отзывѣ [2]) посвящаетъ ст. 77 лишь нѣсколько словъ, но тутъ же указываетъ на то, что „она представляетъ изъ себя ничто другое, какъ регламентацію вопроса о неустойкѣ“. Въ томъ же духѣ, хотя и гораздо рѣзче, высказался предсѣдатель особаго совѣщанія, составленнаго главнымъ образомъ изъ представителей земельныхъ банковъ: онъ утверждаетъ [3]), что ст. 77 „ничего въ себѣ не заключаетъ, кромѣ опредѣленія, въ концѣ котораго замаскирована неустойка, т. е. ростовщичество“.

Правда, характеръ отзыва министра финансовъ, а также направленіе мыслей представителей земельныхъ банковъ по

1) Св. Зам., № 180.
2) Стр. 31.
3) Стенографическій отчетъ, стр. 170.

отношенію къ проекту ВУ. достаточно извѣстны [1]): они не упускаютъ ни одного повода выставить частныхъ кредиторовъ по залогу опасными ростовщиками. Однако, въ данномъ вопросѣ возможность злоупотребленій въ смыслѣ эксплоатаціи должниковъ дѣйствительно слишкомъ уже очевидна.

Г. Соповъ въ упомянутомъ замѣчаніи предлагаетъ повысить размѣръ взыскиваемыхъ залоговымъ искомъ издержекъ до 10 %. Однако, не проще ли совсѣмъ отказаться отъ подобной фиксаціи, какъ то и дѣлаютъ уложенія германское и швейцарское [2])? Правда, въ Объясненіяхъ имѣется утвержденіе [3]), что въ литературѣ тѣхъ изъ партикулярныхъ германскихъ правъ, которыя не опредѣляли размѣра подлежащихъ возмѣщенію издержекъ, раздавались жалобы на подобный будто бы существенный пробѣлъ. Но если такія жалобы и высказывались, то онѣ, во всякомъ случаѣ, не только не оказали вліянія на составителей новѣйшихъ кодексовъ, но даже не были приняты ими во вниманіе. Напротивъ, въ мотивахъ къ германскому уложенію [4]) указывается вполнѣ убѣдительно на то, что фиксація возмѣщаемыхъ издержекъ является и должна являться произвольною. И, насколько извѣстно, рѣшеніе, принятое на этомъ основаніи, жалобъ до сихъ поръ не вызывало.

§ 84. Объектъ взысканія.

Проектъ ВУ. стремится опредѣлить, въ ст. 78, съ исчерпывающей полнотой всѣ тѣ предметы, которые являются объектами взысканія по залоговому иску. На первомъ мѣстѣ стоитъ, при этомъ, самая недвижимость въ томъ составѣ, въ какомъ она значилась по вотчинной книгѣ ко

1) Ср. выше, т. I, § 7.
2) BGB. 1118, ZGB. 818.
3) Объясненія 1893 г. I, стр. 389 сл., 1896 г. I, стр. 400 сл.
4) BGB. Motive III, S. 649.

времени внесенія залога. Но, кромѣ того, залогъ простирается также и на участки, присоединяемые къ недвижимости впослѣдствіи, и на приращенія, происшедшія вслѣдствіе естественныхъ событій.

Эта норма вытекаетъ, въ сущности, изъ самаго понятія залогового права, съ одной стороны, изъ понятія вотчинной единицы, съ другой. Она, поэтому, никакихъ сомнѣній не вызываетъ и ни въ какихъ поясненіяхъ не нуждается. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ отмѣтить, что практическое ея примѣненіе можетъ вызвать нѣкоторыя затрудненія, если въ составѣ имѣнія произошли измѣненія. Дѣло въ томъ, что проектъ предусматриваетъ, уже въ другомъ отдѣлѣ [1]), довольно сложныя и не во всѣхъ отношеніяхъ цѣлесообразныя правила, регулирующія послѣдствія такихъ измѣненій.

Подобныя измѣненія могутъ состоять, очевидно, какъ въ присоединеніи къ заложенной недвижимости новыхъ участковъ, такъ и въ отдѣленіи отъ нея составныхъ частей. При этомъ, никакихъ затрудненій не возникаетъ тогда, когда присоединяется участокъ, свободный отъ обремененій, или отдѣляется участокъ съ освобожденіемъ его отъ обремененій или вслѣдствіе согласія на то вѣрителей или, въ виду его малоцѣнности, по опредѣленію начальника вотчиннаго установленія [2]). Аналогичный результатъ получается и тогда, когда по соглашенію между сторонами происходитъ разверстка обремененій между заложенною недвижимостью и отдѣляемымъ участкомъ. И тутъ залоговая связь между участкомъ и первоначальною недвижимостью прекращается, и отдѣляемый участокъ, съ точки зрѣнія ст. 78, уже не представляетъ интереса.

Вполнѣ удачно разрѣшается проектомъ и другой, болѣе сложный случай, наступающій тогда, когда присоединяемый участокъ, со своей стороны, не свободенъ отъ долговъ или когда отдѣляемый участокъ долженъ быть присоединяемъ къ недвижимости, которая, въ свою очередь, обременена залогомъ. Въ такомъ именно случаѣ, присоединеніе допускается только при условіи соглашенія сторонъ о старшинствѣ вотчинныхъ правъ [1]).

1) Раздѣлъ II, глава III: „О раздробленіи и присоединеніи имѣній по вотчинной книгѣ".

2) Ст. 212—214.

Напротивъ, весьма серьезныя затрудненія вызываетъ послѣдній изъ предусматриваемыхъ проектомъ ВУ. случаевъ. А именно, если отъ обремененнаго залогомъ имѣнія отдѣляется участокъ, съ тѣмъ ли, чтобы завести для него особую вотчинную книгу и превратить его такимъ путемъ въ самостоятельную недвижимость, или съ тѣмъ, чтобы присоединить его къ другой недвижимости, свободной отъ обремененій, то, по проекту ВУ., наступаетъ солидарная отвѣтственность первоначальнаго имѣнія и новаго — за исключеніемъ, разумѣется, того случая, когда стороны условились объ иномъ [2]). Другими словами, здѣсь создается такъ наз. совокупная ипотека, въ силу которой вѣритель можетъ обратить взысканіе въ полной суммѣ своего требованія на любую изъ двухъ недвижимостей. Въ нежелательности этого института едва ли могутъ быть сомнѣнія [3]). Въ виду этого и нельзя не высказать пожеланія, чтобы онъ въ будущій ВУ. не вошелъ и чтобы стороны, въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ въ ст. 209 и 210, были признаны обязанными вступить въ соглашеніе о распредѣленіи залогового бремени.

Въ связи съ вопросомъ объ отдѣленіи и присоединеніи участковъ слѣдуетъ, впрочемъ, указать еще на оригинальное правило ст. 215: „При отсужденіи части имѣнія, судъ можетъ, по просьбѣ лица, коему отсуждена эта часть,

1) Ст. 218.

2) Ст. 209, 210.

3) Ср. выше, § 66.

признать, что отсужденная часть подлежитъ лишь дополнительной отвѣтственности за вотчинныя выдачи и долги всего имѣнія, переходящіе на нее въ силу начала безповоротности". Введеніе этой нормы оправдывается редакціонною комиссіей соображеніями справедливости [1]). Но нельзя не сказать, что она находится въ принципіальномъ противорѣчіи съ началомъ публичной вѣры вотчинной книги и что она, во всякомъ случаѣ, стѣсняетъ вѣрителя, хотя бы она и не причиняла ему прямого вреда, на отсутствіе какового и ссылаются Объясненія. И если бы это постановленіе было сохранено въ окончательной редакціи ВУ., то во всякомъ случаѣ было бы желательно помѣстить ссылку на него, если не въ ст. 78, то въ отдѣленіи 9 гл. IV.

Въ такомъ случаѣ было бы, впрочемъ, умѣстно также и указаніе на то, что подобный залогъ имѣетъ характеръ залога кредитнаго. Ибо ясно, что лишь таковому можетъ быть придана черта дополнительности.

Слѣдующіе затѣмъ пп. 2, 3 и 4 ст. 78 подчиняютъ отвѣтственности по залоговому иску принадлежащія собственнику строенія и сооруженія, лѣсъ и стоящія на корню произрастенія, а также принадлежность имѣнія, пока она не отчуждена и не удалена изъ имѣнія.

Въ сущности, такое казуистическое перечисленіе излишне [2]). Принадлежащія собственнику строенія и сооруженія уже по дѣйствующимъ гражданскимъ законамъ признаются принадлежностью недвижимости [3]), хотя, пожалуй, было бы правильнѣе считать ихъ, по примѣру германскаго

1) Объясненія 1893 г. II, стр. 173, 1896 г. II, стр. 165.

2) Ср. Св. Зам., № 181.

3) Ст. 386, ср. ст. 399, п. 4. Ср., впрочемъ, Касс. рѣш. 1880, № 151: „Сенатъ находитъ, что изъ соображенія 387—393 ст. т. X, ч. I вовсе не усматривается того, чтобы наши законы гражданскіе проводили рѣзкое различіе между понятіями части и принадлежности недвижимаго имѣнія. Напротивъ, ближайшее разсмотрѣніе этихъ узаконеній приводитъ къ противоположному заключенію". См. также Вормсъ и Ельяшевичъ, Комментарій, вып. II, стр. 46 сл.

и швейцарскаго уложеній [1]), составными частями недвижимости. А такъ какъ положеніе принадлежности юридически опредѣляется положеніемъ главной вещи, то и строенія и сооруженія будутъ подлежать отвѣтственности по залогу,— если только нѣтъ условія о противномъ, чего, однако, на практикѣ никогда не будетъ. Что же касается проекта ГУ., то онъ не устанавливаетъ прямо юридическаго положенія строеній. Но все же нельзя сомнѣваться въ томъ, что онъ слѣдуетъ примѣру новѣйшихъ уложеній, т. е. признаетъ строенія, именно, составными частями недвижимости [2]). Слѣдовательно, строенія будутъ равно подлежать залоговой отвѣтственности при дѣйствіи какъ X тома, такъ и ГУ. и нѣтъ, поэтому, необходимости въ особомъ объ этомъ постановленіи.

При этомъ, разумѣется само собой, что сказанное относится только къ строеніямъ, принадлежащимъ собственнику заложенной недвижимости [3]).

Сказанное по поводу п. 2 относится въ равной мѣрѣ и къ п. 3. „Растущій въ имѣніи лѣсъ, неотдѣленные плоды и вообще стоящія на корню произведенія" признаются дѣйствующимъ правомъ принадлежностью [4]), а проектомъ ГУ. составными частями недвижимости [5]), и слѣдовательно, также подлежатъ дѣйствію залога. Поэтому, можно было бы ограничиться и по отношенію къ нимъ указаніемъ на излишную казуистичность проекта, если бы въ Объясненіяхъ не имѣлись нѣкоторыя замѣчанія, способныя вызвать недоразумѣніе.

Объясненія считаютъ нужнымъ указать на два случая, которые будто бы являются исключеніемъ изъ общаго правила [6]). А именно, во-первыхъ, неотдѣленныя произрастенія

1) BGB. 94, ср. 95, ZGB. 642.

2) Ст. 34, 35.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 396, 1896 г. I, стр. 407.

4) Зак. гражд., ст. 387.

5) Ст. 34.

6) 1893 г. I, стр. 397 сл., 1896 г. I, стр. 408 сл.

земли, по утвержденію Объясненій, не могутъ быть обращены на удовлетвореніе ипотечнаго вѣрителя, если имѣніе обременено правомъ отдѣльнаго владѣнія, пользующимся старшинствомъ передъ залоговымъ правомъ.

Между тѣмъ, тутъ дѣло, очевидно, въ недоразумѣніи: если отдѣльное владѣніе пользуется старшинствомъ передъ залогомъ, то разумѣется само собой, что права владѣльца ни въ чемъ не могутъ быть нарушены ипотечнымъ кредиторомъ. Послѣдній, поэтому, направляетъ взысканіе на то только, что осталось за собственникомъ послѣ установленія отдѣльнаго владѣнія, т. е. на голое право собственности. Слѣдовательно, тутъ и нѣтъ никакого исключенія въ пользу произрастеній, стоящихъ на корню.

Впрочемъ, нельзя не отмѣтить, что предполагаемый въ Объясненіяхъ случай едва ли будетъ встрѣчаться на практикѣ, такъ какъ трудно будетъ найти вѣрителя, готоваго дать деньги подъ залогъ голаго права собственности.

Вторымъ исключеніемъ редакціонная комиссія считаетъ тотъ случай, когда существуетъ по имѣнію договоръ найма. Тутъ, по словамъ Объясненій, „требованія какъ справедливости, такъ и практической жизни заставляютъ отступиться отъ строгихъ логическихъ началъ“ и заставляютъ признать стоящія на корню произрастенія свободными отъ отвѣтственности по залогу. Между тѣмъ, на дѣлѣ тутъ нѣтъ никакого освобожденія произрастеній отъ отвѣтственности, да и не можетъ его быть. Пока произрастенія стоятъ на корню, они являются объектами собственности собственника имѣнія и не представляютъ собой самостоятельныхъ вещей. Въ случаѣ публичной продажи, они, слѣдовательно, продаются вмѣстѣ съ недвижимостью — иное невозможно просто физически. Но, благодаря тому, что договоръ найма сохраняетъ свою силу также и для пріобрѣтателя недвижимости [1]), оста-

1) ВУ. 34 сл.

ется въ силѣ по отношенію къ нему также и требованіе нанимателя о предоставленіи ему возможности собрать плоды. Съ экономической точки зрѣнія, такимъ образомъ, дѣйствительно получается именно тотъ результатъ, котораго желаетъ достигнуть редакціонная комиссія. Но объ исключеніи изъ общаго правила объ отвѣтственности по залогу стоящихъ на корню произрастеній не можетъ быть рѣчи [1]).

Нѣкоторыя сомнѣнія вызываетъ п. 4 ст. 78, говорящій о движимыхъ вещахъ, составляющихъ по закону принадлежность имѣнія. Онѣ подлежатъ отвѣтственности по залогу, „пока онѣ не отчуждены и не удалены изъ имѣнія“. Ясно, что здѣсь идетъ рѣчь, прежде всего, объ инвентарѣ сельско-хозяйственныхъ имѣній, что, впрочемъ и подтверждается Объясненіями [2]). Столь же ясно, что этимъ затрагивается вопросъ большой экономической важности, такъ какъ при современныхъ условіяхъ сельскаго хозяйства инвентарь нерѣдко составляетъ величину весьма значительную какъ абсолютно, такъ и по сравненію съ цѣнностью самой недвижимости. Между тѣмъ, извѣстно, что въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ не проявляется достаточно опредѣленное отношеніе по вопросу о юридическомъ характерѣ инвентаря и что въ литературѣ высказываются весьма серьезныя сомнѣнія о допустимости распространительнаго толкованія понятія принадлежности [3]). Сенатъ, правда, признаетъ инвентарь при-

1) Слѣдуетъ указать мимоходомъ еще и на то, что ссылка редакціонной комиссіи на будто бы аналогичныя постановленія ст. 30 прусскаго закона 5 мая 1872 г. и ст. 1120 германскаго уложенія покоится на недоразумѣніи. Обѣ нормы говорятъ вовсе не о стоящихъ на корню произрастеніяхъ, а напротивъ, объ отдѣленныхъ плодахъ. Они же естественно отвѣчаютъ только тогда, когда они перешли въ собственность собственника недвижимости.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 400 сл., 1896 г. I, стр. 410 сл. Ср. Ж. Э. К., стр. 156.

3) Ср. т. X ч. I, ст. 386 сл. Но см. также ст. 493,23, Прим. къ ст. 1128 по закону 3 іюня 1912, 1182 и У. Гр. С. ст. 974, 975, а также нѣкоторыя спеціальныя узаконенія. См., съ одной стороны, Анненковъ,

надлежностью [1]), но въ виду возможности колебаній кассаціонной практики было бы все же желательно, чтобы ВУ. рѣшалъ этотъ вопросъ прямо [2]).

Однако, независимо отъ этого, вообще нельзя признать постановленіе ст. 78 п. 4 удачнымъ. Уже въ Сводѣ Замѣчаній было указано на то [3]), что „стоитъ собственнику заложеннаго имѣнія угнать скотъ, вывезти хлѣбъ, сѣно, орудія обработки и т. п. — и кредиторъ по залоговому требованію потеряетъ много изъ своего обезпеченія“. Возможность подобныхъ злоупотребленій безспорно имѣется и выставленное проектомъ условіе отчужденія и удаленія ничуть не противодѣйствуетъ ей. Поэтому слѣдовало бы совершенно отказаться отъ него и признать отпаденіе залоговой отвѣтственности лишь при томъ условіи, если данные предметы были выдѣлены изъ состава инвентаря согласно правиламъ раціональнаго хозяйства [4]). И въ самомъ дѣлѣ,

Система I (изд. 3), стр. 332 сл., Гуляевъ, Крестьянскій дворъ, Ж. М. Ю. 1899, 4, стр. 86, ср. его же Русское гражд. право, стр. 62 сл., Вормсъ и Ельяшевичъ, Комментарій, вып. II, стр. 64 сл., а съ другой стороны, Шершеневичъ, Учебникъ (изд. 8), стр. 158 сл., Васьковскій, Учебникъ, стр. 85, Мейеръ, Русское гражд. право (изд. 9), стр. 104. Къ второй группѣ слѣдуетъ, повидимому, отнести также и Побѣдоносцева, Курсъ гражд. права I, стр. 41 сл. Ср. также Кассо, Русское поземельное право, стр. 10.

1) Касс. рѣш. 1884/75, 1893/40, 1912/71.

2) Наиболѣе простымъ выходомъ представлялась бы, очевидно, замѣна термина „принадлежность“ терминомъ „инвентарь“. На неопредѣленность перваго изъ нихъ было указано уже въ отзывѣ министра финансовъ, стр. 34. Замѣчанія, имѣющіяся по этому вопросу въ Ж. О. К., стр. 157 сл., мало убѣдительны. Проектъ ГУ., впрочемъ, говоритъ прямо въ ст. 39: „Принадлежностью сельско-хозяйственнаго имѣнія признается живой и мертвый инвентарь его“.

3) Св. Зам., № 182.

4) Особая комиссія считаетъ — Ж. О. К., стр. 156 — не подлежащимъ сомнѣнію, „что воспрещеніе собственнику заложеннаго имѣнія свободно распоряжаться живымъ и мертвымъ инвентаремъ и вообще принадлежностями имѣнія сдѣлало бы невозможнымъ веденіе хозяйства въ заложенномъ имѣніи“. Однако, необходимое въ интересахъ хозяйства свободное распоряженіе едва ли должно отождествляться съ распоряженіемъ, противорѣчащимъ правиламъ раціональнаго хозяйства и причиняющимъ вредъ кредиторамъ.

съ конструктивной точки зрѣнія, отвѣтственность ихъ покоится исключительно на томъ, что они входятъ въ составъ инвентаря, т. е. являются принадлежностью имѣнія. А съ цивильно-политической точки зрѣнія важно лишь то, чтобы въ имѣніи оставался требуемый правилами сельскаго хозяйства инвентарь или чтобы имѣющійся въ имѣніи инвентарь, по крайней мѣрѣ, не уменьшался вопреки этимъ правиламъ. Выдѣленіе же предмета изъ состава инвентаря уничтожаетъ конструктивную базу его отвѣтственности, а раціональность выдѣленія дѣлаетъ отвѣтственность излишней.

Правда, въ такомъ случаѣ возникаетъ другой вопросъ: какъ быть, если вещь, входящая въ составъ инвентаря, была отчуждена и удалена изъ недвижимости вопреки правиламъ раціональнаго хозяйства? Кажется, что нѣтъ для законодательства никакой причины покровительствовать подобнымъ распоряженіямъ, которыя, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, будутъ недобросовѣстными. Поэтому не слѣдовало бы выставлять по этому вопросу какія бы то ни было особыя правила, а, напротивъ, разрѣшать его по общимъ нормамъ о пріобрѣтеніи правъ въ движимыхъ вещахъ. Другими словами, пріобрѣтатель, не знавшій о томъ, что данная вещь подлежитъ залоговой отвѣтственности и что отчужденіемъ нарушаются правила раціональнаго хозяйства, т. е. пріобрѣтатель добросовѣстный, получаетъ вещь въ свободную собственность. Недобросовѣстный пріобрѣтатель, напротивъ, пріобрѣтаетъ вещь обремененною залогомъ [1]).

1) Предлагаемая въ текстѣ нормировка совпадаетъ съ постановленіями швейцарскаго уложенія. Правда, ZGB. довольствуется въ ст. 805, 1 заявленіемъ, что залоговое право распространяется на принадлежность и не дѣлаетъ никакихъ дальнѣйшихъ выводовъ. Но ср. Erläuterungen III, S. 236, Wieland, Sachenrecht ad 805, P. I. Напротивъ, BGB. 1121 стоитъ на той же точкѣ зрѣнія, какъ ВУ. 78, п. 4 и дополняетъ эту норму еще въ ст. 1122,2 постановленіемъ, что предметы, выдѣленные изъ состава принадлежности по правиламъ раціональнаго хозяйства, освобождаются отъ отвѣтственности по залогу независимо отъ удаленія и отчужденія. — Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить, что въ сущности нуждается въ особомъ

Можно прибавить, что подобная нормировка къ практическимъ затрудненіямъ едва ли приведетъ. Споры будутъ возбуждаться лишь тогда, когда дѣло идетъ объ объектахъ сравнительно большой цѣнности. По отношенію же къ нимъ представляется полная возможность выяснить, отвѣчало ли ихъ отчужденіе правиламъ раціональнаго хозяйства или нѣтъ. Кромѣ того, покупщиками инвентаря въ большинствѣ случаевъ выступаютъ лица, прекрасно освѣдомленныя объ экономическомъ положеніи землевладѣльца-продавца.

Наконецъ, п. 5 устанавливаетъ отвѣтственность по залогу также и страховой суммы, причитающейся собственнику въ случаѣ поврежденія или уничтоженія тѣхъ предметовъ, которые сами по себѣ подлежатъ той же отвѣтственности. Объясненія[1]) указываютъ, по этому поводу, на то, что лишь такое правило дѣйствительно обезпечиваетъ вѣрителя отъ всѣхъ могущихъ встрѣтиться случайностей, но что, съ другой стороны, необходимо ввести въ законъ особую объ этомъ норму, такъ какъ нѣтъ общаго принципа, изъ котораго она могла бы быть выводима при молчаніи закона. Вмѣстѣ съ тѣмъ, упоминается еще и о томъ, что на одну со страховымъ вознагражденіемъ доску слѣдуетъ поставить вообще всякое вознагражденіе, которое можетъ причитаться собственнику за уничтоженіе или поврежденіе имущества, обремененнаго залогомъ, въ частности вознагражденіе, отыскиваемое на основаніи деликта.

Со всѣмъ этимъ можно только согласиться.

Однако, въ связи съ разсмотрѣніемъ ст. 78, нельзя не обратить вниманія и на исторію возникновенія этой статьи. Дѣло въ томъ, что она въ первоначальной редакціи содер-

выраженіи не норма, согласно которой принадлежность подлежитъ отвѣтственности по залогу, а напротивъ, лишь норма, по которой она, при тѣхъ или иныхъ условіяхъ, освобождается отъ этой отвѣтственности.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 404 сл., 1896 г., I, стр. 412 сл.

жала еще два пункта, изъ коихъ одинъ былъ исключенъ уже въ проектѣ 1896 г., между тѣмъ какъ второй былъ устраненъ особою комиссіей. На дѣлѣ же правильность послѣдняго рѣшенія является довольно сомнительною, хотя она и оправдывалась соображеніями, на первый взглядъ вполнѣ убѣдительными.

По проекту 1893 г. объектомъ взысканія по залоговому иску, кромѣ предметовъ, перечисленныхъ также и въ проектѣ 1907 г., являлись еще, во-первыхъ, „плоды и всякія произрастенія отдѣленные, если они находятся въ имѣніи и принадлежатъ собственнику“, а во-вторыхъ, „наемная плата и всякаго рода платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію“. При этомъ Объясненія утверждали[1]), что нѣтъ основанія освобождать плоды отъ залоговой отвѣтственности, благодаря одному факту отдѣленія, такъ какъ „всякое вотчинное право обнимаетъ предметъ, на который оно распространяется, во всей его цѣлости“, и такъ какъ по общему правилу отдѣленные плоды становятся собственностью собственника недвижимости. А въ этомъ отношеніи по существу нѣтъ различія между правомъ собственности и правомъ залога. Кромѣ того, такимъ путемъ увеличивается обезпеченность залогодержателя. Но, съ другой стороны, говорятъ далѣе Объясненія, необходимо признавать отвѣтственность плодовъ лишь при условіи принадлежности ихъ собственнику. Ограничивать же собственника въ правѣ распоряженія ими, значило бы стать въ очевидное противорѣчіе съ насущными требованіями жизни. Поэтому слѣдуетъ признать отпаденіе залоговой связи тогда, когда отдѣленные плоды отчуждены собственникомъ и удалены имъ изъ имѣнія. А на одну съ этимъ случаемъ доску надо поставить тотъ случай, когда отдѣленные плоды принадлежатъ арендатору.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 399 сл.

Однако, въ Сводѣ Замѣчаній [1]) было указано на то, что этотъ пунктъ противорѣчитъ требованіямъ практической жизни. Благодаря ему именно, станутъ невозможными играющія для землевладѣльцевъ большую роль ссуды подъ залогъ собраннаго въ имѣніи хлѣба.

Ясно, что это аргументъ, заслуживающій полнаго вниманія. Если кредитъ подъ залогъ отдѣленныхъ плодовъ дѣйствительно играетъ важную роль въ хозяйственной жизни страны и если послѣдствія его признаются благотворными, то остается только взвѣсить доводы, говорящіе, съ одной стороны, въ пользу сохраненія его, а съ другой — въ пользу увеличенія обезпеченности вотчиннаго вѣрителя. Въ такомъ случаѣ приходится, однако, сказать, что отвѣтственность отдѣленныхъ плодовъ не можетъ играть большой роли, уже благодаря одному тому обстоятельству, что наличность такихъ плодовъ въ моментъ обращенія на имѣніе взысканія зависитъ отъ случайныхъ моментовъ, отъ времени года и отъ рыночныхъ конъюнктуръ, и что, поэтому, осторожный кредиторъ, при установленіи залога, не будетъ считаться съ возможностью обратить взысканіе на нихъ. Кромѣ того, распространеніе отвѣтственности на отдѣленные плоды можетъ вызвать неблаговидные спекуляціи: наличность плодовъ, въ большинствѣ случаевъ, естественно обусловливаетъ собой денежныя затрудненія собственника, такъ какъ она однозначаща съ неполученіемъ имъ денежныхъ доходовъ за текущій экономическій годъ. При этомъ ясно, что вѣритель можетъ строить свои планы именно на томъ, что, съ одной стороны, должникъ находится въ затруднительномъ положеніи, между тѣмъ какъ, съ другой, объектъ, подлежащій публичной продажѣ, въ тотъ же самый моментъ обладаетъ особо большою цѣнностью.

При такихъ условіяхъ, кажется, дѣйствительно, болѣе

1) № 182.

подходящимъ отказаться отъ распространенія отвѣтственности также и на отдѣленные плоды.

Въ результатѣ, редакціонная комиссія, при составленіи проекта 1896 г., пришла къ тому же самому выводу, хотя и на основаніи нѣсколько иной аргументаціи [1]).

Однако, благодаря этому возникло другое затрудненіе. А именно, включая въ составъ ст. 78 пунктъ о наемныхъ и другихъ платежахъ, редакціонная комиссія мотивировала [2]) свое рѣшеніе указаніемъ на то, что платежи по имѣнію являются эквивалентомъ за отдѣленные плоды, изъятые отъ отвѣтственности по залогу: если плоды отданнаго въ аренду имѣнія не подлежатъ отвѣтственности, то на ихъ мѣсто должны поступить соотвѣтствующіе платежи. И то же самое послѣдствіе наступаетъ, когда плоды отчуждаются на основаніи какого либо другого договора.

Эта аргументація была сохранена, съ незначительными измѣненіями, также и въ Объясненіяхъ къ проекту 1896 г. [3]), не смотря на то, что она тутъ уже не была умѣстна вслѣдствіе изъятія отъ залоговой отвѣтственности отдѣленныхъ плодовъ. И на эту, именно, непослѣдовательность обратила вниманіе особая комиссія [4]), указавшая, кромѣ того, еще на то, что собственникъ, въ отношеніи платежей по имѣнію, подверженъ уже достаточному ограниченію въ силу ст. 80. А затѣмъ, путемъ сохраненія отвѣтственности платежей, создавалось бы необоснованное преимущество ипотечныхъ вѣрителей передъ личными, имѣющими, согласно ст. 100, со своей стороны, право обратить взысканіе на слѣдующіе по имѣнію платежи.

Въ виду этого особая комиссія и постановила исключить разсматриваемый пунктъ.

1) Объясненія 1896 г. I, стр. 409 сл.
2) Объясненія 1893 г. I, стр. 402 сл.
3) Объясненія 1896 г. I, стр. 411 сл.
4) Ж. О. К., стр. 136 сл.

Съ точки зрѣнія отвлеченной логики и признавая исходнымъ пунктомъ именно аргументацію Объясненій 1896 г., нельзя не признать правоты особой комиссіи: если отдѣленные плоды не должны быть объектомъ залоговой отвѣтственности и если платежи являются суррогатомъ плодовъ, то, очевидно, и платежи должны быть свободны отъ отвѣтственности. Но съ другой стороны, слѣдуетъ сказать, что, несмотря на эту видимо убѣдительную аргументацію, нѣтъ необходимости рѣшать разсматриваемый вопросъ именно такъ. Дѣло въ томъ, что отдѣленные плоды принципіально должны подлежать отвѣтственности. Въ этомъ спора быть не можетъ и въ этомъ отношеніи слѣдуетъ безусловно присоединиться къ аргументаціи, выставленной въ Объясненіяхъ 1893 г. Если же плоды изъемлются отъ этой отвѣтственности, то это дѣлается исключительно по соображеніямъ практическимъ: приходится отказаться, въ видахъ цѣлесообразности, отъ прямолинейнаго проведенія принципа. Но подобное отступленіе отъ принципа происходитъ лишь по отношенію къ одному опредѣленному случаю и сила самаго принципа остается совершенно незатронутой. Поэтому этотъ принципъ и можетъ найти примѣненіе вполнѣ свободно въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ, когда противъ того не говорятъ тѣ же самыя или аналогичныя практическія соображенія.

Распространеніе отвѣтственности на отдѣленные плоды существенно ухудшило бы положеніе должника, лишая его возможности пользоваться кредитомъ подъ залогъ плодовъ. Напротивъ, подчиненіе наемной платы залоговой отвѣтственности подобныхъ послѣдствій имѣть не можетъ. Слѣдовательно, и нѣтъ причинъ отказаться по этому вопросу отъ осуществленія основного принципа.

Если же особая комиссія указываетъ на постановленіе ст. 80, по ея мнѣнію, уже достаточно ограничивающей должника, то приходится сказать, что эта статья не только не даетъ аргументовъ противъ признанія отвѣтственности платежей по имѣнію, а, напротивъ, прямо доказываетъ необходимость ея. Ибо, если вѣритель можетъ воспрепятствовать должнику въ распоряженіи платежами, то въ основаніи такой возможности должно лежать, какъ было указано уже выше, при разсмотрѣніи ex professo [1]) ст. 80, извѣстное право вѣрителя на платежи. А такимъ правомъ можетъ быть только право залога. Если отрицать это, то приходится признать ст. 80 лишенною правового базиса.

Въ самомъ дѣлѣ, ст. 80 въ проектѣ 1893 г. опиралась на п. 6 тогдашней ст. 75, нынѣ ст. 78. Своей опоры она не лишилась и въ проектѣ 1896 г. Но, къ сожалѣнію, составители Объясненій къ послѣднему воспользовались неудачною мотивировкой. Благодаря этому, соотвѣтствующій пунктъ былъ исключенъ. Тѣмъ не менѣе, практическая необходимость заставила особую комиссію сохранить ст. 80, причемъ, однако, даже не было замѣчено, что она превратилась въ норму чисто положительную, лишенную всякаго конструктивнаго основанія.

Что же касается указанія особой комиссіи на ст. 100, то и эта, вообще мало удачная статья [2]) основывалась первоначально на пп. 4 и 6 ст. 75 редакціи 1893 г. Но, признавая одновременно равное право также и личныхъ кредиторовъ на отдѣленные плоды и на платежи по имѣнію, ст. 100, въ сущности, сама же отрицала выставленную только что ею мысль. Другими словами, она съ самаго начала страдала внутреннимъ противорѣчіемъ. Съ отпаденіемъ же пп. 4 и 6 ст. 75 она окончательно лишилась юридическаго основанія. При такихъ условіяхъ, на ней нельзя строить какую бы то ни было принципіальную аргументацію.

Однимъ словомъ, всѣ выставленные по этому вопросу доводы особой комиссіи неудовлетворительны. И нельзя не

1) Ср. выше, § 79.
2) Ср. выше, § 79 и ниже, § 86.

высказать пожеланія, чтобы въ окончательной редакціи ВУ. снова была признана отвѣтственность по залогу „наемной платы и всякаго рода платежей, причитающихся собственнику по имѣнію“. При этомъ было бы, однако, цѣлесообразно выяснить, что эта отвѣтственность нисколько не мѣшаетъ собственнику, исполняющему свои обязанности по отношенію къ вѣрителю, принимать платежи и расходовать ихъ. Напротивъ, она препятствуетъ ему только распоряжаться будущими платежами во вредъ кредиторамъ и даетъ послѣднимъ, кромѣ того, право на преимущественное удовлетвореніе. Съ практической же точки зрѣнія слѣдуетъ еще подчеркнуть, что кредиторы могутъ обезпечить за собой полученіе подобныхъ платежей путемъ наложенія ареста. Если же они этимъ правомъ не воспользуются, то наступаетъ свобода распоряженія платежами для собственника.

Правда, настоятельной необходимости въ томъ, чтобы все это было высказано прямо закономъ, не имѣется, такъ такъ это вытекаетъ изъ существа залоговой отвѣтственности платежей. Но все же было бы желательно, чтобы нашъ проектъ послѣдовалъ по этому вопросу примѣру германскаго уложенія [1]) или, по крайней мѣрѣ, уложенія швейцарскаго [2]), высказывающаго ту же мысль нѣсколько короче.

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, признать, что постановленія проекта объ объектѣ взысканія по залоговому иску не вполнѣ удачны. Съ одной стороны, они слишкомъ казуистичны, съ другой — неполны. Точное перечисленіе всего того, что является составною частью или принадлежностью недвижимости, излишне, а умолчаніе о наемной платѣ и другихъ платежахъ по имѣнію представляетъ собой пробѣлъ, настоятельно нуждающійся въ восполненіи. Вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ подчеркнуть и по этому

1) BGB. 1123—1126.
2) ZGB. 806.

поводу, что признаніе проектомъ, въ связи съ ученіемъ объ отвѣтственности заложеннаго имѣнія, совокупной ипотеки, не можетъ не вызвать серьезныхъ сомнѣній.

§ 85. Страховое вознагражденіе какъ объектъ взысканія.

Проекту, естественно, приходится считаться съ тѣмъ, что весьма нерѣдко строенія, возведенныя на заложенномъ участкѣ, представляютъ собой главную его цѣнность или, по крайней мѣрѣ, значительную часть этой цѣнности. Въ виду этого, онъ не можетъ не принимать мѣръ къ обезпеченію за вотчиннымъ вѣрителемъ возможности, въ случаѣ гибели или значительнаго поврежденія строеній отъ пожара, получить удовлетвореніе изъ причитающагося собственнику страхового вознагражденія.

По этому поводу Объясненія [3]) указываютъ вполнѣ основательно на то, что п. 5 ст. 78 подчиняетъ отвѣтственности по залогу страховое вознагражденіе, причитающееся собственнику не только за сгорѣвшія или поврежденныя строенія, но также и за плоды, произрастенія и движимость, составляющую принадлежность имѣнія. Такъ какъ, однако, эти предметы самою своей природой предназначены частью къ потребленію, частью къ отчужденію, то и нѣтъ основанія, въ случаѣ уничтоженія или поврежденія ихъ, ограничивать право распоряженія собственника слѣдующимъ ему страховымъ вознагражденіемъ. Достаточно признать за вѣрителемъ право требовать, при обращеніи взысканія на имѣніе, чтобы страховое учрежденіе не выдавало собственнику вознагражденія.

Иначе обстоитъ дѣло, говорятъ далѣе Объясненія, по отношенію къ страховому вознагражденію, причитающемуся собственнику за сгорѣвшія строенія. Тутъ дѣло идетъ о столь значительныхъ цѣнностяхъ, что необходимо принять особыя

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 435 сл., 1896 г. I, стр. 442 сл. Ср. BGB. Motive III, S. 664 flg.

мѣры къ обезпеченію интересовъ вѣрителей, такъ какъ въ противномъ случаѣ было бы поколеблено въ значительной степени все практическое значеніе правилъ о подчиненіи страхового вознагражденія дѣйствію залога.

Съ этими соображеніями можно вполнѣ согласиться. Остается только добавить, что, по системѣ проекта ВУ., упомянутый въ Объясненіяхъ случай осуществленія вѣрителемъ своихъ правъ на страховое вознагражденіе за плоды и принадлежность, не есть единственный: вѣритель имѣетъ эту возможность, очевидно, не только при обращеніи взысканія на имѣніе, не кромѣ того еще при условіяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 100 ВУ.

Итакъ, права кредитора на страховое вознагражденіе, причитающееся собственнику за сгорѣвшія строенія, регулируются особо. Имъ посвящена ст. 84.

Статья эта имѣетъ нѣсколько сложную исторію. Проектъ 1893 г. исходилъ изъ сохраненной также и въ проектѣ 1907 г. точки зрѣнія, что принципіально вѣритель имѣетъ право на удовлетвореніе изъ страхового вознагражденія, совершенно независимо отъ наступленія срока требованію. „Событіе пожара," говорятъ Объясненія[1]), „истребившаго или повредившаго строенія заложеннаго имѣнія, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ для всѣхъ безъ исключенія вотчинныхъ кредиторовъ полное или частичное уничтоженіе того предмета, на которомъ были непосредственно обезпечены ихъ залоговыя требованія". Было бы безцѣльно, по практическимъ соображеніямъ, лишь отчислить подлежащую сумму съ тѣмъ, чтобы выдать ее по наступленіи срока. И вотъ поэтому страховая сумма должна препровождаться, по ст. 81 и 82 проекта 1893 г., въ вотчинное установленіе для распредѣленія между кредиторами. Лишь при поврежденіи строенія въ размѣрѣ не свыше десятой части застрахованія ихъ, вознагражденіе можетъ быть выдаваемо непосредственно собственнику. Въ прочихъ же случаяхъ подобная выдача возможна лишь по соглашенію съ кредиторами или по постановленію начальника вотчиннаго установленія. Послѣднее допустимо тогда, когда строеніе возстановлено, или когда собственникъ представилъ обезпеченіе или, наконецъ, когда сгорѣвшія строенія представляютъ незначительную цѣнность сравнительно со всѣмъ имѣніемъ.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 437 сл.

Эти постановленія встрѣтили нѣкоторыя возраженія со стороны критики. При этомъ, однако, не была затронута принципіальная сторона вопроса, которая заключается въ слѣдующемъ: страховое вознагражденіе, правда, подлежитъ залоговой отвѣтственности; но, съ другой стороны, кредиторы могутъ требовать досрочной уплаты лишь въ случаѣ виновного ухудшенія недвижимости[1]). Въ данномъ же случаѣ собственникъ никакой вины не допустилъ и слѣдовательно, немедленное распредѣленіе между кредиторами вознагражденія ничѣмъ не обосновано.

Вовсе не убѣдительны выставленныя въ Объясненіяхъ практическія соображенія, что будто бы нѣтъ смысла отчислять подлежащія суммы съ тѣмъ, чтобы онѣ были выданы кредиторамъ впослѣдствіи. Напротивъ, ясно, что положеніе собственника будетъ несравненно лучшимъ тогда, когда вознагражденіе хранится въ вотчинномъ установленіи и можетъ быть выдано ему послѣ возстановленія строенія, чѣмъ тогда, когда оно было распредѣлено между кредиторами. Въ частности, въ случаѣ распредѣленія вознагражденія, для собственника станетъ затруднительнымъ добываніе строительнаго кредита, въ которомъ онъ будетъ нуждаться въ большинствѣ случаевъ, и въ результатѣ, благодаря именно этому обстоятельству, сгорѣвшее зданіе можетъ не быть возстановлено, несмотря на желаніе собственника. А такой исходъ

1) Ср. ВУ. 83.

безспорно нежелателенъ какъ съ точки зрѣнія интересовъ собственника, такъ и съ точки зрѣнія народнаго хозяйства.

Слѣдовательно, предположенія проекта 1893 г. не заслуживаютъ одобренія ни съ принципіальной, ни съ практической точки зрѣнія. Можно, впрочемъ, прибавить, что и современные западно-европейскіе кодексы, стремясь къ огражденію интересовъ вѣрителей, очень далеки отъ признанія за ними принципіальнаго права на немедленное удовлетвореніе изъ страхового вознагражденія [1]).

Съ предположеніями проекта не согласились и тѣ лица, возраженія коихъ вошли въ Сводъ Замѣчаній. Было указано на разорительность ихъ для собственника [2]), далѣе на то, что строенія будто бы играютъ большую роль только въ городскихъ недвижимостяхъ, вслѣдствіе чего вознагражденіе за сгорѣвшія въ сельско-хозяйственныхъ имѣніяхъ строенія должно подлежать выдачѣ собственнику [3]), наконецъ, еще на то, что по этому поводу могутъ возникать вопросы слишкомъ сложные для того, чтобы предоставить рѣшеніе ихъ вотчинному установленію, и что, поэтому, слѣдуетъ передавать подобныя дѣла въ судъ [4]).

Но кромѣ того, велюнскимъ мировымъ судьей В. К. Труфановымъ было сдѣлано предложеніе [5]) признать, что страховое вознагражденіе должно выдаваться собственнику съ согласія вѣрителей. Если же такого согласія не послѣдуетъ, то вознагражденіе вносится въ депозитъ вотчиннаго установленія и выдается собственнику по частямъ, т. е. одна треть на покупку матеріала, вторая — когда строенія подведены подъ крышу, третья — по окончаніи постройки.

Это предположеніе является, дѣйствительно, въ высокой

1) Ср. BGB. 1127, 1128, Motive III, S. 664 flg., ZGB. 822, Erläuterungen III, S. 252 flg.

2) № 184.

3) № 190.

4) №№ 192, 193.

5) № 189.

степени удачнымъ. На основаніи его можетъ быть достигнута цѣль, желательная какъ въ интересахъ сторонъ, такъ и съ точки зрѣнія народнаго хозяйства. Въ частности, положеніе должника облегчается даже болѣе, чѣмъ при храненіи вознагражденія въ вотчинномъ установленіи. Сомнѣнія же можетъ вызвать только выдача первой трети вознагражденія на покупку матеріаловъ. Тутъ открывается возможность злоупотребленій со стороны должника, не предполагающаго вовсе возстановлять строеніе. Поэтому было бы осторожнѣе избрать болѣе поздній моментъ для выдачи первой трети. Такъ какъ, въ такомъ случаѣ, страховое вознагражденіе хранилось бы въ офиціальномъ установленіи, то собственникъ имѣлъ бы возможность пользоваться кредитомъ въ необходимыхъ размѣрахъ. Его интересы, слѣдовательно, не страдали бы или страдали бы лишь въ самой незначительной мѣрѣ, а интересы вѣрителей были бы вполнѣ обезпечены.

Во всѣхъ же прочихъ отношеніяхъ, предложеніе г. Труфанова заслуживаетъ полнаго одобренія.

Въ этомъ убѣдилась также и редакціонная комиссія [1]). Она ввела въ проектъ 1896 г. соотвѣтствующія измѣненія и вставила отъ себя условіе, выраженное словами: „если собственникъ заявитъ желаніе возстановить сгорѣвшее или поврежденное строеніе и дастъ въ томъ подписку“. Кромѣ того, она сгруппировала въ особой статьѣ случаи, въ которыхъ вознагражденіе выдается собственнику полностью. Это имѣетъ мѣсто, во-первыхъ, по выставленному комиссіей нѣсколько механическому признаку тогда, когда поврежденіе послѣдовало въ размѣрѣ не свыше десятой части суммы застрахованія, во-вторыхъ, когда кредиторы изъявятъ согласіе, въ-третьихъ, когда зданіе будетъ признано возстановленнымъ или когда собственникъ представитъ обезпеченіе въ томъ, что возстановленіе послѣдуетъ или, наконецъ, когда

1) Объясненія 1896 г., I, стр. 446 сл.

строенія представляютъ незначительную цѣнность сравнительно со всѣмъ имѣніемъ.

Итакъ, предложеніе г. Труфанова было принято редакціонною комиссіей. Правда, былъ сохраненъ и единственный слабый его пунктъ. Ибо введенная комиссіей подписка собственника, очевидно, не даетъ вѣрителямъ никакого реальнаго обезпеченія. Тѣмъ не менѣе, позволительно сказать, что нашъ проектъ нашелъ по этому вопросу болѣе удачное рѣшеніе, чѣмъ другіе современные кодексы. А именно, ZGB.[1]) ставитъ условіемъ выдачи вознагражденія согласіе всѣхъ залоговыхъ вѣрителей, BGB.[2]) же стоитъ принципіально на той же точкѣ зрѣнія, но нѣсколько облегчаетъ положеніе должника, ставя условіемъ выдачи вознагражденія не прямое согласіе кредиторовъ, а напротивъ, молчаніе ихъ въ теченіе одного мѣсяца послѣ полученія ими извѣщенія о событіи, повлекшемъ за собою уничтоженіе или поврежденіе строенія. Правда, рѣшеніе обоихъ этихъ кодексовъ гораздо проще. Но вѣдь дѣло идетъ о вопросѣ, который самъ по себѣ далеко не простъ.

Однако, постановленія о страховомъ вознагражденіи и въ своей новой формѣ вызвали критическія замѣчанія, которыя, правда, основываются на соображеніяхъ особаго рода. Они имѣются въ отзывѣ министра финансовъ[3]) и сводятся къ тому, что передача страхового вознагражденія въ вотчинныя учрежденія съ послѣдующей выдачей его собственнику является вторженіемъ въ область „хозяйственныхъ распоряженій“ кредитныхъ установленій. Подобное вторженіе допускается, по мнѣнію отзыва, въ интересахъ держателей вторыхъ и послѣдующихъ закладныхъ. Редакціонная же комиссія будто бы совершенно упустила изъ виду, что кредитныя учрежденія являются не обыкновенными вѣрителями, соблюдающими личные интересы, а представителями держателей закладныхъ листовъ и облигацій. По мнѣнію отзыва, относящіяся сюда статьи создаютъ „условія, совершенно непримѣнимыя на практикѣ“, а въ частности, „безусловно недопустимою“ является ст. 83, разрѣшающая начальнику вотчиннаго установленія выдавать собственнику страховое вознагражденіе при наличности указанныхъ выше условій.

1) ст. 822.
2) ст. 1128.
3) Стр. 34 сл., ср. Стенографическій отчетъ, стр. 184 сл.

Здѣсь лишній разъ выступаетъ наружу достаточно извѣстная претензія кредитныхъ учрежденій на признаніе за ними какого то особаго и привилегированнаго положенія. Было бы вполнѣ понятно, если бы особая комиссія отказала имъ въ уступкахъ, тѣмъ болѣе, что банки, обезпеченные по уставу первыми ипотеками, менѣе всего заинтересованы въ судьбахъ страхового вознагражденія. Однако, указанія министра финансовъ возымѣли дѣйствіе, правда, не полное. Но все же было постановлено[1]), что вознагражденіе можетъ выдаваться собственнику во всякомъ случаѣ только съ согласія кредитнаго учрежденія, въ которомъ заложена недвижимость. По всей вѣроятности, кредитныя учрежденія этимъ злоупотреблять не будутъ. Но все же положеніе собственника, пострадавшаго отъ пожара, сдѣлалось болѣе затруднительнымъ, хотя бы и лишь въ виду прибавленія формальностей.

Кромѣ того особая комиссія пришла къ убѣжденію[2]), что правила о распредѣленіи страхового вознагражденія имѣютъ болѣе общее значеніе и что поэтому было бы неумѣстно помѣщать ихъ въ отдѣлѣ, посвященномъ залоговому праву. Въ виду этого было постановлено перенести ихъ въ ППВ.[3]) А въ ВУ. была сохранена лишь одна ст. 84,

1) Ср. Ж. О. К., стр. 162 сл.
2) Ж. О. К., стр. 163 сл.
3) Глава 8: „Распредѣленіе суммы, назначенной въ вознагражденіе за имѣніе, отчужденное для государственной или общественной пользы, и суммы страхового вознагражденія“.

выражающая общій принципъ, согласно которому кредиторы въ правѣ требовать досрочнаго удовлетворенія изъ страхового вознагражденія, насколько оно не подлежитъ выдачѣ собственнику.

Этотъ общій принципъ, какъ было указано уже выше, не вполнѣ правиленъ, или говоря точнѣе, объ общемъ принципѣ говорить не приходится, и даже сама редакціонная комиссія признавала, что здѣсь имѣется, напротивъ, отступленіе отъ принципа, допущенное въ практическихъ видахъ. Правильнѣе была бы, поэтому, скорѣе обратная формулировка. Что же касается перенесенія нормъ о страховомъ вознагражденіи въ ППВ., то противъ него возражать не приходится, хотя, въ сущности, особой въ томъ надобности и не было.

Въ результатѣ все же можно сказать, что весь разсматриваемый вопросъ регулированъ удачно, хотя и остается высказать пожеланіе, чтобы въ окончательной формулировкѣ ВУ. были устранены вкравшіеся два недостатка: слѣдовало бы, во-первыхъ принять мѣры предосторожности противъ злоупотребленій должника выданною ему первою третью страхового вознагражденія и, во-вторыхъ, слѣдовало бы отказаться отъ условія особаго во всѣхъ случаяхъ согласія кредитныхъ учрежденій на выдачу вознагражденія.

§ 86. Искъ изъ ст. 100.

Если вернуться, затѣмъ, къ вопросу о соотношеніи между залоговымъ искомъ и личнымъ и если имѣть, при этомъ, въ виду, что должникъ отвѣчаетъ по обезпечительной ипотекѣ въ равной мѣрѣ по личному и по залоговому иску, что при частной оборотной ипотекѣ личная отвѣтственность имѣетъ значеніе лишь субсидіарное и что, наконецъ, личная отвѣтственность совсѣмъ отпадаетъ при банковой оборотной ипотекѣ, то вызываетъ сомнѣнія, прежде всего, изложенное уже выше постановленіе ст. 100 [1]).

Статья эта относится въ равной мѣрѣ ко всѣмъ видамъ ипотеки, но предоставленное ею вѣрителю право согласуется съ понятіемъ только ипотеки обезпечительной. Здѣсь вѣритель можетъ, по самому существу принадлежащаго ему права, обращать взысканіе на любое имущество должника. А такъ какъ онъ, въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 100, пользуется искомъ не изъ залога, а изъ обязательственнаго требованія, то, съ другой стороны, совершенно ясно, что онъ не можетъ претендовать на какое либо исключительное право. Если онъ оставляетъ въ сторонѣ заложенную ему недвижимость и обращаетъ взысканіе на „находящіеся въ имѣніи и принадлежащіе собственнику отдѣленные плоды, на наемную плату и всякаго рода платежи, причитающіеся собственнику по заложенному имѣнію“, то никоимъ образомъ нельзя отказать личнымъ кредиторамъ въ правѣ на соразмѣрное удовлетвореніе изъ этихъ же объектовъ.

Слѣдовательно, по отношенію къ обезпечительному залогу ст. 100 не даетъ ничего новаго. Приходится только поставить вопросъ о томъ, насколько ея содержаніе отвѣчаетъ интересамъ народнаго хозяйства и какое существуетъ отношеніе между ней и ст. 974 У. Гр. С. Этотъ вопросъ и будетъ поставленъ ниже.

Иначе обстоитъ дѣло по отношенію къ частной оборотной ипотекѣ. Здѣсь вѣритель, въ силу субсидіарнаго характера личной отвѣтственности должника, не могъ бы обратить непосредственно взысканіе на предметы, на которые не простирается его право залога, если бы ст. 100 не предоставляла ему этой возможности. А въ томъ не можетъ быть сомнѣнія, что ни отдѣленные плоды, ни платежи по имѣнію не являются заложенными вслѣдствіе залога недвижимости.

1) Она затрагивалась уже въ связи съ ст. 80 и 78, см. выше, §§ 79 и 84.

Ибо ст. 78 проекта ВУ. перечисляетъ исчерпывающимъ образомъ предметы, на которые простирается залогъ. Объ отдѣльныхъ плодахъ и платежахъ она, однако, не упоминаетъ [1]).

То же самое относится еще въ большей мѣрѣ къ банковой оборотной ипотекѣ. Ст. 100 относится, безспорно, и къ ней. Мы имѣемъ дѣло съ выставленнымъ въ категорической формѣ общимъ правиломъ, изъ котораго не дѣлается никакихъ исключеній. Объ исключеніяхъ не упоминаетъ и ст. 104 [2]). Слѣдовательно, нельзя не вывести заключенія, что проектъ ВУ. предоставляетъ въ этомъ отношеніи банкамъ тѣ же права, какъ частнымъ вѣрителямъ [3]). А вслѣдствіе этого получается не только отступленіе отъ принципа субсидіарности личной отвѣтственности, но даже частичное введеніе личной отвѣтственности тамъ, гдѣ ея, по основной мысли проекта, принципіально быть не должно.

Въ виду этого нельзя не поставить вопроса, на какомъ основаніи авторы проекта допустили подобное отступленіе отъ принятыхъ ими общихъ принциповъ.

Если обратиться, по этому поводу, къ матеріаламъ къ проекту, то поневолѣ возникаетъ предположеніе, что рѣшающую роль сыграло нѣкоторое недоразумѣніе.

Дѣло въ томъ, что ст. 100 входила, подъ номеромъ 97, уже въ проектъ 1893 г. Здѣсь она опиралась, однако, на ст. 75, которая соотвѣтствовала нынѣшней ст. 78. Но по

1) Ср. выше, § 84.

2) Въ матеріалахъ къ проекту, правда, нѣтъ указанія на это. Даже болѣе, отношеніе особой комиссіи къ данному вопросу — см. Ж. О. К., стр. 187 сл. — вызываетъ впечатлѣніе, будто она желала распространить дѣйствіе ст. 100 только на частную оборотную ипотеку. Но это не нашло выраженія въ самомъ проектѣ. Общій же характеръ матеріаловъ не позволяетъ пользоваться ими для подобнаго восполненія пробѣловъ проекта — если бы даже это являлось вообще допустимымъ.

3) Вопросъ, насколько эти права согласуются съ уставами кредитныхъ установленій и насколько они могли бы имѣть для нихъ практическое значеніе, сюда не относится. Дѣло здѣсь — только въ постановленіяхъ проекта ВУ.

ст. 75 проекта 1893 г. залогъ, какъ извѣстно [1]), простирался, между прочимъ, и „4) на плоды и всякія произрастенія отдѣленныя, если они находятся въ имѣніи и принадлежатъ собственнику“, а также „6) на наемную плату и на всякаго рода платежи, причитающіеся собственнику по имѣнію“.

При такомъ положеніи дѣла было вполнѣ послѣдовательно предоставить вѣрителю право обратить взысканіе не непосредственно на имѣніе, но предварительно на указанные предметы — хотя противъ этого и могутъ быть выставлены возраженія въ интересахъ народнаго хозяйства. Но съ чисто догматической точки зрѣнія можно было бы согласиться съ рѣшеніемъ редакціонной комиссіи, если бы только она не допустила конкурренціи личныхъ вѣрителей, какъ то дѣлается въ ст. 97. Комиссія, правда, старается оправдать свое постановленіе тѣмъ соображеніемъ [2]), что собственнику недвижимости не воспрещается распоряженіе указанными предметами, несмотря на то, что залогъ простирается на нихъ. Въ самомъ дѣлѣ, такое воспрещеніе сдѣлало бы невозможнымъ веденіе хозяйства въ заложенномъ имѣніи. Но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, какъ утверждаетъ далѣе редакціонная комиссія, что и личные кредиторы въ правѣ обратить взысканіе на плоды и платежи. Право вотчинныхъ кредиторовъ подвергается извѣстному ограниченію въ интересахъ народнаго хозяйства. Но эти интересы вовсе не требуютъ, чтобы, кромѣ того, были предоставлены льготы и личнымъ вѣрителямъ. Напротивъ, какъ только кредиторъ по залогу осуществляетъ свое право по отношенію къ этимъ предметамъ, такъ оно и возстановляется въ полномъ объемѣ. Право распоряженія собственника тѣмъ самимъ устраняется. О возникновеніи же какого либо права личныхъ вѣрителей и рѣчи быть не можетъ [3]).

1) Ср. выше, § 84.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 480 сл., ср. Гантоверъ, Залоговое право, стр. 714 сл.

3) Ср. У. Гр. С., ст. 968 сл.

На это было указано уже критиками перваго проекта [1]). Но ихъ замѣчаніе, къ сожалѣнію, не было принято во вниманіе при вторичной обработкѣ проекта и ст. 97 перешла, подъ номеромъ 99, и въ проектъ 1896 г.

При этомъ получилось, однако, положеніе еще менѣе удовлетворительное, чѣмъ прежде: благодаря исключенію изъ ст. 75 пункта 4, въ проектѣ 1896 г. не обоснованнымъ являлось уже не право личныхъ кредиторовъ на соразмѣрное удовлетвореніе, а напротивъ, право, предоставленное вотчинному вѣрителю. Но, какъ видно изъ Объясненій [2]), редакціонная комиссія не обратила на это вниманія, а повторила аргументы, данные Объясненіями 1893 г., въ которыхъ оправдывается право личныхъ кредиторовъ.

Болѣе правильный взглядъ на этотъ вопросъ обнаружило министерство юстиціи въ своемъ отзывѣ на проектъ 1896 г. [3]). Оно заявило, что, въ виду послѣдовавшаго измѣненія ст. 75, считаетъ юридически не обоснованнымъ предоставленное вотчинному кредитору право обратить взысканіе на отдѣленные плоды. Однако, особая комиссія [3]) не признала убѣдительности этого замѣчанія и оставила ст. 99 не измѣненной. Вслѣдствіе этого эта статья и вошла, какъ уже было упомянуто, въ послѣдній, внесенный въ Государственную Думу проектъ ВУ., въ качествѣ ст. 100.

Нельзя сказать, чтобы аргументація, данная по этому поводу въ Журналѣ Особой Комиссіи, была удачна. Она исходитъ изъ того положенія, что рѣшеніе вопроса должно зависѣть отъ того, какая система отвѣтственности по залогу принимается проектомъ. Если, именно, признается предметная отвѣтственность, то ст. 99 должна быть исключена, коль скоро залогъ не простирается на отдѣленные

1) Св. Зам., № 221. Ср. также Кассо. Понятіе о залогѣ, стр. 401 сл.
2) 1896 г. I, стр. 484 сл.
3) Стр. 8 сл.
3) Ж. О. К., стр. 187 сл.

плоды [1]). Но если признается личная отвѣтственность должника, то нельзя отказать кредитору въ правѣ обратить взысканіе также и на указанные предметы. И такъ какъ онъ, при этомъ, дѣйствуетъ въ качествѣ не вотчиннаго, а личнаго вѣрителя, то онъ не можетъ пользоваться преимуществомъ передъ остальными личными вѣрителями. Сомнѣніе можетъ возникнуть, по мнѣнію особой комиссіи, только относительно того, мѣсто ли въ вотчинномъ уставѣ этому правилу, касающемуся не вотчинныхъ, а личныхъ послѣдствій залога. Но его необходимо оставить потому, что оно является прямымъ отступленіемъ отъ выраженнаго въ слѣдующей затѣмъ 100 ст. [2]) принципа.

Особая комиссія, безъ сомнѣнія, права въ томъ, что послѣ исключенія изъ ст. 75 пунктовъ 4 и 6, кредиторъ, обращающій взысканіе на отдѣленные плоды, осуществляетъ не залоговой искъ, а личный изъ обязательственнаго требованія. Она права и въ томъ, что при такомъ положеніи дѣла не можетъ быть и рѣчи о какомъ либо преимуществѣ его передъ личными вѣрителями. Вѣрно, наконецъ, и то, что здѣсь имѣется отступленіе отъ основного принципа, которымъ регулируется въ проектѣ данный вопросъ.

Но констатированіе всѣхъ этихъ фактовъ нисколько не устраняетъ сомнѣній, связанныхъ съ постановленіемъ ст. 100. Напротивъ, если первоначально, по проекту 1893 г., недоразумѣніе вызывалось только допущеніемъ соразмѣрнаго удовлетворенія личныхъ вѣрителей, то теперь должна вызвать сомнѣніе самая сущность этой статьи. Вѣдь одно указаніе на то, что она является прямымъ отступленіемъ отъ основного принципа, ничего не объясняетъ. Напротивъ, причины,

1) Вслѣдствіе этого меньшинство особой комиссіи, высказавшееся по поводу ст. 101,1 за строго предметную отвѣтственность по залогу, и предполагало исключить ст. 100. Въ Ж. О. К. это прямо не высказывается. См., однако, проектъ особой комиссіи.
2) Ст. 101 по проекту 1907 г.

по которымъ допущено такое отступленіе, нуждаются въ объясненіи.

Изъ сказаннаго до сихъ поръ видно, что въ матеріалахъ къ проекту такого объясненія нѣтъ и быть не можетъ, такъ какъ этотъ вопросъ вовсе не ставился. Нѣкоторые намеки имѣются только въ упомянутомъ уже замѣчаніи гг. Тютрюмова и Шкляревскаго [1]). Правда, эти намеки не принадлежатъ составителямъ проекта и нельзя, поэтому, знать, насколько они совпадаютъ съ соображеніями послѣднихъ. Но они указываютъ на единственные аргументы, которые вообще могутъ быть приведены въ оправданіе ст. 100.

Они сводятся къ тому, что интересы какъ должника, такъ и вѣрителя требуютъ предоставленія послѣднему права, предусмотрѣннаго въ ст. 100. Съ одной стороны, при посредствѣ этого права можетъ быть избѣгнута публичная продажа самой недвижимости. Съ другой стороны, кредиторъ получаетъ, такимъ образомъ, удовлетвореніе съ меньшимъ замедленіемъ, особенно, если дѣло идетъ о сравнительно небольшихъ суммахъ.

Такая аргументація, на первый взглядъ, можетъ показаться вполнѣ убѣдительной. Но она, тѣмъ не менѣе, несостоятельна.

Дѣло въ томъ, что ст. 100 даетъ въ руки кредитора весьма опасное оружіе. Она предоставляетъ ему возможность обезцѣнить имѣніе путемъ продажи отдѣленныхъ плодовъ и лишить собственника средствъ для дальнѣйшаго веденія хозяйства, обращая въ уплату своего требованія причитающіеся собственнику платежи [2]). Въ рукахъ злостно настроеннаго вѣрителя, ст. 100 можетъ повести, такимъ образомъ, къ полному разоренію землевладѣльца. Она не только не предупредитъ публичной продажи, но даже ускоритъ и сдѣ-

1) Св. Зам., № 221.

2) На это указалъ уже Принтцъ, Проектъ ВУ. и землевладѣніе, Ж. М. Ю. 1899, 1, стр. 35.

лаетъ неминуемымъ ея наступленіе. Притомъ, дальнѣйшимъ послѣдствіемъ будетъ то, что обезцѣненное имѣніе будетъ продано за несоразмѣрно низкую цѣну, отчего, во всякомъ случаѣ, пострадаетъ должникъ, между тѣмъ какъ вѣритель, въ виду дополнительной личной отвѣтственности, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ значительно обогатиться за его счетъ [1]). Добросовѣстный же кредиторъ въ подобномъ оружіи не нуждается. Если у собственника окажутся отдѣленные плоды и слѣдующіе ему платежи и если онъ, тѣмъ не менѣе, откажется исполнять свои обязанности, въ частности, вносить проценты и амортизаціонные платежи, то вѣритель достаточно обезпеченъ возможностью произвести на него давленіе, угрожая обращеніемъ взысканія на имѣніе.

Такимъ образомъ, ожидать пользы отъ ст. 100, съ экономической точки зрѣнія, не приходится. Но вредъ отъ нея можетъ быть огромный. Ясно, что при такомъ положеніи дѣла нельзя оправдать столь крупнаго отступленія отъ основного принципа. Это отступленіе, къ тому же, какъ было отмѣчено уже выше, гораздо значительнѣе, чѣмъ предполагаетъ особая комиссія, такъ какъ ст. 100 относится, безъ сомнѣнія, не только къ частной, но и къ банковой оборотной ипотекѣ.

Но далѣе бросается въ глаза еще одно обстоятельство. Если уже ст. 100 допускаетъ предъявленіе вѣрителемъ личнаго иска независимо отъ залогового, то непонятно, отчего область его примѣненія ограничивается одними отдѣленными плодами и платежами по имѣнію. Какъ тѣ, такъ и другіе являются составными частями свободнаго отъ залога имущества должника. И нѣтъ никакой причины устанавливать по отношенію къ нимъ, въ силу закона, какое то среднее состояніе между заложеннымъ имуществомъ и не заложеннымъ. Вѣдь одно то обстоятельство, что они явля-

1) Ср. ниже, § 90.

ются доходными статьями заложенной недвижимости, не можетъ измѣнить ихъ юридическаго положенія.

Къ тому же, нельзя не отмѣтить, что ст. 100 находится въ прямомъ противорѣчіи съ однимъ постановленіемъ дѣйствующаго законодательства, отмѣна котораго, насколько извѣстно, не предполагается. Это — ст. 974 У. Гр. С., по которой „могутъ подлежать аресту только за неимѣніемъ другого имущества . . . 3) запасы зернового хлѣба, сѣна, соломы и другихъ произрастеній земли, необходимые для наступающаго посѣва и содержанія людей и рабочаго скота въ имѣніи впредь до новаго урожая“. Между тѣмъ, эти самые предметы, по ст. 100, подвергаются аресту прежде другихъ, такъ какъ въ ней нѣтъ никакого указанія на изъятіе того количества, къ которому относится ст. 974 У. Гр. С.

Съ юридической точки зрѣнія, такимъ образомъ, ст. 100 является столь же неудовлетворительной, какъ и съ экономической. Нѣтъ оправданія ни для противопринципнаго признанія личной отвѣтственности, ни для ея ограниченія опредѣленными объектами. И такъ какъ нѣтъ иного объясненія рѣшеніямъ комиссій, то приходится искать его въ исторіи возникновенія ст. 100. Она была формулирована первоначально подъ предположеніемъ, что залогъ простирается на отдѣленные плоды и на платежи по имѣнію. И она была оставлена и послѣ того, какъ это предположеніе отпало — благодаря нѣкоторой психологической инерціи.

Тѣмъ не менѣе, нельзя отрицать, что въ ст. 100, столь неудачной въ формулировкѣ редакціонной комиссіи, кроется зародышъ здоровой мысли. Она оказалась бы не только безвредной, но даже весьма полезной, если бы она давала кредитору право обращать взысканіе не на всѣ плоды и платежи, а только на ихъ излишекъ, оказывающійся послѣ вычета упомянутыхъ въ п. 3 ст. 974 У. Гр. С. запасовъ и такой суммы денегъ, какая необходима для уплаты вознагражденія сельско-хозяйственнымъ рабочимъ и на другія нему-

емыя хозяйственныя издержки. Притомъ, подобное взысканіе должно бы быть допускаемо только для пополненія процентовъ и амортизаціонныхъ платежей. Съ экономической точки зрѣнія, основаніемъ такого права вѣрителя являлось бы то обстоятельство, что публичная продажа имѣнія представляетъ собой настолько героическое средство, что между нимъ и цѣлью, преслѣдуемой при взысканіи процентовъ и амортизаціонныхъ платежей, нѣтъ необходимой соразмѣрности. Эта цѣль можетъ быть достигнута гораздо болѣе скромными средствами, а именно, обращеніемъ взысканія на плоды и платежи. Кромѣ того, нельзя отрицать, что существуетъ извѣстная связь между процентами и амортизаціонными платежами, съ одной стороны, и плодами имѣнія, съ другой, такъ какъ послѣдніе несомнѣнно должны служить, прежде всего, для уплаты первыхъ.

Что же касается юридической точки зрѣнія, то, кажется, отступленіе отъ общаго принципа будетъ менѣе рѣзкимъ, если оно будетъ допущено не по отношенію къ самому залоговому требованію, для котораго принципъ и выставляется, а по отношенію къ придаточному требованію, которое все же имѣетъ и извѣстное самостоятельное значеніе. Правда, согласно ст. 77 проекта ВУ., опирающейся на общіе принципы залогового права, имѣніе отвѣчаетъ также и за проценты, хотя бы, въ цѣляхъ практическихъ, лишь за наросшіе за послѣдніе два года проценты. Но тѣмъ не менѣе, кажется вполнѣ возможнымъ признать за этими придаточными требованіями нѣкоторую самостоятельность въ указанныхъ рамкахъ [1]).

Можно было бы, впрочемъ, возражать противъ этого предложенія указаніемъ на то, что нѣтъ причины ограничивать взысканіе процентовъ плодами имѣнія. Если вообще

1) Это, разумѣется, не имѣетъ отношенія къ обезпечительной ипотекѣ, такъ какъ тутъ личный искъ и по главному требованію можетъ быть предъявленъ независимо отъ залогового.

желательно избѣгать продажи недвижимости изъ за подобнаго долга, то можно бы дать вѣрителю право обратить взысканіе на любое имущество должника. Одна наличность извѣстной экономической и, въ извѣстномъ смыслѣ, психологической связи между процентами и плодами не можетъ имѣть рѣшающаго значенія.

Такое возраженіе не было бы неосновательнымъ. Но его слѣдовало бы, тѣмъ не менѣе, отклонить указаніемъ на то, что оно не считается съ основной, хотя и не вполнѣ выдержанной тенденціей проекта ВУ. сосредоточить взысканіе по требованію, обезпеченному залогомъ недвижимости, на самой недвижимости, вовсе не вовлекая сюда прочаго имущества должника или вовлекая его только субсидіарно.

Оставаясь на почвѣ выставленныхъ проектомъ ВУ. принциповъ, приходится, такимъ образомъ, въ результатѣ сказать слѣдующее: заключающееся въ ст. 100 отступленіе отъ принципа исключительной или примарной отвѣтственности заложеннаго имущества должно быть отвергнуто, такъ какъ оно не можетъ быть оправдано ни юридическими, ни экономическими соображеніями. Слѣдовательно, ст. 100 должна быть исключена, если только не будетъ сочтено желательнымъ и возможнымъ измѣнить ее въ указанномъ только что смыслѣ.

§ 87. Послѣдствія отчужденія заложенной недвижимости.

Второе изъ упомянутыхъ выше, во вступительномъ къ этой главѣ параграфѣ, отступленій отъ основныхъ принциповъ ВУ., касающихся соотношенія между залоговымъ искомъ и личнымъ, имѣется въ ст. 101,2. Оно, какъ уже было указано, заключается въ томъ, что субсидіарная личная отвѣтственность должника прекращается, въ случаѣ отчужденія недвижимости, по истеченіи трехъ лѣтъ послѣ наступленія срока требованію, если кредиторъ не обратилъ взысканія на имѣніе до истеченія ихъ.

Прежде всего необходимо отмѣтить, что редакція ст 101,2 является не совсѣмъ удачной. Она въ состояніи вызвать впечатлѣніе, будто сохраненіе личной отвѣтственности первоначальнаго должника является исключеніемъ изъ общаго правила, которое должно быть, поэтому, установлено особымъ предписаніемъ закона. Между тѣмъ, на дѣлѣ не сохраненіе, а прекращеніе отвѣтственности есть отступленіе отъ принципа, которое должно быть оговорено особо. Это, разумѣется, не имѣетъ практическаго значенія. Но въ интересахъ научнаго достоинства проекта слѣдовало бы выразить это въ самой ст. 101,2.

Правило ст. 101,2 имѣлось уже въ проектѣ 1893 г., и не подвергалось, за время редакціонныхъ работъ, никакимъ измѣненіямъ. Противъ него не выставлялось возраженій ни со стороны частныхъ лицъ, ни въ отзывахъ вѣдомствъ. Въ литературѣ также не встрѣчается по поводу его никакихъ замѣчаній.

Между тѣмъ, едва ли можно согласиться съ предположеніями проекта.

Редакціонная комиссія обратила вниманіе, главнымъ образомъ, то на обстоятельство, что, при извѣстныхъ условіяхъ, желательно освободить отъ личной отвѣтственности должника, отчудившаго заложенное имѣніе. Уже въ книгѣ „Залоговое право“ Л. В. Гантовера[1]) пространно излагается мысль, что такое освобожденіе должно наступить по истеченіи опредѣленнаго срока, и тѣ же аргументы повторяются въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи[2]). Съ ними согласилась и особая комиссія[3]).

Аргументы эти сводятся къ слѣдующему. Ипотекованные долги имѣютъ, въ общемъ, склонность фактически превращаться въ долги безсрочные. Въ силу же принци-

1) Стр. 729 сл.
2) 1893 г. I, стр. 495 сл., 1896 г. I, стр. 499 сл.
3) Ж. О. К., стр. 204 сл.

повъ вотчиннаго права, они не подлежатъ дѣйствію давности. Теченіе послѣдней начинается лишь послѣ погашенія въ вотчинной книгѣ записи о залогѣ. Слѣдовательно, отчудившій имѣніе должникъ отвѣчалъ бы по личному иску вѣрителя до истеченія десяти лѣтъ съ момента погашенія залога. Это слѣдуетъ признать весьма обременительнымъ для должника, особенно въ виду того, что за это время заложенное имѣніе можетъ значительно упасть въ цѣнѣ. Въ виду этого, по мнѣнію составителей проекта, необходимо установить извѣстный срокъ, до истеченія котораго кредиторъ былъ бы обязанъ обратить взысканіе на заложенное имѣніе, съ тѣмъ, чтобы въ противномъ случаѣ должникъ освобождался отъ личной отвѣтственности. На этомъ основаніи и предполагается установленіе трехлѣтняго срока, теченіе котораго должно начинаться съ момента наступленія срока по обезпеченному залогомъ требованію.

Нельзя не назвать эту аргументацію односторонней. Если редакціонная и особая комиссіи вообще признали необходимость личной отвѣтственности по залогу, и если онѣ опираются при этомъ, какъ будетъ изложено ниже [1]), на соображенія какъ юридическія, такъ и этическія и экономическія, то, оставаясь на почвѣ проекта, слѣдуетъ сказать, что эти соображенія сохраняютъ свою силу также и послѣ перехода заложеннаго имѣнія въ другія руки. Если, именно, отвѣтственность по личному иску вытекаетъ изъ акцессорнаго характера залогового права, то вѣдь продажа недвижимости не придаетъ ему самостоятельнаго характера и не можетъ уменьшить силы обязательственнаго требованія. Столь же мало она въ состояніи устранить и дѣйствіе этическаго принципа, заключающагося, по мнѣнію комиссій, въ томъ, что каждый обязанъ отдать то, что онъ долженъ. Не отпадаютъ и экономическіе аргументы, сводящіеся къ тому,

1) Ср. §§ 88. 89.

что кредиторъ, при установленіи залога, разсчитывалъ на личную отвѣтственность должника и что только сохраненіе ея противодѣйствуетъ склонности неоплатнаго должника разорять имѣніе. Въ виду всего этого необходимо признать данную по поводу ст. 101,2 аргументацію непослѣдовательною.

Однако, съ другой стороны, нельзя отрицать, что и доводы, приведенные въ пользу прекращенія отвѣтственности первоначальнаго должника по иску изъ обязательственнаго требованія, не лишены вѣса. Но если за личною отвѣтственностью вообще признается такое значеніе для вѣрителя, какое придается ей редакціонною комиссіей, то вопросъ, очевидно, не долженъ былъ бы рѣшаться безъ принятія въ соображеніе интересовъ вѣрителя. О нихъ же по этому поводу не упоминается ни однимъ словомъ.

Правда, можно было бы сказать, что интересы вѣрителя обезпечиваются предоставленіемъ ему возможности обратить взысканіе на заложенное имѣніе въ теченіе трехлѣтняго срока. Въ такомъ, именно, случаѣ, какъ мы видѣли, личная отвѣтственность первоначальнаго должника остается въ силѣ.

Такой доводъ, однако, совершенно неубѣдителенъ. Прежде всего слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что лица, являющіяся вотчинными кредиторами, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ ищутъ надежнаго помѣщенія своимъ капиталамъ на долгіе періоды времени и что, поэтому, необходимость требовать уплаты въ короткій срокъ вовсе не отвѣчаетъ ихъ интересамъ [1]). Кромѣ того, нельзя не замѣтить, что проектъ вовсе не регулируетъ положенія, создающагося тогда, когда срокъ платежа назначенъ по востребованію [2]). А въ связи съ этимъ бросается въ глаза, что цѣль, пре-

1) Ср. выше, стр. 315 сл.

2) Можно лишь предполагать, что проектъ считаетъ необходимымъ заявленіе о востребованіи съ такимъ разсчетомъ, чтобы взысканіе, въ случаѣ неуплаты, могло послѣдовать до истеченія трехъ лѣтъ со времени перехода права собственности къ заложенной недвижимости.

слѣдуемая редакціонною комиссіей, практически вовсе не достигается при долгосрочныхъ займахъ, обезпеченныхъ залогомъ.

Но важнѣе всего этого то, что ст. 101,2 чувствительно задѣваетъ весьма серьезные интересы народнаго хозяйства. Дѣло въ томъ, что склонность внесенныхъ въ вотчинную книгу долговъ къ превращенію фактически въ безсрочные вполнѣ отвѣчаетъ этимъ интересамъ и что законодательство не имѣетъ, поэтому, ни малѣйшаго повода противодѣйствовать такой склонности. Напротивъ, чѣмъ сильнѣе разовьется она, тѣмъ выгоднѣе это будетъ для землевладѣнія, интересы котораго совпадаютъ въ этомъ отношеніи съ интересами всего народно-хозяйственнаго организма. И со стороны проекта ВУ., ревностно, хотя и не всегда умѣло борющагося противъ мобилизаціи недвижимости [1]), во всякомъ случаѣ непослѣдовательно, если онъ поощряетъ вѣрителей къ востребованію своихъ капиталовъ [2]).

Такимъ образомъ съ точки зрѣнія проекта ВУ., придающаго большое значеніе личной отвѣтственности должника, постановленіе ст. 101,2 и несправедливо и нецѣлесообразно. И если въ окончательной редакціи ВУ. принципъ личной отвѣтственности будетъ сохраненъ, то это постановленіе не должно оставаться неизмѣненнымъ.

Можно, впрочемъ, добавить, что редакціонная комиссія послѣдовала по этому вопросу примѣру прусскаго закона 5 мая 1872 г. [3]), который также предусматриваетъ прекращеніе отвѣтственности отчудившаго имѣніе должника вслѣдствіе истеченія срока. Между тѣмъ, новѣйшіе западные кодексы пошли по гораздо болѣе правильному пути.

Уложенія германское и швейцарское признаютъ такъ

1) Ср. ниже, §§ 93 сл.

2) О выводахъ, которые приходится дѣлать изъ ст. 101,2 съ конструктивной точки зрѣнія, см. выше, § 53.

3) Preuss. EEG. 41. Ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 77 flg.

же, какъ нашъ ВУ., что освобожденіе первоначальнаго должника отъ личной отвѣтственности является желательнымъ въ случаѣ перехода имѣнія въ другія руки. Но они поставили это освобожденіе въ зависимость отъ согласія кредитора. Притомъ, наличность такого согласія предусматривается только въ случаѣ перевода долга на пріобрѣтателя недвижимости. Но въ виду желательности освобожденія первоначальнаго должника, не требуется прямого участія вѣрителя въ договорѣ о переводѣ долга. Его согласіе, напротивъ, предполагается, если онъ не заявитъ протеста въ теченіе опредѣленнаго срока — шести мѣсяцевъ по BGB., одного года по ZGB. Отчужденіе же недвижимости, само по себѣ, ни въ чемъ не измѣняетъ существующаго положенія: прежній собственникъ-должникъ продолжаетъ отвѣчать по личному иску кредитора. И само собой разумѣется, что вѣритель заявившій протестъ, на основаніи договора о переходѣ долга, не пріобрѣтаетъ, никакихъ правъ противъ пріобрѣтателя заложеннаго имѣнія [1]).

1) BGB. 416, ср. Protokolle I, S. 413 flg., ZGB. 832, 846, ср. Erläuterungen III, S. 258, Wieland, Sachenrecht, ad 832, S. 354. — Впрочемъ, за послѣднее время въ Германіи замѣчается тенденція облегчить переводъ долга на пріобрѣтателя недвижимости, ср. Güthe, Gesetzesänderung für die hypothekenrechtliche Schuldübernahme, DJZ. 1912, 16/17, S. 1048 flg., Verhandlungen des XXXI Deutschen Juristentages — Gutachten zur Frage: Empfiehlt sich eine Änderung des im Deutschen Reich und in Österreich geltenden Rechts betreffend die aus Anlass einer Grundstücksveräusserung stattfindende Übernahme einer durch Hypothek gesicherten Forderung durch den Grundstückserwerber? — Wellspacher I, S. 406 flg., Oberneck II, S. 432 flg., Litten II, S. 509 flg. Oberneck, впрочемъ, вступается за нормировку, аналогичную постановленію прусскаго EEG. 41 и утверждаетъ, что она не поощрила бы востребованія долга, такъ какъ личная отвѣтственность играетъ ничтожную роль по сравненію съ реальною. Но если это такъ, то, очевидно, нѣтъ причины требовать вообще измѣненія дѣйствующаго права. Самый съѣздъ юристовъ, выслушавъ доклады Strohal, Verhandlungen III, S. 136 flg. и Pfersche, ibid., S. 148 flg. и заявленія ряда другихъ лицъ, ibid., S. 155 flg., принялъ нѣкоторыя пожеланія de lege ferenda, осуществленіе которыхъ привело бы, по мнѣнію съѣзда, къ болѣе быстрому и болѣе вѣрному освобожденію прежняго собственника отъ личной отвѣтственности — см. Verhandlungen III, S. 952 flg.,

Едва ли можно отрицать, что именно такое рѣшеніе вопроса является единственно цѣлесообразнымъ. Поэтому слѣдуетъ высказать пожеланіе, чтобы нашъ проектъ послѣдовалъ этому примѣру.

Правда, проектъ также предусматриваетъ переводъ долга съ первоначальнаго должника на пріобрѣтателя заложенной недвижимости. Но не говоря даже о томъ, что проектъ регулируетъ въ ст. 101,2 освобожденіе первоначальнаго должника независимо отъ перевода долга, онъ и въ ст. 102, занимающейся этимъ вопросомъ ex professo, предлагаетъ не совсѣмъ удачныя постановленія. Въ виду тѣсной связи этой статьи съ ст. 101,2 является желательнымъ ея разсмотрѣніе здѣсь же, несмотря на то, что въ ней нѣтъ отступленія отъ принциповъ проекта объ отвѣтственности по залогу.

Прежде всего необходимо замѣтить, что смыслъ ст. 102 не вполнѣ ясенъ. Разумѣется, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что пріобрѣтатель, не принявшій на себя личной отвѣтственности, отвѣчаетъ только имѣніемъ. Столь же ясно и то, что первоначальный должникъ освобождается отъ личной отвѣтственности только съ согласія кредитора. Но дальнѣйшія слова ст. 102 въ состояніи вызвать недоумѣніе. Изъ нихъ, именно, приходится извлечь правило, что пріобрѣтатель, заключившій съ первоначальнымъ должникомъ договоръ о переводѣ долга, отвѣчаетъ передъ кредиторомъ на основаніи одного этого договора и совершенно независимо отъ согласія вѣрителя на освобожденіе первоначальнаго должника. Такое правило, во-первыхъ, противорѣчитъ принципамъ обязательственнаго права и вполнѣ согласованнымъ съ нимъ, по этому вопросу, постановленіямъ

ср. S. 186 flg. Однако, въ виду сложности и казуистичности рекомендуемой съѣздомъ нормировки трудно не сомнѣваться въ ея цѣлесообразности. Она, къ тому же, приближается къ постановленіямъ прусскаго права и тѣмъ самымъ создаетъ для вѣрителя стимулъ къ востребованію.

проекта ГУ.[1]). Во-вторыхъ же, оно въ высшей степени нецѣлесообразно. Если пріобрѣтатель будетъ отвѣчать передъ кредиторомъ независимо отъ освобожденія первоначальнаго должника, то у кредитора не будетъ никакой побудительной причины соглашаться на переводъ долга. Онъ всегда предпочтетъ имѣть двухъ должниковъ, отвѣчающихъ въ равной мѣрѣ по личному иску. Слѣдовательно, та цѣль, которая авторами проекта признается желательною, не будетъ достигнута. Съ другой же стороны, вѣроятность такого исхода будетъ учитываться собственникомъ и пріобрѣтателемъ и они заранѣе откажутся отъ заключенія договора о переводѣ долга. Послѣдствіемъ же этого будетъ то, что ст. 102 будетъ лишена практическаго значенія и что правовое положеніе, въ случаѣ отчужденія заложенной недвижимости, будетъ регулироваться исключительно по ст. 101,2. Другими словами, первоначальный должникъ будетъ освобождаться отъ отвѣтственности лишь по истеченіи трехлѣтняго срока — если только вѣритель, въ виду этого, не предпочтетъ обратить взысканіе на заложенное имѣніе. Излишне говорить, насколько такое положеніе нежелательно.

Нельзя допустить, чтобы для редакціонной комиссіи это не было яснымъ. Вслѣдствіе этого надо думать, что здѣсь налицо лишь неудачная редакція и что комиссія на дѣлѣ желала выставить правило такого же содержанія, какое имѣется въ уложеніяхъ германскомъ и швейцарскомъ. Такое предположеніе находитъ нѣкоторое, хотя и весьма слабое подтвержденіе въ исторіи составленія ст. 102 и въ матеріалахъ къ проекту.

Въ проектѣ 1893 г. имѣется, въ нѣсколько иной редак-

1) Ст. 1689 проекта ГУ. 1905 г., ст. 163 проекта V кн. ГУ. 1913 г.: „Должникъ, обязательство котораго принято на себя другимъ лицомъ, освобождается отъ обязательства лишь съ согласія вѣрителя.

Лицо, принявшее на себя обязательство должника, несетъ въ отношеніи его обязанность своевременно удовлетворить вѣрителя, хотя бы послѣдній отказалъ въ согласіи на переводъ обязательства".

ціи, лишь правило первой части ст. 102, т. е. въ ст. 99 говорится, что пріобрѣтатель „отвѣчаетъ по этому залогу только заложеннымъ имѣніемъ, развѣ принялъ на себя и личную отвѣтственность за уплату залогового требованія“. Объ освобожденіи первоначальнаго должника, напротивъ, не упомянуто. Въ Объясненіяхъ же на эту статью указывается лишь мимоходомъ, безъ ближайшаго поясненія ея смысла [1]). Если же обратиться къ книгѣ г. Гантовера, то мы въ ней находимъ довольно пространныя заявленія по поводу этой статьи, до извѣстной степени, подтверждающія высказанное выше предположеніе о намѣреніяхъ редакціонной комиссіи. Правда, съ одной стороны, и притомъ въ видѣ сводки всего сказаннаго прежде, имѣется утвержденіе [2]), что послѣдствія договора о переводѣ долга должны зависѣть отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго даннаго случая и что, при этомъ, слѣдуетъ руководствоваться началами дѣйствующаго права. Но съ другой стороны, излагаются воззрѣнія на этотъ вопросъ, вполнѣ согласныя съ общепризнанными въ этой области нормами. Если же главное вниманіе и обращается на вопросъ объ освобожденіи первоначальнаго должника отъ личной отвѣтственности, то все же встрѣчается и замѣчаніе [3]), что договоръ о переводѣ долга самъ по себѣ не даетъ кредитору права предъявлять личный искъ къ пріобрѣтателю заложенной недвижимости [4]).

1) I, стр. 496 сл.

2) Залоговое право, стр. 746.

3) Тамъ же, стр. 738.

4) Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить по этому поводу непослѣдовательности, обнаруженной редакціонною комиссіей въ отношеніи вопроса о помѣщеніи въ ВУ. статей, опредѣляющихъ обязательственныя отношенія между сторонами вотчинныхъ сдѣлокъ. Комиссія признавала, повидимому, излишнимъ нормировать отношенія, создающіяся вслѣдствіе перевода ипотекованнаго долга. Между тѣмъ, проектъ 1893 г. содержитъ ст. 100, трактующую о послѣдствіяхъ освобожденія имѣнія отъ всего или части оставленнаго на немъ при продажѣ долга. Болѣе того, комиссія

Ст. 99 перешла въ проектъ 1896 г. подъ номеромъ 101 въ нѣсколько измѣненной редакціи. Здѣсь, именно, говорится не только о принятіи пріобрѣтателемъ на себя личной отвѣтственности, но также и о зачетѣ въ покупную цѣну имѣнія обезпеченнаго залогомъ требованія [1]). Нельзя сказать, чтобы статья выиграла отъ этого. Во всякомъ случаѣ, вопросъ объ отвѣтственности пріобрѣтателя передъ кредиторомъ отъ этой вставки не выясняется. Скорѣе получается даже впечатлѣніе, будто авторы проекта 1896 г. относились къ различію между отвѣтственностью пріобрѣтателя передъ продавцомъ и передъ кредиторомъ съ меньшею сознательностью, чѣмъ редакторы перваго проекта. Ибо они сочли нужнымъ поставить вмѣсто словъ „отвѣчаетъ по этому залогу только заложеннымъ имѣніемъ“ слова „отвѣчаетъ передъ вотчиннымъ кредиторомъ только симъ имѣніемъ“. Въ Объясненіяхъ [2]) же повторяется лишь сказанное уже въ Объясненіяхъ 1893 года.

На такое неудовлетворительное положеніе дѣла обратили вниманіе въ своихъ отзывахъ министры внутреннихъ дѣлъ и военный. Первый изъ нихъ вывелъ [3]) изъ ст. 101 заключеніе, что въ случаѣ перевода долга устанавливается личная отвѣтственность какъ первоначальнаго должника, такъ и пріобрѣтателя и говоритъ, что „къ установленію такого порядка комиссіей не приведено вовсе основаній“. Въ отзывѣ же военнаго министра [4]) ставится нѣсколько во-

сочла даже нужнымъ прибавить постановленіе, что предложенное ею правило „не примѣняется, когда состоялось иное соглашеніе продавца съ покупщикомъ“. Статья эта была исключена впослѣдствіи благодаря указанію г. Свенцицкаго, см. Св. Зам., № 229, ср. Объясненія 1896 г. I, стр. 501 сл. Объясненія ссылаются, впрочемъ, и на замѣчаніе № 230. Оно, однако, не могло сыграть въ этомъ отношеніи никакой роли, такъ какъ оно сводится къ словамъ: „Ст. 100 неудовлетворительна въ редакціонномъ отношеніи“.

1) Ср. Preuss. EEG. 41.

2) 1896 г. I, стр. 501 сл.

3) Стр. 19.

4) Стр. 6.

просовъ, которые не остались безъ вліянія на дальнѣйшую судьбу нашей статьи. А именно, спрашивается, во-первыхъ, въ какихъ случаяхъ слѣдуетъ признать, что залоговое требованіе зачтено въ покупную цѣну, во-вторыхъ, освобождается ли первоначальный должникъ отъ отвѣтственности благодаря переводу долга или сохраняется его отвѣтственность на случай несостоятельности пріобрѣтателя, въ-третьихъ, требуется ли участіе кредитора въ сдѣлкѣ о переводѣ долга.

Эти вопросы, правда, не затрагиваютъ самаго слабаго мѣста разсматриваемой статьи. Но они все же показываютъ, какія недоумѣнія она можетъ вызвать. На это и обратила вниманіе особая комиссія, хотя она и не упоминаетъ объ отзывахъ ни военнаго министра, ни министра внутреннихъ дѣлъ. Но она выдвигаетъ, тѣмъ не менѣе, два момента[1]). По ея мнѣнію, нельзя, во-первыхъ, устанавливать личную отвѣтственность пріобрѣтателя въ силу одного зачета долга въ покупную сумму безъ прямого на то согласія съ его стороны. Въ виду этого комиссія предлагаетъ исключить вставку, сдѣланную въ проектѣ 1896 г. Во-вторыхъ же, комиссія указываетъ на то, что ст. 101 въ редакціи 1896 г. можетъ вызвать впечатлѣніе, будто переводъ долга на пріобрѣтателя освобождаетъ первоначальнаго должника независимо отъ согласія на то вѣрителя. Вслѣдствіе этого предлагается прибавить особое упоминаніе о необходимости такого согласія, т. е. прибавить вторую часть нынѣшней ст. 102.

Такимъ путемъ получилась ст. 102 внесеннаго въ Государственную Думу проекта. Какъ видно, она выгодно отличается отъ первой ея редакціи, главнымъ образомъ, тѣмъ, что вопросъ объ освобожденіи первоначальнаго должника получилъ подобающее рѣшеніе. Напротивъ, вопросъ объ отвѣтственности пріобрѣтателя не передъ должникомъ, а передъ кредиторомъ въ текстѣ проекта вовсе не затраги-

1) Ж. О. К., стр. 265 сл.

вается. Что же касается матеріаловъ, то лишь случайное замѣчаніе г. Гаштовера позволяетъ предполагать, что составители проекта смотрѣли на вопросъ правильно[1]). Въ виду всего этого, слѣдуетъ сказать, во всякомъ случаѣ, что, если и нѣтъ въ текстѣ ст. 102 прямого препятствія къ толкованію этой статьи, согласному съ общими принципами обязательственнаго права и требованіями справедливости, то все-таки въ вышей степени желательною является вставка, ясно говорящая, что личная отвѣтственность пріобрѣтателя заложенной недвижимости передъ кредиторомъ возникаетъ лишь въ случаѣ согласія послѣдняго на переводъ долга.

Но кромѣ того, слѣдовало бы оговорить, что это согласіе можетъ быть выражено молчаливо такъ же, какъ въ уложеніяхъ германскомъ и швейцарскомъ. Если признается нежелательнымъ, чтобы личная отвѣтственность первоначальнаго должника сохранялась послѣ отчужденія недвижимости, то и освобожденіе отъ нея должно происходить въ облегченныхъ формахъ. Другими словами, оно должно послѣдовать вслѣдствіе незаявленія кредиторомъ протеста. Послѣдуетъ ли при этомъ проектъ въ отношеніи формы заявленія, которое должно быть сдѣлано кредитору, и срока, до

2) Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить, что редакціонная комиссія руководилась, очевидно, и по этому вопросу примѣромъ прусскаго закона 5 мая 1872 г. Его ст. 41 устанавливаетъ отвѣтственность пріобрѣтателя недвижимости передъ вѣрителемъ уже въ силу одного соглашенія о переводѣ долга, заключеннаго между первоначальнымъ должникомъ и пріобрѣтателемъ, независимо отъ согласія вѣрителя. Послѣдній получаетъ, такимъ образомъ, второго должника наряду съ первоначальнымъ. Но если онъ предъявляетъ личный искъ противъ пріобрѣтателя, то онъ тѣмъ самымъ, по несомнѣнно правильному замѣчанію Дернбурга — Preuss. Hypothekenrecht II, S. 77, — освобождаетъ первоначальнаго должника. Тѣмъ не менѣе, такая формировки вопроса является въ высшей степени неудачной — ср. Dernburg, l. c., S. 68 flg., 78 flg. Въ виду этого нельзя отрицать возможности, что высказанныя выше предположенія о намѣреніяхъ нашей редакціонной комиссіи слишкомъ оптимистичны и что она, напротивъ, желала установить, именно, отвѣтственность передъ вѣрителемъ какъ первоначальнаго должника, такъ и пріобрѣтателя. Но съ другой стороны, нельзя считать это и доказаннымъ.

истеченія котораго вѣритель можетъ заявить протестъ, примѣру германскаго уложенія или швейцарскаго—это вопросъ второстепенный.

При такомъ измѣненіи нормъ проекта можно было бы и отказаться отъ ст. 101,2. Правда, тогда, въ случаѣ протеста вѣрителя противъ перевода долга, сохранилась бы личная отвѣтственность первоначальнаго должника. Но такъ какъ ея прекращеніе, какъ было изложено выше, невозможно безъ нарушенія интересовъ и народнаго хозяйства и кредитора, то съ этимъ надо мириться, несмотря на то, что такимъ путемъ создается положеніе не вполнѣ удовлетворительное. Къ тому же, можно предполагать, что подобный протестъ вѣрителя будетъ встрѣчаться на практикѣ не слишкомъ часто.

Слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить еще и то, что общее правило ст. 101,1 о субсидіарномъ характерѣ личной отвѣтственности остается въ силѣ также и въ случаѣ отчужденія заложенной недвижимости съ сохраненіемъ отвѣтственности первоначальнаго должника. Благодаря этому, отчудившій заложенное имѣніе должникъ привлекается лишь тогда, когда вѣритель не получилъ полнаго удовлетворенія по залоговому иску. Это вытекаетъ изъ того, что проектъ не устанавливаетъ въ этомъ отношеніи никакого исключенія. Это, впрочемъ, подчеркивается также и въ Объясненіяхъ [1]).

Наконецъ, необходимо указать еще на слѣдующее: редакціонная комиссія предполагала, очевидно, что ст. 101,2 относится исключительно къ частной оборотной ипотекѣ. Правда, въ текстѣ проекта это не высказывается прямо и въ Объясненіяхъ также нѣтъ на это указаній. Но непримѣненіе ст. 101,2 къ банковой ипотекѣ разумѣется само собой, такъ какъ тутъ личной отвѣтственности нѣтъ. Что же касается ипотеки обезпечительной, то лишь г. Гантоверъ упоминаетъ объ этомъ вопросѣ [2]), при чемъ, однако, его мотивировка не

1) 1893 г. I, стр. 492 сл., 1896 г. I, стр. 497.

2) Залоговое право, стр. 732.

обладаетъ достаточною точностью: въ случаѣ обезпечительной ипотеки залогъ, по его мнѣнію, имѣетъ „слишкомъ второстепенное значеніе для того, чтобы присоединеніе его къ данному отношенію могло вызвать необходимость ограниченія въ чемъ либо вытекающаго изъ этого отношенія права на искъ противъ должника“. Въ этой аргументаціи, несмотря на ея неопредѣленность, кроется, однако, совершенно правильная мысль. Она получила неудачное выраженіе только потому, что особый характеръ обезпечительной ипотеки не былъ выясненъ авторами проекта въ достаточной степени [1]). Если бы это было сдѣлано, то было бы достаточно одного указанія на строго акцессорный характеръ обезпечительной ипотеки для того, чтобы устранить мысль о возможности примѣненія къ ней ст. 101,2 [2]).

Что касается ст. 102, то съ нею дѣло обстоитъ иначе. Банковой ипотеки и она, разумѣется, не касается. Но къ обезпечительной ипотекѣ она вполнѣ примѣнима, хотя переводъ долга, обезпеченнаго такого рода ипотекой, и будетъ встрѣчаться на практикѣ, вѣроятно, рѣже. Но недопустимаго въ немъ ничего нѣтъ [3]). Притомъ очевидно, что воз-

1) Ср. выше, §§ 62, 64, 65.

2) Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 408, относитъ ст. 101,2 къ кредитному залогу, хотя и самъ называетъ результатъ этого „поразительнымъ“. — Слѣдуетъ, впрочемъ, прибавить къ сказанному въ текстѣ, что, во-первыхъ, ст. 101,1 разсчитана безспорно лишь на оборотную ипотеку и что, поэтому, примѣненіе ст. 101,2 къ ипотекѣ обезпечительной было бы допустимо только тогда, когда оно прямо предписывалось бы проектомъ. Во-вторыхъ же, примѣненіе къ обезпечительной ипотекѣ ст. 101,2 можетъ приводить къ конструктивному абсурду, т. е. къ превращенію строго акцессорной ипотеки въ вотчинный долгъ. Наконецъ, надо указать и на то, что къ такому толкованію нѣтъ и практической необходимости, такъ какъ едва ли найдется вѣритель, который, въ случаѣ отчужденія обремененной обезпечительнымъ залогомъ недвижимости, медлилъ бы съ ликвидаціей существующаго между нимъ и первоначальнымъ собственникомъ правоотношенія.

3) Онъ и предусматривается новѣйшими западными кодексами, ср. ZGB. 332, говорящую именно о Grundpfandverschreibung и BGB. 416, въ которой не дѣлается различія между разными видами ипотеки.

никающіе вслѣдствіе такого перевода вопросы должны рѣшаться по тѣмъ же принципамъ, какіе примѣняются къ переводу долга изъ оборотной ипотеки. Различіе заключается лишь въ томъ, что, согласно ст. 103, личный искъ будетъ конкуррировать съ залоговымъ также и послѣ перевода.

Въ интересахъ правильнаго примѣненія нормъ ВУ. является, однако, желательнымъ, чтобы эти выводы были выражены прямо. Правда, что касается ст. 101,2, то едва ли приходится опасаться недоразумѣній. Тотъ фактъ, что это правило помѣщается въ одной статьѣ съ выраженіемъ основного принципа объ отвѣтственности по оборотной ипотекѣ, по всей вѣроятности, воспрепятствуетъ его примѣненію къ обезпечительной ипотекѣ. Въ противоположность этому, однако, мыслимо, что вотчинныя установленія отнесутъ и ст. 102 исключительно къ оборотной ипотекѣ и такимъ путемъ создадутъ ничѣмъ не обоснованнное препятствіе вотчинному обороту [1]).

§ 88. Иски залоговой и личный. I.

Изслѣдованіе велось до сихъ поръ подъ предположеніемъ, что основные принципы, по которымъ регулируется въ проектѣ ВУ. соотношеніе между исками залоговымъ и личнымъ, не возбуждаютъ сомнѣнія или, по крайней мѣрѣ, что они не подлежатъ измѣненію и что съ ними нужно, поэтому, считаться, какъ съ чѣмъ то даннымъ. Но само собой разумѣется, что нельзя останавливаться на этомъ. Необходимо подвергнуть разбору не только отдѣльныя постановленія проекта, вытекающія изъ основныхъ принциповъ, но и самые принципы.

1) Это тѣмъ болѣе возможно, что въ Объясненіяхъ не предусматривается переводъ долга изъ обезпечительной ипотеки. Правда, о подобной возможности упоминается вскользъ въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 497. Но сказанное относится, во-первыхъ, къ исключенной въ послѣдующихъ редакціяхъ проекта ст. 100. Во-вторыхъ же, это упоминаніе носитъ весьма неопредѣленный характеръ.

Никакихъ сомнѣній не можетъ вызвать нормировка, данная проектомъ обезпечительной ипотекѣ. Съ конструктивной точки зрѣнія обезпечительная ипотека является строго акцессорной. Ея установленіе не можетъ имѣть, слѣдовательно, вліянія на личное требованіе. Послѣднее остается совершенно незатронутымъ и все сводится къ тому, что наряду съ личнымъ искомъ возникаетъ еще искъ изъ залога. Слѣдовательно, вѣритель долженъ быть воленъ предъявлять по своему усмотрѣнію тотъ или другой, другими словами, должна быть допущена конкурренція между личною и предметною отвѣтственностью должника.

Въ виду этого не приходится выставлять возраженія противъ принципа, формулированнаго въ ст. 103 проекта ВУ. Извѣстныя сомнѣнія можетъ вызвать лишь самая формулировка принципа. Она выдвигаетъ на первый планъ не юридическій моментъ, который играетъ рѣшающую роль, а вытекающее изъ него послѣдствіе. Въ интересахъ научнаго достоинства проекта было бы, безъ сомнѣнія, желательно измѣнить это, тѣмъ болѣе, что отъ того на практикѣ едва ли произошли бы затрудненія.

То же самое возраженіе приходится выставить и противъ редакціи ст. 101,1. Однако, тутъ дѣло идетъ уже не только о формулировкѣ, но также и о принципѣ.

Ст. 101,1, какъ извѣстно, относится къ оборотной ипотекѣ, вѣрителемъ по которой состоитъ не кредитное установленіе. Тутъ вѣритель обязуется предъявлять первоначально искъ изъ залога. Личнымъ же искомъ изъ обязательственнаго требованія онъ можетъ пользоваться только субсидіарно, въ случаѣ, если не получилъ удовлетворенія изъ заложенной недвижимости.

Принятіе проектомъ этого принципа вызвало довольно оживленный споръ. Можно сказать, что въ литературѣ, посвященной проекту ВУ., этому вопросу было удѣлено чуть ли не наибольшее вниманіе. Господствующаго мнѣнія,

однако, не выработалось — голоса раздѣлились приблизительно поровну.

Исходной точкой при разсмотрѣніи ст. 101,1 должна служить ст. 20 Главныхъ Основаній 1881 г., которая выдвинула принципъ предметной отвѣтственности по залогу:

„По долговому обязательству, обезпеченному на недвижимомъ имуществѣ, должникъ отвѣтствуетъ лишь тѣмъ самымъ имуществомъ, въ крѣпостную книгу котораго обязательство это записано, развѣ бы между должникомъ и заимодавцемъ состоялось соглашеніе объ отвѣтственности перваго всѣмъ его состояніемъ, до полнаго удовлетворенія долга".

Однако, уже проектъ 1893 г. отступилъ отъ этого принципа и принялъ принципъ субсидіарной личной отвѣтственности, который былъ выраженъ въ ст. 98, перешедшей, затѣмъ, безъ измѣненій, въ качествѣ ст. 100, въ проектъ 1896 г. По этому вопросу, насколько можно судить по Объясненіямъ [1]), царило полное согласіе въ редакціонной комиссіи. Но при разсмотрѣніи проекта въ особой комиссіи мнѣнія раздѣлились [2]). По мнѣнію меньшинства, слѣдовало установить строго предметную отвѣтственность. Большинство, напротивъ, высказалось за признаніе субсидіарной личной отвѣтственности, при чемъ восемь членовъ комиссіи желали воспроизвести ст. 20 Главныхъ Основаній, а шесть стояли за редакцію проекта 1896 г. Министръ юстиціи, наконецъ, присоединился къ послѣднему мнѣнію, такъ что, въ результатѣ, принятый редакціонною комиссіей принципъ одержалъ верхъ.

Въ матеріалахъ къ проекту это рѣшеніе оправдывается цѣлымъ рядомъ соображеній различнаго характера. Если привести ихъ въ систему, то оказывается, что они являются отчасти юридическими, отчасти же этическими и экономическими.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 484 сл., 1896 г. I, стр. 487 сл.
2) Ж. О. К., стр. 189 сл.

Первыя изъ этихъ соображеній — юридическія, пространно излагаются въ Объясненіяхъ къ проекту [1]). Они же повторяются и отчасти дополняются въ изложенномъ въ Ж. О. К. мнѣніи большинства особой комиссіи [2]). Въ болѣе краткой и точной формулировкѣ они передаются и въ Запискѣ Министра Юстиціи [3]). Ими пользуются, наконецъ, тѣ авторы, которые защищаютъ рѣшеніе редакціонной комиссіи [4]).

Эти соображенія могутъ быть сведены къ одному краткому тезису: залогъ является правомъ дополнительнымъ, не могущимъ измѣнить то обязательство, въ обезпеченіе котораго онъ устанавливается.

Прежде всего бросается въ глаза, что этимъ тезисомъ не оправдывается вовсе рѣшеніе, принятое авторами проекта. Ясно, что изъ него слѣдовало бы вывести заключеніе, что личный искъ и залоговой искъ должны свободно конкуррировать другъ съ другомъ. Между тѣмъ, по ст. 101,1 личная отвѣтственность отодвигается на второй планъ и вѣритель можетъ пользоваться искомъ изъ обязательственнаго требованія лишь субсидіарно.

Оказывается, такимъ образомъ, что тотъ принципъ, который объявляется основнымъ, на самомъ дѣлѣ не соблюдается. Догматической же мотивировки этого отступленія матеріалы не даютъ. Они ограничиваются [5]) указаніемъ на то, что такое смягченіе принципа акцессорности облегчитъ переходъ отъ дѣйствующаго права къ новому. То же самое указаніе встрѣчается и въ литературѣ [6]).

1) 1893 г. I, стр. 484 сл., 1896 г. I, стр. 487 сл.
2) Ж. О. К., стр. 191 сл., 193 сл.
3) Стр. 47 сл.
4) Гантоверъ, Залоговое право, стр. 107 сл., 119 сл., 278 сл., 285 сл., 720 сл., Комиссія юрид. фак. Моск. ун., Св. Зам. № 235, Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право, 1908, 41, стр. 2203 сл.
5) Объясненія 1893 г. I, стр. 488 сл., 1896 г. I, стр. 490 сл., Ж. О. К., стр. 195 сл., Записка, стр. 50.
6) Гантоверъ, Залоговое право, стр. 288.

Если, однако, оставить пока въ сторонѣ это отступленіе и обратиться къ разсмотрѣнію самаго принципа, то приходится констатировать, что противники рѣшенія комиссіи, въ общемъ, мало обращаютъ вниманія на догматическую точку зрѣнія. Возражая противъ введенія въ русское право чуждаго ему до сихъ поръ личнаго иска изъ обезпеченнаго залогомъ требованія, они полемизируютъ, главнымъ образомъ, противъ этическихъ и экономическихъ аргументовъ, выставленныхъ въ защиту ст. 101,1. Затѣмъ, извѣстную роль играютъ указанія на то, что дѣйствующее право не признаетъ личной отвѣтственности должника по залогу и что нѣтъ причины совершать ломку правосознанія народа [1]). Догматическая же точка зрѣнія выдвигается только двумя писателями. Изъ нихъ Я. К. Городысскій [2]) кратко указываетъ на то, что „сдѣлка, по коей установленъ залогъ принадлежащаго должнику имѣнія, пріобрѣтаетъ самостоятельное значеніе и придаетъ залоговому праву характеръ, выражаясь терминологіей проекта, института вотчиннаго права“. Отсюда дѣлается, далѣе, выводъ, что залогъ, какъ вотчинное право на имущество, „можетъ имѣть силу только по отношенію къ извѣстному данному имуществу“.

Въ этомъ замѣчаніи кроется зерно правды. Еще ближе къ истинѣ подходитъ В. М. Цвингманъ [3]), который указываетъ на то, что трудно обосновать личную отвѣтственность должника ссылкой на акцессорный характеръ залога. Въ этомъ отношеніи все зависитъ отъ того взгляда на залогъ, котораго придерживается данное положительное право [4]). Цвингманъ, однако, не ставитъ вопроса, какого именно взгляда придерживается проектъ ВУ.

1) Тарасовъ, Св. Зам. № 222, Фуксъ и Шкляревскій, тамъ же, № 223. — Кромѣ того, Павлиновъ, тамъ же, № 226, указываетъ на формальныя неудобства, вытекающія изъ принципа личной отвѣтственности.

2) Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 217 сл., ср. Св. Зам., № 225.

3) Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 17 сл.

4) Цвингманъ ссылается, по этому поводу, на Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 361 сл. — Цвингманъ не придаетъ, впрочемъ, этому вопросу практическаго значенія. По его мнѣнію, безразлично, устанавливается ли закономъ личная отвѣтственность или нѣтъ, если одновременно признается возможность рѣшать вопросъ для каждаго отдѣльнаго случая путемъ договора. Насколько такой взглядъ можетъ считаться правильнымъ, будетъ разсмотрѣно ниже.

Въ результатѣ приходится сказать, такимъ образомъ, что приведенный авторами проекта ВУ. аргументъ, опирающійся на акцессорность залога, оказался не опровергнутымъ. И если признать его правильность, то необходимо согласиться съ постановленіемъ ст. 101,1. Въ такомъ случаѣ всѣ аргументы противниковъ, основывающіеся на требованіяхъ этики и интересахъ народнаго хозяйства, не могутъ имѣть значенія. Ибо если предметная отвѣтственность по залогу противорѣчитъ самой природѣ этого института, то нельзя, очевидно, ее признавать. Если же установленіе предметной отвѣтственности оказалось бы необходимымъ по практическимъ соображеніямъ, то оставалось бы только конструировать другой институтъ, исполняющій тѣ же функціи, какъ залогъ, но дозволяющій ограниченіе отвѣтственности.

Однако, дѣло именно въ томъ, что въ современное понятіе о залогѣ вовсе не входитъ съ необходимостью элементъ акцессорности въ томъ смыслѣ, въ какомъ онъ признается въ римскомъ правѣ [1]). Вопросъ лишь въ томъ, принята ли такая же конструкція залога и нашимъ проектомъ ВУ.

Отвѣтъ на этотъ вопросъ былъ данъ въ своемъ мѣстѣ, при разборѣ понятія залога по проекту ВУ. [2]). Онъ сводился къ тому, что авторы проекта неоднократно подчеркиваютъ строго акцессорный характеръ залога и что они выдвигаютъ въ легальномъ опредѣленіи залога, даваемомъ въ ст. 46, на одно изъ первыхъ мѣстъ именно эту черту. Но вмѣ-

1) Ср. выше, § 49.

2) Ср. выше, § 53.

стѣ съ тѣмъ, пришлось признать, что проектъ отказывается отъ проведенія торжественно провозглашаемаго принципа въ цѣломъ рядѣ отношеній. Зависимость залогового права отъ обезпечиваемаго имъ обязательственнаго требованія отпадаетъ безслѣдно, какъ только этого требуютъ интересы оборота. При этомъ проектъ заходитъ даже дальше, чѣмъ современныя западныя законодательства. Акцессорность залога устраняется не только въ случаяхъ, предусматриваемыхъ въ ст. 107, при столкновеніи съ принципомъ публичной вѣры вотчинной книги, но также и въ силу ст. 101,2 и 101,1. Что касается, въ частности, послѣдней, то остается лишь повторить еще разъ сказанное уже въ своемъ мѣстѣ: если бы дѣйствительно залогъ, какъ утверждаетъ редакціонная комиссія, былъ чисто акцессорнымъ правомъ, ни въ чемъ не могущимъ измѣнить обязательственное требованіе, то его установленіе и не могло бы привести къ тому, что искъ изъ этого требованія оттѣсняется искомъ изъ залога на второй планъ, что залоговой искъ становится главнымъ, а личному отводится лишь роль дополнительная. При правильности теоретической посылки редакціонной комиссіи, это было бы совершенно недопустимо. А разъ это допускается, то, очевидно, посылка невѣрна.

Правда, мыслимо возраженіе, что все это вытекаетъ не изъ сущности ипотеки, а что мы имѣемъ дѣло лишь съ отступленіями отъ принципа, допущенными въ интересахъ оборота и въ виду формализма вотчинной системы. Но за такимъ возраженіемъ, разумѣется, нельзя признать значенія. Назначеніе оборотной ипотеки состоитъ въ служеніи обороту. Это назначеніе можетъ быть выполнено только тогда, когда ипотека пользуется извѣстною независимостью отъ обязательственнаго требованія. Слѣдовательно, понятіе оборотной ипотеки никоимъ образомъ не можетъ быть конструировано безъ такой независимости. Безспорно, можно выставить апріорное понятіе ипотеки, чисто акцессорной. Но

какія существуютъ доказательства въ пользу того, что именно такое понятіе ипотеки единственно мыслимо и единственно логично? Ссылка же на то обстоятельство, что опредѣленіе ипотеки, данное въ ст. 46 ВУ., совпадаетъ въ опредѣленіемъ обезпечительной ипотеки, не имѣетъ никакой убѣдительной силы. Она можетъ быть отклонена простымъ указаніемъ на то, что это опредѣленіе не вѣрно, что оно не совпадаетъ съ сущностью того главнаго вида ипотеки, который нормируется въ проектѣ и на который разсчитаны всѣ его постановленія, между тѣмъ какъ правиламъ, относящимся къ обезпечительной ипотекѣ, самимъ проектомъ приданъ характеръ исключеній.

Если же оказывается, такимъ образомъ, что оборотная ипотека проекта ВУ. лишена акцессорнаго характера даже еще въ большей мѣрѣ, чѣмъ тотъ же институтъ другихъ современныхъ законодательствъ[1]), то очевидно, совершенно недопустимо обосновывать отдѣльныя постановленія объ оборотной ипотекѣ ссылкой на акцессорный ея характеръ.

Но если бы даже допустить, что противоположное воззрѣніе правильно, что ипотека остается, дѣйствительно, правомъ акцессорнымъ и что противорѣчащіе этому моменты являются ничѣмъ инымъ, какъ отступленіями отъ основного принципа, допущенными въ интересахъ цѣлесообразности, то въ такомъ случаѣ пришлось бы сказать слѣдующее: если вообще допускаются отступленія отъ принципа, то уже невозможно отклонять еще одно дальнѣйшее отступленіе простымъ указаніемъ на то, что оно противорѣчило бы принципу. При такомъ воззрѣніи, принципъ самъ по себѣ уже не можетъ имѣть рѣшающей силы. Его значеніе признается лишь настолько, насколько этому не противорѣчатъ соображенія цѣлесообразности. А при подобномъ оппортунистическомъ взглядѣ,

1) Какъ указано выше, ни BGB., ни ZGB. не содержатъ постановленій, аналогичныхъ ст. 101,1 и 101,2 — ср. §§ 49, 53.

споръ долженъ быть перенесенъ съ почвы принципа на почву цѣлесообразности. Слѣдовательно, въ данномъ случаѣ принципъ личной отвѣтственности должника по залогу не можетъ быть обоснованъ однимъ только указаніемъ на акцессорную природу залога. Если такая отвѣтственность должна быть установлена, то это должно быть оправдываемо уже аргументами иного, не принципіальнаго и не конструктивнаго характера [1]).

1) Никакого значенія нельзя, очевидно, признать за однимъ дальнѣйшимъ аргументомъ въ пользу личной отвѣтственности, выставленнымъ матеріалами — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 488, 1896 г. I, стр. 491, Ж. О. К., стр. 196. Онъ заключается въ указаніи на то, что „принудительный залогъ не отличается по своему существу отъ добровольнаго“, что при немъ личная отвѣтственность необходима и что „отвѣтственность должника при этихъ залогахъ должна быть вполнѣ одинакова“. Достаточно напомнить, по этому поводу, о томъ, что принудительная ипотека является однимъ изъ подвидовъ обезпечительной ипотеки, существенно отличающейся не только по западнымъ кодексамъ, но и по постановленіямъ проекта ВУ., отъ ипотеки оборотной. Съ точки же зрѣнія редакціонной комиссіи особенно важно то, что это различіе касается, именно, момента акцессорности. Къ тому же, сама редакціонная комиссія установила далеко не „вполнѣ одинаковую“ отвѣтственность по принудительному и по оборотному залогу — ср. ст. 103 съ ст. 101,1. — Нѣсколько иначе аргументируетъ Записка, стр. 51. Она не настаиваетъ на однородности принудительной и оборотной ипотеки, но указываетъ на то, что при отклоненіи личной отвѣтственности по оборотной ипотекѣ пришлось бы, во всякомъ случаѣ, допустить ее при принудительной. А это „нарушило бы стройность постановленій проекта о залогѣ“. Не говоря о томъ, что такой стройности, какъ было только что указано, и безъ того нѣтъ, слѣдуетъ сказать, что подобный аргументъ и самъ по себѣ не имѣетъ никакой убѣдительной силы. — Противъ сопоставленія принудительной ипотеки съ оборотной возражаютъ, впрочемъ, и восемь членовъ особой комиссіи — см. Ж. О. К., стр. 202. Они указываютъ на то, что принудительный залогъ является, „въ сущности, лишь видоизмѣненнымъ способомъ понудительнаго исполненія“. (Ср., по этому поводу, Preuss. ZwVG. v. 13. Juli 1883, § 6 и Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 377.) Далѣе же они настаиваютъ на томъ, что вѣритель по оборотной ипотекѣ нуждается въ личной отвѣтственности должника менѣе, чѣмъ вѣритель по принудительному залогу. Аргументы, приводимые ими совпадаютъ съ аргументами, высказанными уже раньше гг. Фуксомъ и Шкляревскимъ, см. Св. Зам., № 223 (стр. 238). Ср. также сказанное въ связи съ вопросомъ о соотношеніи между исками залоговымъ и личнымъ въ Стеногр. отчетѣ особаго совѣщанія при министерствѣ финансовъ, стр. 168 сл. Тутъ предсѣдатель, П. П. Цитовичъ, энергично высказывается за сохраненіе чисто предметной отвѣтственности и утверждаетъ, что сдѣланныя редакціонною комиссіей въ поддержку своего рѣшенія ссылки на юридическую природу залога имѣютъ лишь „декоративное свойство“.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 488 сл., 490, 1896 г. I, стр. 491 сл., 494, Ж. О. К., стр. 196. Въ мнѣніи восьми членовъ особой комиссіи — см. Ж. О. К., стр 202 сл. — имѣется указаніе на то, что нераспространеніе личной отвѣтственности на банковый залогъ является непослѣдовательностью. На это замѣчаніе возражаетъ министръ юстиціи въ Запискѣ, стр. 51, аргументами, извлеченными изъ Объясненій.

2) Этотъ моментъ выдвигается, напротивъ, въ замѣчаніи комиссіи юрид. фак. Моск. ун. - см. Св. Зам., № 235, ср. № 142. Комиссія исходитъ, при этомъ, изъ предположенія, что ипотека по проекту ВУ., является, дѣйствительно, строго акцессорной. Если принять эту точку зрѣнія, которая, какъ извѣстно, признана и самой редакціонной комиссіей, то нельзя, разумѣется, отрицать правильности цитированнаго замѣчанія. Менѣе удаченъ второй аргументъ той же комиссіи: она указываетъ на то, что нецѣлесообразность ст. 103 (по счету проекта 1893 г., ст. 104 по проекту 1907 г.), бросается въ глаза тѣмъ ярче, что ея постановленіе не примѣняется къ кредитному залогу, установленному въ пользу банка. Авторы замѣчанія упустили изъ виду принципіальное различіе между

Таковые и приводятся, какъ уже было упомянуто, авторами проекта ВУ.

Но прежде чѣмъ перейти къ нимъ, необходимо еще разъ подчеркнуть, что матеріалы, настаивая на акцессорности залогового права, не приводятъ ни одного аргумента конструктивнаго характера въ пользу признанія лишь дополнительной личной отвѣтственности. И то же самое приходится сказать по поводу установленія строго предметной отвѣтственности по оборотной ипотекѣ, установленной въ пользу кредитныхъ учрежденій. Матеріалы ограничиваются указаніемъ на то [1]), что это является единственнымъ исключеніемъ изъ общаго правила и что интересы банковъ вполнѣ обезпечены и безъ личной отвѣтственности должника, такъ какъ ссуды выдаются ими па основаніи оцѣнки недвижимости и безъ соображенія съ личною состоятельностью должниковъ. На моментъ же акцессорности редакціонная комиссія не обращаетъ по этому поводу уже ни малѣйшаго вниманія [2]).

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, признать, что юридическое обоснованіе системы, принятой проектомъ ВУ., по вопросу о соотношеніи между исками залоговымъ и личнымъ, глубоко неудовлетворительно. Оно правильно только по отношенію къ ипотекѣ обезпечительной. По отношенію же къ ипотекѣ оборотной, вѣрителемъ по которой является не кредитное установленіе, оно находится въ внутреннемъ противорѣчіи съ той конструкціей, которую хотѣли придать этому институту составители проекта. Что же касается надѣленія личной отвѣтственности субсидіарнымъ значеніемъ и полнаго устраненія ея при банковой оборотной ипотекѣ, то редакціонная комиссія не сдѣлала даже попытки придать своимъ постановленіямъ юридическое обоснованіе.

§ 89. Иски залоговой и личный. II.

На ряду съ юридическими аргументами въ пользу личной отвѣтственности должника по залогу выдвигаются авторами проекта аргументы этическіе и экономическіе. Такъ какъ они отчасти переплетаются другъ съ другомъ, то и при разсмотрѣніи ихъ не можетъ быть проведено рѣзкой между ними грани.

Если обратиться сперва къ соображеніямъ чисто этическимъ, на которыя опираются авторы проекта [1]) и которыя повторяются приверженцами ихъ рѣшенія, то слѣдуетъ сказать, что они сводятся, въ сущности, къ одному тезису: каждый обязанъ отдать то, что онъ долженъ. Для подкрѣпленія же этого тезиса въ Журналѣ Особой Комиссіи, а вслѣдъ затѣмъ и въ Запискѣ Министра

обезпечительной и оборотной ипотекой. — Далѣе на непослѣдовательность редакціонной комиссіи указываютъ, по тому же самому поводу, Тарасовъ, Св. Зам., № 222 и министръ финансовъ, въ своемъ отзывѣ, стр. 41.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 489, 1896 г. I, стр. 494, Ж. О. К., стр. 197, Записка, стр. 48.

Юстиціи сказано еще слѣдующее: „Слѣдуетъ имѣть при этомъ въ виду, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ залогодержатели являются не ростовщиками, (для которыхъ гораздо болѣе выгодна область личнаго кредита), а, напротивъ, солидными капиталистами, ищущими надежнаго помѣщенія своихъ капиталовъ, притомъ за умѣренные проценты [1]), не говоря уже о такъ называемыхъ родственныхъ залогахъ, которые весьма часто установляются при раздѣлѣ наслѣдства, и при которыхъ освобождать должника (напр., сына, унаслѣдовавшаго имѣніе отъ отца и обязавшагося сдѣлать денежныя выплаты въ пользу матери или сестеръ) отъ личной отвѣтственности было бы уже окончательно недопустимо“.

Въ отвѣтъ на это приверженцы предметной отвѣтственности [2]) указываютъ на то, что общій принципъ, по которому каждый обязанъ отдать то, что долженъ, не можетъ имѣть здѣсь примѣненія. Въ сдѣлкахъ реальнаго кредита должникъ обезпечиваетъ свой долгъ исключительно своимъ залогомъ, и дѣло кредитора рѣшать до заключенія сдѣлки, достаточно ли данное реальное обезпеченіе или нѣтъ. Ибо кредиторъ основывается не на личномъ довѣріи къ должнику, а на цѣнности имѣнія, другими словами, онъ вѣритъ имѣнію, а не должнику, изъ недовѣрія къ которому и установляетъ залогъ. И пріобрѣтая, посредствомъ залога, преимущество въ удовлетвореніи изъ имѣнія, кредиторъ, взамѣнъ того, несетъ

1) Высказанное здѣсь вполнѣ правильное воззрѣніе министра юстиціи находится въ рѣзкомъ противорѣчіи съ мнѣніемъ министра финансовъ по тому же вопросу. Послѣднее, какъ приходилось отмѣчать уже неоднократно, изображаетъ въ своемъ отзывѣ вотчинныхъ кредиторовъ, насколько они являются частными лицами, неизмѣнно какъ ростовщиковъ. Это воззрѣніе, къ сожалѣнію, не осталось чуждымъ редакціонной комиссіи, вслѣдствіе чего она, по нѣкоторымъ другимъ вопросамъ, занимаетъ явно враждебную позицію по отношенію къ кредиторамъ. Ср. сказанное по этому вопросу выше, § 73. Отъ подобной невыдержанности общихъ взглядовъ проектъ ВУ. не могъ, разумѣется, выиграть.

2) Тарасовъ. Св. Зам., № 222, Фуксъ и Шкляревскій, тамъ же, № 223, Ж. О. К., стр. 200 сл., Городысскій, Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 217 сл.

рискъ за возможное обезцѣненіе имѣнія. Въ подобной сдѣлкѣ нѣтъ, слѣдовательно, ничего безнравственнаго.

Къ этому можно добавить еще слѣдующее: тезисъ, что всякій обязанъ отдать то, что онъ долженъ, есть общее мѣсто, въ данномъ случаѣ ничего не выясняющее. Ибо вопросъ заключается именно въ томъ, что̀ долженъ собственникъ, обезпечившій свой долгъ ипотекой, въ чемъ заключаются, послѣ установленія такого обезпеченія, его обязанности. Иначе обстояло бы дѣло лишь тогда, когда редакціонная комиссія и ея единомышленники утверждали бы, что каждый обязанъ отдать то, что получилъ въ долгъ. Но на такое утвержденіе они не рѣшились.

Въ самомъ дѣлѣ, измѣненіе содержанія обязательства вслѣдствіе установленія залога не только вполнѣ мыслимо, но оно, безспорно, совершается и по праву проекта ВУ. Это доказываютъ постановленія разобранныхъ въ предыдущемъ параграфѣ статей. И дальнѣйшее еще измѣненіе не можетъ считаться a priori недопустимымъ. Въ частности же, ограниченіе отвѣтственности должника само по себѣ никоимъ образомъ не можетъ считаться безнравственнымъ. Нельзя отрицать, разумѣется, что должникъ можетъ использовать его, въ отдѣльныхъ случаяхъ, въ безнравственныхъ цѣляхъ. Но, какъ будетъ изложено ниже [1]), и сохраненіе личной отвѣтственности, благодаря махинаціямъ вѣрителей, весьма часто приводитъ къ безнравственнымъ результатамъ.

Затѣмъ, вѣдь никто не насилуетъ вѣрителя: условливаясь объ установленіи залога, онъ отлично знаетъ, какія это имѣетъ для него послѣдствія. И если данное законодательство не признаетъ личной отвѣтственности по залогу, то вѣрителю вполнѣ ясно, что онъ можетъ получить удовлетвореніе только изъ заложенной недвижимости.

Далѣе, нельзя упускать изъ виду и того, что редакціонная комиссія исходитъ вообще изъ представленія о современной ипотекѣ, не совпадающаго съ дѣйствительностью. Въ большинствѣ случаевъ дѣло обстоитъ вовсе не такъ, что имѣется какой либо долгъ, въ обезпеченіе котораго устанавливается залогъ — при такомъ положеніи дѣла пользуются обезпечительной ипотекой, а не оборотной. Напротивъ, обыкновенно между контрагентами заключается одна, нераздѣльная по своему экономическому назначенію и по воззрѣнію контрагентовъ, сдѣлка, по которой сразу устанавливается соглашеніе и объ обязательственномъ отношеніи и о внесеніи залога. Если же при этомъ контрагенты сознаютъ, что вѣритель имѣетъ право на удовлетвореніе исключительно изъ заложеннаго имѣнія, то совершенно непонятно, въ чемъ тутъ можетъ заключаться безнравственность — тѣмъ болѣе, что не можетъ быть и рѣчи о какой либо эксплоатаціи вѣрителя, который, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, является экономически болѣе сильной стороной.

Наконецъ, нельзя не присоединиться къ указанію на то [1]), что принципъ предметной отвѣтственности признается и въ другихъ областяхъ современнаго права, въ частности, въ правѣ торговомъ. Можно напомнить и о томъ, что не только дѣйствующее русское право признаетъ строго предметную отвѣтственность по залогу, но что и древне-германское право занимало ту же точку зрѣнія. Едва ли можно упрекать, на основаніи этого, и то и другое въ безнравственности. Да и современные германскій вотчинный долгъ и швейцарская Gült не заключаютъ въ себѣ ничего безнравственнаго [2]).

1) § 90.

1) См. отзывъ министра финансовъ, стр. 40.

2) Слѣдуетъ имѣть, при этомъ, въ виду, что и вотчинный долгъ, съ экономической точки зрѣнія, имѣетъ связь съ обязательственнымъ требованіемъ. Ср. удачныя замѣчанія, сдѣланныя по этому поводу, у Hachenburg, Vorträge, S. 535 flg. Ср. также Kober, Sachenrecht, ad 1191, S. 965 flg.

Не большею убѣдительной силой обладаетъ и замѣчаніе, высказанное по этому поводу въ Запискѣ Министра Юстиціи и не нашедшее еще оцѣнки въ литературѣ. Указаніе на солидныхъ капиталистовъ, достойныхъ защиты, едва ли удачно. Ибо „солидные капиталисты“ не даютъ своихъ денегъ подъ обезпеченіе послѣдними ипотеками, и для нихъ вопросъ о личной отвѣтственности играетъ роль лишь въ исключительныхъ случаяхъ.

Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло съ такъ наз. родственными залогами. Но именно по отношенію къ нимъ признаніе личной отвѣтственности было бы величайшей несправедливостью. Эти залоги, какъ указываетъ сама Записка, устанавливаются въ обезпеченіе долей сонаслѣдниковъ, не получающихъ имѣнія натурою. Но размѣръ этихъ долей опредѣляется сообразно цѣнности имѣнія. При этомъ, при нормальныхъ условіяхъ семейной жизни, цѣнность имѣнія опредѣляется по взаимному соглашенію между сонаслѣдниками. Достаточно извѣстно, что она опредѣляется нерѣдко довольно высоко, такъ какъ при этомъ принимается въ соображеніе идеальная цѣнность, заключающаяся въ полученіи имѣнія натурою. Если же впослѣдствіи оказывается, что сонаслѣдники не могутъ быть удовлетворены изъ имѣнія, то возложеніе на собственника-должника еще и личной отвѣтственности никоимъ образомъ не отвѣчаетъ требованіямъ справедливости. Его наслѣдственная доля пропадаетъ во всякомъ случаѣ — иначе вопросъ о личной отвѣтственности и не можетъ быть поставленъ. А тутъ ему пришлось бы отвѣчать еще за то, что доли сонаслѣдниковъ были установлены несоразмѣрно высоко. Такимъ образомъ ясно, что именно по отношенію къ родственнымъ залогамъ личная отвѣтственность совершенно неумѣстна [1] [2]).

1) Нельзя, впрочемъ, не обратить вниманія на то, что Записка не пользуется по этому поводу вполнѣ подходящимъ и, притомъ, юридически

Далѣе, приверженцами принципа личной отвѣтственности выдвигается одинъ аргументъ, относящійся равно къ области этики и народнаго хозяйства. Онъ заключается въ утвержденіи [1]), что, съ одной стороны, несправедливо возлагать на кредитора послѣдствія обезцѣненія имѣнія, вызваннаго дѣйствіями или упущеніями должника, и что, съ другой стороны, только при признаніи личной отвѣтственности отпадаетъ побужденіе разорять заложенное имѣніе, появляющееся тогда, когда должникъ уже не можетъ болѣе разсчитывать удержать его за собой.

По этому поводу слѣдуетъ указать, прежде всего, на то, что въ проектѣ ВУ., какъ извѣстно [2]), имѣется рядъ статей, разсчитанныхъ на огражденіе вѣрителя отъ разорительныхъ дѣйствій собственника. Правда, эта защита, на практикѣ, можетъ оказаться не всегда достаточной. Но это является, въ значительной степени, послѣдствіемъ неудовлетворительности постановленій проекта, относящихся къ этому вопросу. Отсюда же можно сдѣлать лишь тотъ выводъ, что соотвѣтствующія статьи подлежатъ исправленію, а никакъ не дѣлаемый составителями проекта выводъ, что вѣрителю слѣдуетъ оказать помощь посредствомъ признанія личной от-

болѣе правильнымъ терминомъ „сонаслѣдники“, а говорить о матери и сестрахъ собственника. Благодаря этому, получается впечатлѣніе, будто имѣлось намѣреніе перенести, такимъ путемъ, вопросъ изъ области трезвыхъ юридическихъ соображеній въ область чувства. Подобный пріемъ, разумѣется, не можетъ считаться умѣстнымъ.

2) Само собой разумѣется, что возможны и такіе случаи, при которыхъ оцѣнка имѣнія находилась въ соотвѣтствіи съ его дѣйствительной цѣнностью и гдѣ послѣдняя понизилась лишь впослѣдствіи по винѣ сонаслѣдника, получившаго имѣніе натурою. Въ такомъ случаѣ, однако, должны быть примѣнены тѣ мѣры, какія вообще могутъ быть примѣнены къ должникамъ, разоряющимъ заложенное имѣніе — о нихъ рѣчь будетъ ниже. Но нѣтъ никакого основанія презюмировать злую волю или нерадѣніе обязаннаго лица и устанавливать, въ виду этого, заранѣе для всѣхъ должниковъ одинаково тягостныя условія.

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 489, 1896 г. I, стр. 492 сл., Ж. О. К., стр. 198, Записка, стр. 49.

2) Ср. выше, §§ 79, 80.

вѣтственности должника. Если же, тѣмъ не менѣе, вѣритель понесетъ убытки, причиняемые злой волей или нерадѣніемъ должника, то ему надлежитъ предъявить общій искъ объ убыткахъ [1]). Для установленія же иска изъ обезпеченнаго залогомъ обязательственнаго требованія, причемъ основаніемъ иска являлись бы злая воля и нерадѣніе должника, нѣтъ ни малѣйшаго повода. Если личный искъ не можетъ быть оправданъ соображеніями другого характера, то необходимо отказаться отъ него, ибо признаніе его на такомъ основаніи противорѣчитъ требованіямъ юридической логики.

Правда, положеніе вѣрителя будетъ въ такомъ случаѣ менѣе выгоднымъ, такъ какъ бремя доказыванія будетъ лежать на немъ. Но это вполнѣ правильно. Нѣтъ причины, по которой слѣдовало бы выставлять презумпцію, что каждый должникъ по залогу склоненъ разорять заложенное имѣніе, съ цѣлью лишить вѣрителя возможности получить удовлетвореніе. Напротивъ, должникъ имѣетъ право требовать такъ же, какъ всякое другое лицо, выступающее стороной въ процессѣ, чтобы его, впредь до доказательства противнаго, считали человѣкомъ вполнѣ добросовѣстнымъ. Что же касается воздѣйствія на психику должника, то нѣтъ причины предполагать, что предвидѣніе отвѣтственности по иску изъ обязательственнаго требованія подѣйствуетъ на него сдерживающимъ образомъ въ большей мѣрѣ, чѣмъ предвидѣніе отвѣтственности по иску объ убыткахъ [2]). Желанная цѣль

1) Германская практика признаетъ за вѣрителемъ право на предъявленіе такого иска, см. Kober, Sachenrecht, ad 1133, P. 1, ср. ad 1121, P. V, ad 1135, P. 3. Въ виду самостоятельнаго характера ВУ. было бы, можетъ быть, цѣлесообразно оговорить особо право вѣрителя на предъявленіе иска объ убыткахъ именно на этомъ основаніи.

2) Можно даже предполагать, что въ соціальной средѣ съ развитымъ правовымъ чувствомъ возможность отвѣтственности по иску объ убыткахъ окажется болѣе дѣйствительнымъ средствомъ, такъ какъ въ рѣшеніи суда, признающемъ основательность такого иска, кроется, безъ сомнѣнія, извѣстная доля нравственнаго порицанія, направленнаго противъ дѣйствій отвѣтчика.

достигается, слѣдовательно, обоими путями. Разница заключается лишь въ томъ, что одинъ изъ этихъ путей съ юридической точки зрѣнія правиленъ, другой — неправиленъ.

На ряду съ только что разобраннымъ аргументомъ, въ матеріалахъ выдвигается еще второй, носящій характеръ уже чисто экономическій [1]). Онъ сводится къ утвержденію, что на практикѣ нѣтъ рѣзкаго различія между реальнымъ и личнымъ кредитомъ. Вотчинные кредиторы всегда считаются и съ личностью должника и съ его общею состоятельностью, а потому полагаются и на личную его отвѣтственность. А такъ какъ признаніе таковой доставляетъ вѣрителямъ по залогу болѣе надежное обезпеченіе, то оно, съ другой стороны, приводитъ также къ облегченію условій кредита, что соотвѣтствуетъ интересамъ самихъ должниковъ.

Эти тезисы вызвали какъ въ матеріалахъ къ проекту, такъ и въ литературѣ не мало возраженій. Что касается первыхъ, то въ Сводѣ Замѣчаній имѣется рядъ отзывовъ, не одобряющихъ этого воззрѣнія авторовъ проекта [2]). Въ частности, И. Т. Тарасовъ указываетъ на то, что удешевленіе кредита зависитъ не столько отъ степени обезпеченія вѣрителя, сколько отъ общаго экономическаго и правового положенія, господствующаго въ данной странѣ. В. Я. Фуксъ и М. Н. Шкляревскій, въ свою очередь, указываютъ на то, что строгое распредѣленіе отвѣтственности по обязательствамъ между опредѣленнымъ имуществомъ и прочей имущественной сферой лица способствуетъ желательной ясности имущественныхъ отношеній и ихъ устойчивости, съ одной стороны, а съ другой, — содѣйствуетъ упроченію не только реальнаго, но и личнаго кредита. Предположенное же редакціонною комиссіей нововведеніе, безъ достаточныхъ причинъ, улучшаетъ положеніе ипотечныхъ вѣрителей въ ущербъ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 489, 1896 г. I, стр. 492 сл., Ж. О. К., 192, 198, Записка, стр. 49.

2) Св. Зам., № 222.

личнымъ. Наконецъ, Н. К. Монсеенко утверждаетъ, безъ ближайшей мотивировки, что ст. 101 ВУ. ухудшаетъ положеніе должника по залогу.

Довольно рѣшительный отпоръ былъ данъ предположеніямъ комиссіи также и въ нѣкоторыхъ изъ отзывовъ вѣдомствъ на проектъ 1896 г. Однако, одинъ изъ этихъ отзывовъ долженъ быть оставленъ въ сторонѣ по нѣсколько своеобразнымъ обстоятельствамъ, упомянутымъ уже въ своемъ мѣстѣ [1]). Рѣчь идетъ о той части отзыва министра внутреннихъ дѣлъ, которая заимствована, безъ указанія источника, изъ только что упомянутаго замѣчанія гг. Фукса и Шкляревскаго. Но, тѣмъ не менѣе, остается фактъ, что министръ внутреннихъ дѣлъ рѣшительно высказывается противъ признанія личнаго иска за ипотечнымъ вѣрителемъ.

Такой же точки зрѣнія придерживается и министръ финансовъ [2]). При этомъ, его аргументы, съ одной стороны, сводятся къ указанію на развитіе въ торговомъ правѣ принципа предметной отвѣтственности, которая, по словамъ отзыва, есть „современная форма отвѣтственности, да, вѣроятно, и форма будущаго“. Съ другой же стороны, отзывъ, согласно общей своей тенденціи, мотивомъ установленія личной отвѣтственности изображаетъ „охраненіе правъ держателей вторыхъ и послѣдующихъ закладныхъ“. По мнѣнію министра финансовъ, это должно повести къ искусственному развитію частнаго ипотечнаго кредита. А таковое является въ высшей степени нежелательнымъ.

Наконецъ, отзывъ военнаго министра [3]) ограничивается указаніемъ на нежелательныя послѣдствія личной отвѣтственности въ одномъ частномъ случаѣ: третье лицо, пріобрѣвшее заложенную недвижимость, можетъ обезцѣнить ее и тѣмъ подвести подъ отвѣтственность прежняго собственника.

1) Ср. выше, т. I, § 7.

2) Отзывъ, стр. 39 сл. Впрочемъ, и этотъ отзывъ не обходится безъ заимствованій — ср. отзывъ, стр. 42—43 и Принцъ, Проектъ ВУ. и землевладѣніе. Ж. М. Ю. 1899, 1. стр. 36.

3) Отзывъ, стр. 5 сл.

Гораздо болѣе удачно формулируются аргументы за предметную отвѣтственность и противъ личной отвѣтственности въ мнѣніи меньшинства особой комиссіи [1]): „Къ числу такихъ преимуществъ (предметной отвѣтственности) можно отнести: достигаемыя при началѣ ограниченной отвѣтственности по залогу ясность и опредѣленность отношеній между сторонами, сохраненіе для залогодателя возможности пользоваться личнымъ кредитомъ, полное освобожденіе первоначальнаго должника, при послѣдующемъ отчужденіи заложеннаго имѣнія, отъ отвѣтственности по долгу ..., устраненіе возможности злоупотребленій со стороны кредиторовъ, въ видѣ оставленія за собой заложеннаго имѣнія за безцѣнокъ и взысканія недополученной суммы долга съ остального имущества должника“.

Авторы этой аргументаціи желаютъ, впрочемъ, пойти дальше, чѣмъ остальные противники ст. 101. Они, именно, требуютъ не замѣны ея ст. 20 Главныхъ Основаній, а полной отмѣны личной отвѣтственности должника, путемъ объявленія недѣйствительнымъ добавочнаго соглашенія контрагентовъ объ установленіи такой отвѣтственности. Они утверждаютъ, что кредиторы, будучи, при господствующихъ у насъ экономическихъ условіяхъ, почти всегда экономически болѣе сильной стороной, не преминутъ воспользоваться предоставленной имъ возможностью для того, чтобы выговорить личную отвѣтственность залогодателя. Благодаря этому, начало предметной отвѣтственности превратится въ мертвую букву.

Въ противоположность этому, восемь членовъ особой комиссіи, примыкавшихъ къ большинству, стали на защиту ст. 20 Главныхъ Основаній [2]). Аргументы ихъ совпадаютъ,

1) Ж. О. К., стр. 190.

2) Ж. О. К., стр. 199 сл.

въ общемъ, съ аргументами меньшинства. Новымъ является, однако, указаніе на то, что личная отвѣтственность можетъ приводить къ „выдачѣ чрезмѣрной ссуды въ разсчетѣ на личную состоятельность должника".

Если обратиться, затѣмъ, къ литературѣ этого вопроса, то оказывается, что и здѣсь мнѣнія раздѣлились. За рѣшеніе комиссіи высказывается пространно Л. В. Гантоверъ [1]). Его аргументы совпадаютъ совершенно, а въ большинствѣ случаевъ даже дословно, съ аргументами редакціонной комиссіи. Къ этимъ аргументамъ кратко присоединяется М. Я. Пергаментъ [2]). Напротивъ, Н. Г. Принтцъ [3]) и Я. К. Городыскій [4]) высказываются рѣшительно противъ личной отвѣтственности, при чемъ главнымъ ихъ аргументомъ является указаніе на возможность пріобрѣтенія имѣнія вѣрителемъ съ публичнаго торга за безцѣнокъ съ тѣмъ, чтобы предъявить впослѣдствіи личный искъ противъ должника. Наконецъ, И. А. Базановъ [5]) считаетъ, что вводимая проектомъ, въ этой области, „новинка правообразованія" „заслуживаетъ самаго суроваго осужденія, какъ противная и нашимъ традиціямъ и нашимъ современнымъ воззрѣніямъ на залогъ и, наконецъ, успѣху ожидаемаго со введеніемъ вотчинной системы оживленнаго частнаго реальнаго кредита". Въ противоположность этимъ писателямъ, В. М. Цвингманъ [6]) считаетъ безразличнымъ, войдетъ ли въ ВУ. ст. 101 проекта или ст. 20 Главныхъ Основаній. Какъ та, такъ и другая даютъ сторонамъ возможность установить, по своему усмотрѣнію, или личную отвѣтственность или строго предметную. Которая же изъ

1) Залоговое право, стр. 289 сл., 293 сл., 720 сл.

2) Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 41, стр. 2204.

3) Проектъ ВУ. и землевладѣніе, Ж. М. Ю. 1899, 1, стр. 36 сл.

4) Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 218 сл.

5) Вотчинный режимъ, стр. 267 сл.

6) Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 17 сл.

двухъ займетъ господствующее въ оборотѣ положеніе, это будетъ зависѣть отъ экономическихъ условій [1]).

Въ интересахъ упрощенія дальнѣйшаго изложенія, слѣдуетъ, однако, замѣтить тотчасъ же, что, дѣйствительно, выборъ можетъ быть сдѣланъ только между указанными двумя постановленіями. Предложенное меньшинствомъ особой комиссіи воспрещеніе добавочнаго договора о личной отвѣтственности является непріемлемымъ. Если бы даже подобное вторженіе въ область свободы договоровъ было принципіально допустимо, то оно, во всякомъ случаѣ, не имѣло бы практическаго значенія. Ибо въ распоряженіи законодательства нѣтъ средствъ, чтобы устранить возможность заключенія подобныхъ добавочныхъ договоровъ обходнымъ путемъ.

Тѣмъ не менѣе, нельзя утверждать, подобно г. Цвингману, что безразлично, по которому изъ двухъ возможныхъ путей пойдетъ законодательство. Правда, оборотъ, безъ сомнѣнія, будетъ сообразоваться съ экономическими условіями. Но послѣ изслѣдованій Л. І. Петражицкаго уже не можетъ быть сомнѣнія въ огромномъ вліяніи законодательства на воззрѣнія публики о томъ, что́ является наиболѣе желательнымъ и подходящимъ. Если законъ будетъ смотрѣть на личную отвѣтственность, какъ на элементъ, наличность котораго предполагается и устраненіе котораго должно быть обусловлено особо, то это окажетъ, очевидно, другое дѣйствіе, чѣмъ противоположное правило, по которому, наоборотъ, установленіе личной отвѣтственности должно быть предметомъ особаго соглашенія. А такъ какъ, кромѣ того, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что необходимость выговаривать какое либо отступленіе отъ общаго правила ослабляетъ позицію того изъ контрагентовъ, который добивается этого, то, очевидно, выборъ между ст. 101 проекта и ст. 20 Главныхъ

1) Ср. также Стенографическій отчетъ, стр. 168 сл.

Основаній имѣетъ немалое практическое значеніе и для отдѣльнаго случая. Въ виду же того, что экономически болѣе слабой стороной является, въ общемъ, должникъ-землевладѣлецъ, то отъ формулировки закона будетъ зависѣть извѣстное улучшеніе или дальнѣйшее ухудшеніе его позиціи.

Если сопоставить, затѣмъ, только что изложенные аргументы за допущеніе наряду съ залоговымъ искомъ личнаго иска изъ обезпеченнаго залогомъ обязательственнаго требованія и противъ его допущенія, то едва ли можно отрицать, что послѣдніе имѣютъ больше вѣса. Утвержденіе редакціонной комиссіи, что установленіе личной отвѣтственности приводитъ къ облегченію условій кредита, вполнѣ опровергается указаніемъ И. Т. Тарасова на то, что въ этомъ отношеніи рѣшающую роль играетъ общее экономическое и правовое положеніе страны. Если же комиссія говоритъ, что на практикѣ не существуетъ различія между реальнымъ и личнымъ кредитомъ, то нельзя не замѣтить, что этотъ доводъ лишенъ основанія. Само собой разумѣется, что подобнаго различія не будетъ въ отдѣльномъ случаѣ, когда на ряду съ предметною отвѣтственностью устанавливается личная. Но во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ, по дѣйствующему праву, не заключено добавочнаго договора о личной отвѣтственности, сдѣлки, обезпеченныя залогомъ недвижимости, опираются, очевидно, исключительно на реальный кредитъ. То же самое будетъ имѣть мѣсто при дѣйствіи ВУ. Слѣдуетъ даже считаться съ тѣмъ, что съ признаніемъ оборотоспособности залоговыхъ актовъ моментъ личнаго довѣрія къ должнику по залогу будетъ играть все меньшую роль: если первоначальный вѣритель и будетъ считаться съ личными качествами и личною состоятельностью должника, то у третьихъ пріобрѣтателей залогового акта даже не будетъ возможности учитывать эти моменты. Личность должника будетъ приниматься въ соображеніе лишь постолько, поскольку общеизвѣстно въ кругахъ, причастныхъ къ вотчинному обороту, что въ ней имѣются значительныя уклоненія къ худшему отъ нормальнаго типа землевладѣльца. Другими словами, личный моментъ будетъ приниматься во вниманіе не въ томъ смыслѣ, будто личная состоятельность должника въ состояніи увеличить его реальный кредитъ. Напротивъ, отрицательныя личныя качества его сыграютъ роль тогда, когда, благодаря имъ, слѣдуетъ опасаться обезцѣненія заложенной недвижимости. Т. е. личный моментъ будетъ имѣть значеніе настолько, насколько онъ вліяетъ непосредственно на основу реальнаго кредита. Но это отнюдь не значитъ, что нѣтъ на практикѣ грани между реальнымъ кредитомъ и личнымъ. Ибо послѣдствіемъ этого вліянія будетъ вовсе не смѣшеніе личнаго и реальнаго кредита, а лишь пониженіе послѣдняго.

Однако, даже если бы эти предположенія оказались ошибочными, то всетаки не теряютъ силы изложенные выше аргументы въ пользу разграниченія областей личнаго и реальнаго кредита. Если бы даже въ оборотѣ не существовало такого разграниченія, то законодательство заинтересовано въ его установленіи, насколько это зависитъ отъ него. Только такимъ путемъ можетъ быть внесена въ имущественныя отношенія желательная и необходимая ясность.

Въ связи съ этимъ слѣдуетъ выдвинуть упомянутый выше аргументъ восьми членовъ особой комиссіи, сводящійся къ тому, что признаніе личной отвѣтственности можетъ вызвать выдачу чрезмѣрной ссуды въ разсчетѣ на личную состоятельность должника. Сами авторы этого довода, повидимому, не придаютъ ему большого значенія и выставляютъ его лишь мимоходомъ. Между тѣмъ, имъ затрагивается одна изъ наиболѣе существенныхъ сторонъ разсматриваемаго здѣсь вопроса. Дѣло въ томъ, что признаніе личной отвѣтственности можетъ сыграть весьма пагубную роль въ процессѣ

увеличенія задолженности землевладѣнія. Оно, въ частности, въ состояніи внести въ область поземельнаго кредита спекулятивный элементъ. Надо имѣть въ виду, что цѣнность имѣнія подлежитъ сравнительно точному опредѣленію. Личная состоятельность, напротивъ, поддается ему гораздо труднѣе. Поэтому формулированный Л. І. Петражицкимъ законъ оптимистической надбавки неминуемо окажетъ свое вліяніе. Результатомъ можетъ быть совершенно нежелательное привлеченіе къ поземельному кредиту капитала спекулятивнаго. Съ другой стороны, нечего ожидать, чтобы внесеніе въ реальный кредитъ спекулятивнаго элемента повлекло за собой тѣ выгодныя послѣдствія, которыми онъ сопровождается въ другихъ областяхъ народнаго хозяйства. Ибо землевладѣлецъ, обременяющій свое имѣніе послѣдними ипотеками — а разсчеты на личную отвѣтственность играютъ роль преимущественно или даже исключительно при нихъ — воспользуется добытыми такимъ путемъ деньгами лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ для производительныхъ цѣлей [1]).

Въ тѣсной связи съ этимъ моментомъ находится другой, имѣющій съ практической точки зрѣнія еще большее значеніе. Въ чемъ онъ заключается, можетъ быть выяснено безъ труда путемъ установленія мотивовъ, на основаніи которыхъ дѣйствуетъ кредиторъ по послѣднимъ ипотекамъ. Сравнительно высокіе проценты, уплачиваемые по такимъ ипотекамъ, сами по себѣ, являются для него лишь слабой приманкой, такъ какъ помѣщеніе того же капитала въ промышленныхъ бумагахъ даетъ обыкновенно большій доходъ. Но признаніе личной отвѣтственности вызоветъ въ кредиторѣ вѣру въ такую обезпеченность его капиталовъ, какой нѣтъ при иномъ помѣщеніи денегъ. И эти два момента,

1) Ср. Петражицкій, Акціи I, стр. 2 сл., 61 сл., 249 сл. См. его же Aktienwesen und Spekulation, S. 47 flg., 56 flg., 213 flg., Lehre vom Einkommen II, Anhang.

вмѣстѣ взятые, вызовутъ приливъ денегъ къ послѣднимъ ипотекамъ, который нежелателенъ ни въ интересахъ землевладѣльцевъ, ни въ правильно понятыхъ интересахъ капиталистовъ.

Однако, если подобная мотивація и представляется, съ этической точки зрѣнія, далеко не возвышенной, то все же въ ней нѣтъ ничего, заслуживающаго прямого осужденія. Но иная картина получается тогда, когда принять въ соображеніе слѣдующее: вѣритель разсчитываетъ не только на сравнительно высокіе проценты и на обезпеченность своего капитала благодаря личной отвѣтственности должника, но онъ считается, кромѣ того, еще и съ возможностью обогащенія за счетъ должника. Онъ можетъ быть почти увѣренъ въ томъ, что, въ случаѣ назначенія по его требованію публичной продажи недвижимости, у него будетъ возможность пріобрѣсти имѣніе лично или черезъ подставное лицо за сумму, равную наименьшему предложенію или незначительно превышающую его. Даже появленіе на торгѣ другихъ покупщиковъ не можетъ разстроить его планы. Ибо самое худшее, чѣмъ онъ рискуетъ, есть пріобрѣтеніе имѣнія другими лицами за сумму, которою покрывается также и его требованіе. Въ большинствѣ же случаевъ ему удастся пріобрѣсти имѣніе за сумму наименьшаго предложенія и осуществить, сверхъ того, еще личный искъ — вопреки требованіямъ справедливости и въ ущербъ интересамъ народнаго хозяйства, но въ полномъ соотвѣтствіи съ постановленіями закона [1]).

Необходимо, однако, обратить вниманіе на то, что подобная продѣлка возможна не только по отношенію къ послѣднимъ ипотекамъ. Она можетъ встрѣчаться и при первыхъ ипотекахъ. И здѣсь вредъ, причиняемый должнику

1) Ср. также весьма характерный случай, разыгравшійся въ этомъ направленіи на почвѣ личной отвѣтственности собственника въ Прибалтійскомъ краѣ, сообщенный въ Стенографическомъ отчетѣ, стр. 141.

и интересамъ народнаго хозяйства, разумѣется, несравненно больше. Правда, здѣсь и шансы недобросовѣстнаго вѣрителя на успѣхъ меньше. Но все же данныя статистики показываютъ [1]), что такія махинаціи представляютъ нерѣдкое явленіе, въ частности, въ Германіи. А такъ какъ, съ одной стороны, у насъ предполагается рецепція, хотя и съ нѣкоторыми модификаціями, господствующаго тамъ принципа наименьшаго предложенія [2]), одновременно съ введеніемъ ВУ., а съ другой стороны, цѣлый рядъ экономическихъ и соціальныхъ условій, какъ то: общій недостатокъ капитала, плохія средства сообщенія при большихъ разстояніяхъ, слабое развитіе сельскаго хозяйства, меньшее, по сравненію съ Западомъ, тяготѣніе состоятельныхъ слоевъ населенія къ пріобрѣтенію поземельной собственности, — заставляетъ предполагать, что подобныя махинаціи сыграютъ у насъ еще большую роль, чѣмъ на Западѣ, то именно на эту сторону вопроса необходимо обратить самое серьезное вниманіе. Она, правда, уже была затронута нѣкоторыми критиками проекта ВУ. Но она, какъ извѣстно, была поставлена на очередь дня одного изъ послѣднихъ съѣздовъ нѣмецкихъ юристовъ. И результаты трудовъ съѣзда въ этой области настолько поучительны, что, при изслѣдованіи вопроса объ отвѣтственности должника по залогу, необходимо отвести особое мѣсто именно этой сторонѣ его.

§ 90. Личный искъ и публичная продажа.

XXX съѣздъ нѣмецкихъ юристовъ поставилъ на очередь дня вопросъ, слѣдуетъ ли принять законодательныя мѣры для ограниченія личной отвѣтственности должника, если ипотечный вѣритель пріобрѣлъ заложенную недвижимость

1) См. Verhandlungen des XXX. Deutschen Juristentages I, S. 4 Anm., 30 flg.

2) См. проектъ ПВВ. гл. 4, въ частности, ст. 114—163. Ср. ниже, § 96.

за сумму, не покрывающую его требованія, но, вмѣстѣ съ тѣмъ, не достигающую цѣнности недвижимости [1]).

Результатъ былъ въ высокой степени интересный. Составители отзывовъ [2]), официальные докладчики [3]), а равно всѣ участники преній [4]) высказали единогласно убѣжденіе, что господствующее положеніе совершенно неудовлетворительно. Мнѣнія расходились лишь въ отношеніи средствъ, при помощи которыхъ можетъ быть достигнуто улучшеніе: между тѣмъ какъ одни утверждали [5]), что дѣйствующее германское право, при правильномъ толкованіи, даетъ судамъ возможность бороться съ злоупотребленіями въ этой области, другіе требовали [6]) вмѣшательства законодательной власти. Резолюціи, однако не было принято ни въ томъ, ни въ другомъ смыслѣ и рѣшеніе вопроса было отложено до слѣдующаго съѣзда [7]). Это объясняется тѣмъ, что съѣздъ пришелъ къ убѣжденію, что мало одной борьбы съ недобросовѣстнымъ предъявленіемъ личнаго иска противъ ипотечнаго должника, что необходимо, напротивъ, принять мѣры вообще противъ возможности публичной продажи недвижимости за

1) На неудовлетворительность положенія, созданнаго, въ этомъ отношеніи, принципомъ наименьшаго предложенія, было обращено вниманіе уже Дернбургомъ, Preussisches Hypothekenrecht, II, S. 66 flg. За послѣднее время этотъ вопросъ разсматривался въ двухъ статьяхъ Deutsche Juristenzeitung: Giese, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, DJZ. 1909, 4, S. 263 flg., Kleemann, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, DJZ. 1909, 8, S. 484 flg.

2) Biermann, Verhandlungen I, S. 3 flg., Predari, ibid., S. 20 flg.

3) Litten, Verhandlungen II, S. 28 flg., Fuchs, ibid., S. 42 flg.

4) Verhandlungen II, S. 57 flg., ср., однако, v. Pechman, ibid., S. 64 flg.

5) Biermann, l. c., Litten l. c.

6) Predari, l. c., Fuchs, l. c., Ср. также Örtmann, Ermässigung der persönlichen Haftung, DJZ. 1910, 16/17, S. 929 flg.

7) Verhandlungen II. S. 88, 547 flg. Однако, состоявшійся съ тѣхъ поръ 31 съѣздъ этимъ вопросомъ уже не занимался. За то продолжали разрабатывать его въ литературѣ, см. Friebe, Haftung des persönlichen Schuldners für Hypothekenausfall, Jherings Jahrbücher 1911, 1/5, S. 255 flg., Schneider, Ausbeutung der Gläubigerstellung, DJZ. 1911, 16/17, S. 1109 flg.

безцѣнокъ. А такъ какъ этимъ затрагивается гораздо болѣе общій вопросъ, къ рѣшенію котораго съѣздъ не чувствовалъ себя достаточно подготовленнымъ, то принятіе резолюціи и было отложено.

По этому поводу слѣдуетъ замѣтить, прежде всего, что, въ виду предполагаемаго введенія у насъ принципа наименьшаго предложенія, и тотъ болѣе общій вопросъ, отъ немедленнаго рѣшенія котораго уклонился съѣздъ, имѣетъ значеніе для насъ. Введеніе этого принципа, безспорно, является значительнымъ улучшеніемъ по сравненію съ нынѣ дѣйствующими постановленіями. Тѣмъ не менѣе, высказанныя на съѣздѣ соображенія должны возбудить серьезное вниманіе также и у насъ. Если бы оказалось возможнымъ установить такой порядокъ публичной продажи, при которомъ выручка цѣны, соотвѣтствующей цѣнности недвижимости, была бы обезпечена, то, разумѣется, и вопросъ о личной отвѣтственности должника по залогу потерялъ бы значительную часть своей остроты. Однако, улучшеніе порядка взысканія едва ли возможно иначе, какъ путемъ установленія болѣе тѣсной связи между оцѣночной стоимостью недвижимости и наименьшей цѣной, за которую она можетъ быть продана съ публичнаго торга. Между тѣмъ, установленіе удовлетворительнаго порядка публичной продажи на этомъ основаніи является у насъ еще болѣе труднымъ, чѣмъ на Западѣ. Надо принять въ соображеніе, во-первыхъ, указанные уже выше недостатокъ у насъ капиталовъ, слабое развитіе сельскаго хозяйства и т. п. Во-вторыхъ, одно уже отсутствіе у насъ кадастра дѣлаетъ въ высшей степени рискованнымъ, если не невозможнымъ, установленіе упомянутой связи. Но, кромѣ того, достиженіе желанной цѣли по названному пути является весьма сомнительнымъ и для Запада. Дѣло въ томъ, что едва ли возможно найти ту среднюю линію, при соблюденіи которой были бы обезпечены всѣ заслуживающіе вниманія интересы. Всякое же уклоненіе отъ нея отниметъ смыслъ или у всего

института публичной продажи или у задуманной реформы. Если, именно, наименьшая цѣна будетъ установлена въ сравнительно высокомъ размѣрѣ, то отъ этого пострадаютъ интересы вѣрителя; назначеніе же низкаго минимума не улучшитъ нынѣшняго положенія вещей [1]).

Въ виду этого необходимо оставаться, при изслѣдованіи нормъ проекта ВУ., на почвѣ принятаго въ проектѣ ППВ. принципа наименьшаго предложенія [2]). Согласно той формѣ, которую онъ получилъ, имѣніе можетъ быть продано на первомъ торгѣ, если предложенная цѣна превышаетъ или сумму оцѣнки или сумму всѣхъ издержекъ, недоимокъ, платежей и долговъ, пользующихся старшинствомъ передъ требованіемъ взыскателя, смотря по тому, которая изъ этихъ суммъ выше. На второмъ же торгѣ продажа допускается и тогда, когда цѣна превышаетъ вторую изъ только что указанныхъ суммъ — независимо отъ оцѣночной стоимости имѣнія [3]). При такомъ положеніи дѣла, признанная ст. 101,1 ВУ. личная отвѣтственность должника по залогу можетъ повести, очевидно, къ величайшимъ несправедливостямъ.

Но, можетъ быть, предложенія, сдѣланныя на съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ тѣми лицами, которыя желали рѣшить

1) Какъ извѣстно, австрійское законодательство пошло по пути установленія связи между оцѣночной стоимостью недвижимости и наименьшей цѣной, за которую недвижимость можетъ быть продана, E.-O. 140 flg. 151, vgl. 190, 195, 200. Къ сожалѣнію, австрійскіе юристы, состоящіе членами съѣзда нѣмецкихъ юристовъ, не приняли участія въ дебатахъ и воздержались отъ сообщеній о практическихъ результатахъ новаго порядка.

2) Нельзя не считаться и съ тѣмъ, что наша законодательная власть едва ли рѣшится отступить отъ принятаго въ проектѣ принципа въ угоду мало испытанному принципу австрійскаго законодательства или тому совершенно еще не испытанному принципу, который будетъ, можетъ быть, предложенъ однимъ изъ слѣдующихъ съѣздовъ нѣмецкихъ юристовъ. Иначе дѣло обстояло бы только тогда, когда разсмотрѣніе проектовъ ВУ., ППВ. и другихъ дополнительныхъ положеній состоялось бы лишь въ отдаленномъ будущемъ, когда или австрійскій законъ или проекты нѣмецкихъ юристовъ успѣютъ завоевать общее признаніе.

3) ППВ. 115 сл., 155 сл.

вопросъ немедленно, безъ предварительнаго рѣшенія всей проблемы публичной продажи недвижимостей, указываютъ путь, по которому можно было бы найти выходъ?

На этотъ вопросъ приходится дать отвѣтъ отрицательный. Но причина, по которой получается такой отвѣтъ, глубоко поучительна. Она позволяетъ сдѣлать выводы, весьма цѣнные для выясненія вопроса о личной отвѣтственности должника по залогу.

Въ первомъ изъ представленныхъ съѣзду отзывовъ предлагается помочь должнику путемъ exceptio doli[1]). Однако, авторъ этого предложенія самъ не отрицаетъ, что это средство имѣетъ значеніе далеко не во всѣхъ случаяхъ: условіемъ его примѣненія является пріобрѣтеніе недвижимости самимъ вѣрителемъ и дальнѣйшее отчужденіе ея въ другія руки за сумму, превышающую сумму изъ уплаченной имъ цѣны и его требованія[2]). Слѣдовательно, exceptio doli непримѣнима, пока вѣритель оставляетъ имѣніе за собой, а также въ томъ случаѣ, когда онъ продаетъ его за фиктивно низкую цѣну — не говоря даже о томъ случаѣ, когда онъ пріобрѣтаетъ имѣніе чрезъ подставное лицо. Къ тому же и съ теоретической точки зрѣнія является сомнительнымъ, насколько въ этой области мѣсто указанному возраженію[3]). Цѣлый рядъ столь же вѣскихъ возраженій возникаетъ и противъ предложеннаго во второмъ отзывѣ признанія за должникомъ права предъявить возраженіе о неосновательномъ обогащеніи вѣрителя[4]). Съ этимъ предложеніемъ совпадаетъ въ сущности, другое, сводящееся къ тому, что должникъ долженъ быть освобожденъ отъ личной отвѣтственности

1) Verhandlungen I, S. 3 flg.

2) ibid., S. 8 flg.

3) ibid., S. 45, Verhandlungen II, S. 35 flg., 45 flg., 50, Örtmann, l. c., DJZ. 1910, 16/17, S. 930 flg., Friebe, Haftung des persönlichen Schuldners für Hypothekenausfall, Jherings Jahrb. 1911, 1/5, S. 258.

4) Verhandlungen I, S. 45 flg., cp. ibid., S. 5 flg., Verhandlungen II, S. 34, 45, Örtmann, l. c., S. 931, Friebe, l. c., S. 257.

тогда, когда имѣется рѣзкое несоотвѣтствіе между стоимостью недвижимости и уплаченной вѣрителемъ цѣной и когда вѣритель пріобрѣлъ, благодаря этому, несоотвѣтствующую выгоду[1]). Наконецъ, неподходящимъ является и предложеніе, сдѣланное въ литературѣ еще до обсужденія стоящей на очереди проблемы съѣздомъ юристовъ, по которому удовлетвореніе недвижимостью должно считаться равносильнымъ удовлетворенію изъ недвижимости[2]). Уже въ одномъ изъ отзывовъ, представленныхъ съѣзду, было указано совершенно правильно на то[3]), что вѣритель получилъ бы, въ такомъ случаѣ, нѣчто иное, чѣмъ то, на что онъ имѣетъ право. Кромѣ того, слѣдуетъ спросить, какъ регулируется положеніе послѣдующаго кредитора, если предыдущій пріобрѣлъ недвижимость, а также, что происходитъ, если имѣніе было куплено третьимъ лицомъ. При этомъ не принимается даже въ соображеніе возможность коллюзіи между послѣдующимъ и предыдущимъ кредиторами или между кредиторомъ и третьимъ покупщикомъ. Если же имѣется налицо таковая, то разсматриваемое средство оказывается совершенно недѣйствительнымъ[4]).

1) Verhandlungen II, S. 43, 50, flg., cp. ibid., S. 70 flg.

2) Giese, l. c., S. 263.

3) Verhandlungen I, S. 9 flg. Cp. Kleemann, l. c., S. 484 flg., Friebe, l. c., S. 257.

4) Лишены практическаго значенія два предложенія, сдѣланныя Эртманомъ, l. c., S. 933. По его мнѣнію, слѣдуетъ или признать за должникомъ, уплатившимъ уже по личному иску, право на предъявленіе иска изъ неосновательнаго обогащенія, если вѣритель продастъ недвижимость лишь послѣ проведенія личнаго иска, или же слѣдуетъ дать должнику право требовать возвращенія ему недвижимости за сумму, равную цѣнѣ, уплаченной вѣрителемъ на публичномъ торгѣ. Ясно, что второе предложеніе имѣетъ значеніе только тогда, когда личный должникъ не состоитъ собственникомъ заложенной недвижимости и, вмѣстѣ съ тѣмъ, обладаетъ состояніемъ. Ибо при иныхъ условіяхъ дѣло не дошло бы до публичной продажи. Но эти условія едва ли имѣются налицо такъ часто, чтобы стоило вводить, въ разсчетъ на нихъ, совершенно новый институтъ выкупа недвижимыхъ имѣній личнымъ должникомъ. Указаніе же Эртмана на то, что несостоятельный должникъ, не могущій пользоваться

Такимъ образомъ слѣдуетъ сказать, что всѣ предложенія, сдѣланныя въ литературѣ и на съѣздѣ, или не осуществимы при господствующихъ у насъ условіяхъ, или не достигаютъ своей цѣли. Если же поставить вопросъ о причинѣ этого результата, то нельзя не признать, что она заключается въ слѣдующемъ: зло, съ которымъ желаютъ бороться, вытекаетъ изъ предоставленной вѣрителю по залогу возможности предъявлять личный искъ къ должнику, вопреки требованіямъ справедливости. Предлагаемыя же средства направлены не противъ самаго источника зла, а противъ отдѣльныхъ его проявленій. Понятно, что желанная цѣль не можетъ быть достигнута.

Однако, слѣдуетъ сознаться, что германскимъ юристамъ было трудно, или даже невозможно поступать иначе. Имъ нельзя было требовать устраненія самаго корня зла, другими словами, имъ нельзя было поднять вопроса о принципіальномъ устраненіи личной отвѣтственности должника по залогу. Это было бы однозначуще съ предложеніемъ коренной реформы германскаго ипотечнаго права. При бережномъ же отношеніи германскихъ юристовъ къ BGB., совершенно понятномъ въ виду того, что новое уложеніе находи-

этимъ правомъ, взамѣнъ того можетъ предъявить на искъ вѣрителя exceptio Caesarea, лишено основанія: вѣритель можетъ обратить взысканіе на текущіе доходы, въ частности, на заработокъ должника. Что же касается перваго предложенія, то оно не считается ни съ возможностью пріобрѣтенія недвижимости подставнымъ лицомъ, ни съ продажей ея за фиктивно низкую цѣну. — Дальнѣйшее, довольно оригинальное, но едва ли цѣлесообразное предложеніе выставляетъ Raddatz — см. Friebe, l. c., S. 263 flg. Напротивъ, полнаго сочувствія заслуживаютъ указанія на необходимость принятія экономическихъ мѣръ противъ продажи недвижимости за безцѣнокъ путемъ надлежащей организаціи кредита — Schneider, Ausbeutung der Gläubigerstellung, DJZ. 1911, 16/17, S. 1109. Но, къ сожалѣнію, подобныя мѣры едва ли смогутъ играть рѣшающую роль въ русскомъ вотчинномъ оборотѣ. То же самое приходится сказать о предложеніи предоставить городскимъ и сельскимъ общинамъ право преимущественной покупки продаваемыхъ съ торговъ недвижимостей — Schiffer, Ein Vorkaufsrecht bei Zwangsversteigerungen, DJZ. 1913, 10, S. 613 flg.

лось въ силѣ, при обсужденіи этого вопроса, лишь немногимъ больше одного десятилѣтія, подобное предложеніе никоимъ образомъ не могло бы разсчитывать не только на сочувствіе, но даже на серьезное вниманіе. Оно было бы, по всей вѣроятности, отклонено даже безъ преній.

На ряду съ этимъ играетъ роль еще другое обстоятельство: оборотъ въ Германіи привыкъ къ ипотекѣ, дающей вѣрителю наряду съ залоговымъ искомъ также и личный искъ. Это относится не только къ частнымъ вѣрителямъ, но въ равной мѣрѣ и къ кредитнымъ установленіямъ. На это обстоятельство было указано уже во второй комиссіи по составленію BGB. [1]), и указаніе это не вызвало никакихъ возраженій.

При такомъ положеніи дѣла становится понятнымъ, почему въ числѣ сдѣланныхъ на съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ предложеній въ пользу огражденія должниковъ по залогу отъ личнаго иска вѣрителей не было выдвинуто предложенія отмѣнить принципіально личную отвѣтственность должника.

Между тѣмъ, для насъ ни одинъ изъ этихъ двухъ моментовъ не можетъ играть никакой роли. Мы имѣемъ дѣло не съ дѣйствующимъ уже закономъ, а съ проектомъ, о столь бережномъ отношеніи къ которому не можетъ быть рѣчи. Даже болѣе, правовой консерватизмъ, говорящій въ Германіи въ пользу сохраненія личной отвѣтственности, требуетъ у насъ прямо противоположнаго. Ибо постановленіе ст. 101,1 ВУ. является не сохраненіемъ существующаго, а напротивъ, радикальнымъ измѣненіемъ искони дѣйствующаго принципа.

Столь же мало вѣса имѣетъ для насъ аргументъ экономическаго характера, выставленный въ пользу сохраненія личной отвѣтственности. Оборотъ въ Россіи привыкъ къ предметной отвѣтственности, и для практически наиболѣе

1) Protokolle III, S. 516.

важнаго вида ипотеки, для банковой, даже проектъ ВУ. желаетъ сохранить ее.

Въ виду всего этого, мы не только не имѣемъ права, но и не имѣемъ причины закрывать глаза передъ фактомъ, доказаннымъ съ полною ясностью преніями на съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, что при принципіальномъ сохраненіи личной отвѣтственности должника, нѣтъ дѣйствительнаго средства для борьбы съ злоупотребленіями, связанными съ современнымъ устройствомъ публичной продажи недвижимостей.

Такимъ образомъ, необходимо сказать въ результатѣ, что единственнымъ исходомъ является отказъ отъ принципа личной отвѣтственности.

Этотъ отказъ и приблизитъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, ту цѣль, къ достиженію которой стремился съѣздъ нѣмецкихъ юристовъ. Тогда, именно, у вѣрителя уже не будетъ побужденія пріобрѣсти имѣніе за безцѣнокъ. Если же продажа производится по требованію вѣрителя по ипотекѣ, пользующейся старшинствомъ, то обладатели младшихъ ипотекъ, за неимѣніемъ личнаго иска, заинтересованы въ предложеніи подходящей цѣны. Для нихъ всегда будетъ выгодно предлагать цѣну, покрывающую не только наименьшее предложеніе, но и тѣ требованія, которыя, не входя въ послѣднее, всетаки имѣютъ старшинство передъ ихъ требованіями. Въ результатѣ станетъ невозможнымъ пріобрѣтеніе имѣнія за безцѣнокъ вѣрителемъ со старшинствомъ или постороннимъ лицомъ. Махинаціи же посредствомъ подставныхъ лицъ потеряютъ всякій смыслъ.

Но кромѣ того, при такомъ порядкѣ отпадаютъ и мотивы къ чрезмѣрному кредитованію. Если вѣритель знаетъ, что онъ обезпеченъ исключительно недвижимостью, то онъ при кредитованіи будетъ остерегаться всякаго превышенія стоимости послѣдней. Если же это поведетъ къ нѣкоторому сокращенію поземельнаго кредита, то объ этомъ нечего жалѣть. Ипотечный кредитъ, покоящійся на личной состоятельности должника, а не на цѣнности недвижимости, есть явленіе нездоровое, которое не только не заслуживаетъ поддержки, а напротивъ, должно вызвать сопротивленіе со стороны законодательной власти.

Правда, нельзя отрицать, что, при современномъ положеніи дѣла, достиженіе этихъ благихъ результатовъ все еще будетъ зависѣть, въ значительной степени, отъ доброй воли и здраваго смысла причастныхъ къ поземельному кредиту лицъ. Пока остается возможность устанавливать посредствомъ договора дополнительную личную отвѣтственность должника по залогу, то вѣрители и будутъ пользоваться ею. А эта возможность, какъ было указано выше, не можетъ быть устранена. Тѣмъ не менѣе, нельзя считать безцѣльнымъ предложенное здѣсь измѣненіе ст. 101,1 ВУ.

Во-первыхъ, необходимо считаться съ психическимъ вліяніемъ на публику тѣхъ воззрѣній, которыхъ придерживается законодательство. Во-вторыхъ, противорѣчило бы достоинству закона, если бы онъ выставлялъ принципъ, которымъ поощряются тяжкія злоупотребленія — хотя бы отмѣна этого принципа и не была однозначуща съ полнымъ прекращеніемъ подобныхъ злоупотребленій. Далѣе, можно считаться съ тѣмъ, что упорядоченіе вотчиннаго оборота, въ частности, поземельнаго кредита, посредствомъ введенія ВУ., приведетъ къ тому, что договоры объ установленіи личной отвѣтственности будутъ заключаться гораздо рѣже, чѣмъ нынѣ, когда, въ виду неупорядоченности поземельныхъ правоотношеній, кредиторъ дѣйствительно можетъ нуждаться въ дальнѣйшемъ обезпеченіи. Наконецъ, слѣдуетъ указать еще и на то, что, при улучшеніи, въ будущемъ, общаго экономическаго положенія страны, землевладѣніе будетъ имѣть возможность использовать свободно подъемъ въ области кредита, если оно будетъ опираться на такое постановленіе ВУ., которое воспроизводитъ содержаніе не ст. 101,1 проекта, а ст. 20 Главныхъ Основаній.

Измѣненіе ст. 101,1 въ предложенномъ здѣсь смыслѣ не явилось бы, такимъ образомъ, панацеей противъ нежелательныхъ явленій и злоупотребленій въ области поземельнаго кредита. Но оно все же обозначало бы отказъ законодательства отъ дальнѣйшей поддержки этихъ золъ. Оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, дало бы толчокъ развитію поземельнаго кредита въ желательномъ направленіи и оно, въ случаѣ улучшенія экономическихъ условій, помогло бы бороться съ ними. Сохраненіе, напротивъ, принципа личной отвѣтственности санкціонировало бы совершенно неудовлетворительное нынѣшнее положеніе дѣла. Это можно утверждать съ тѣмъ большею увѣренностью, что труды XXX съѣзда нѣмецкихъ юристовъ показали съ несомнѣнною ясностью невозможность рѣшенія этого вопроса, оставаясь на почвѣ личной отвѣтственности. Предполагаемая же реформа института публичной продажи — если только она вообще окажется возможною — по крайней мѣрѣ, въ ближайшемъ будущемъ, не будетъ имѣть значенія для насъ.

Однако, отмѣна личной отвѣтственности вызвала бы необходимость одного дополненія ВУ., желательнаго, впрочемъ, и независимо отъ этого. Дѣло въ томъ, что ВУ., какъ извѣстно, не признаетъ добровольной обезпечительной ипотеки [1]). Между тѣмъ, введеніе этого института является желательнымъ уже въ виду одного того факта, что на практикѣ контрагенты нерѣдко вовсе не преслѣдуютъ цѣли создать самостоятельное, до извѣстной степени, и годное для оборота залоговое требованіе, а желаютъ, напротивъ, исключительно обезпечить обязательственное требованіе, при чемъ судьбы залога должны находиться въ полной зависимости отъ судебъ требованія. Уже теперь совершенно нельзя согласиться съ тѣмъ, что проектъ ВУ. не считается съ этою потребностью. Если же по оборотной ипотекѣ уже не будетъ существовать личной отвѣтственности, тогда установленіе добровольной обезпечительной ипотеки окажется, безъ сомнѣнія, желательной весьма и весьма нерѣдко.

1) См. выше, § 68.

§ 91. Выводы.

Такимъ образомъ, въ результатѣ приходится сказать, что предложенная проектомъ ВУ. система соотношенія исковъ залогового и личнаго является далеко не совершенной. Изъ трехъ, выставленныхъ проектомъ въ этой области принциповъ не заслуживаетъ одобренія именно тотъ, который самими авторами проекта считается основнымъ. Ибо признаніе дополнительной личной отвѣтственности должника по частной оборотной ипотекѣ, являясь само по себѣ непослѣдовательнымъ съ точки зрѣнія юридической конструкціи, не вытекаетъ ни изъ природы оборотной ипотеки, ни изъ соображеній этическихъ или экономическихъ. Притомъ, оно грозитъ явленіями, въ высшей степени нежелательными съ точки зрѣнія народнаго хозяйства и справедливости. Оно, къ тому же, противорѣчитъ основному принципу дѣйствующаго права. Въ виду всего этого, необходимо замѣнить постановленіе ст. 101,1 проекта ВУ. постановленіемъ ст. 20 Главныхъ Основаній. И приходится жалѣть даже о томъ, что, по практическимъ соображеніямъ, нельзя объявить недѣйствительными договоры, которыми устанавливается дополнительная личная отвѣтственность должника.

Такъ какъ всѣ высказанныя по отношенію къ частной оборотной ипотекѣ соображенія имѣютъ значеніе въ равной мѣрѣ и для банковой [1]), то слѣдуетъ, далѣе, выразить пожеланіе, чтобы проектъ отказался отъ дѣленія оборотной ипотеки на частную и банковую, насколько дѣло касается во-

1) Ср., кромѣ того, упомянутые выше аргументы, высказанные въ матеріалахъ къ проекту въ пользу предметной отвѣтственности по банковой ипотекѣ.

проса объ отвѣтственности по искамъ вѣрителя и чтобы была признана предметная отвѣтственность по оборотной ипотекѣ, какъ таковой. Личная же отвѣтственность должника должна быть признана исключительно при обезпечительной ипотекѣ, при чемъ нельзя не подчеркнуть еще разъ необходимости признанія добровольной обезпечительной ипотеки.

Но если бы принятая проектомъ система отвѣтственности вошла, несмотря на ея несостоятельность, въ будущій ВУ., то, по крайней мѣрѣ, слѣдовало бы исправить тѣ недостатки, которыми страдаютъ ст. 100, 101,2 и 102, недостатки, которые окончательно дѣлаютъ неудовлетворительной и непослѣдовательной мало удовлетворительную систему, принятую проектомъ. Наряду съ этимъ, конечно, слѣдовало бы ввести необходимыя поправки и въ тѣ статьи, которыми устанавливаются объемъ залогового иска и объектъ взысканія по этому иску.

Заключеніе.

I.

§ 92. Общая оцѣнка проекта.

Если сдѣлать попытку резюмировать въ немногихъ словахъ результаты всего предыдущаго изслѣдованія съ тѣмъ, чтобы притти къ общему сужденію о проектѣ ВУ. въ его нынѣшнемъ видѣ [1]), то, прежде всего, можно, кажется, сказать, что проектъ, безспорно, стремится создать вотчинную систему въ современномъ смыслѣ. Съ этою цѣлью онъ выдвигаетъ тѣ основные принципы, на которыхъ покоится эта система также и по законодательству западно-европейскихъ, въ частности, германскихъ государствъ. При этомъ, правда, замѣчаются извѣстные недостатки. Принципы внесенія и публичной вѣры вотчинной книги не только не поставлены съ достаточною рѣшительностью на подобающее имъ мѣсто. Первый изъ нихъ, кромѣ того, не проводится съ желательной послѣдовательностью, а второй не получилъ той стройности, которая необходима, главнымъ образомъ, въ практическихъ цѣляхъ. Вспомогательные же принципы — старшинства, спеціальности и изъятія записанныхъ въ книгу правъ отъ дѣйствія давности — нормированы не вполнѣ систематично и постановленія о нихъ, безъ всякой нужды, разбросаны по всему проекту, между тѣмъ какъ слѣдовало бы

1) Сопоставленіе высказанныхъ въ литературѣ критическихъ замѣчаній на проектъ имѣется у Базанова, Вотчинный режимъ, стр. 295 сл.

сосредоточить ихъ въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“. Нельзя не обратить вниманія и на то, что разработка системы отмѣтокъ мало удовлетворительна и что составители проекта не выяснили характера столь важнаго для всей вотчинной системы института, каковымъ является вотчинный договоръ.

Если обратиться, затѣмъ, къ спеціальной части проекта, то въ I и II главахъ поражаетъ наличность цѣлаго ряда совершенно ненужныхъ статей, которыя не только могутъ, но даже должны отпасть. По существу же тутъ приходится возражать гораздо меньше, чѣмъ противъ главы III, регулирующей договоры найма и продажи лѣса на срубъ. Она, въ свою очередь, составлена съ внѣшней стороны болѣе удовлетворительно. Но, съ другой стороны, она далеко не во всѣхъ отношеніяхъ отвѣчаетъ справедливымъ требованіямъ цивильной политики и поэтому можетъ оказать немалый вредъ интересамъ народнаго хозяйства, хотя и слѣдуетъ признать правильность ея исходныхъ мыслей.

Но главный интересъ все же долженъ сосредоточиться на гл. IV, посвященной залоговому праву. Она желаетъ создать институтъ современной ипотеки и нельзя отрицать, что она въ общемъ достигаетъ намѣченной цѣли. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, въ ней замѣчается нѣкоторая неувѣренность, нѣкоторая чрезмѣрная осторожность, можно даже сказать, нѣкоторое недовѣріе къ духу современнаго права. Само собой разумѣется, что такое отношеніе, до извѣстной степени, понятно. Трудно, да и рисковано совершить сразу скачекъ черезъ ту пропасть, которая раздѣляетъ дѣйствующее русское залоговое право отъ современнаго ипотечнаго права. Не приходится отрицать и того, что западныя законодательства по вопросу о формахъ обремененія недвижимости одно время были склонны допускать нежелательныя крайности. Но эпоха подобнаго увлеченія нынѣ уже прошла. Въ настоящее время, когда мы имѣемъ передъ собой двѣ большія, цѣнныя кодификаціи, изъ которыхъ одна дѣйствуетъ

уже почти полтора десятилѣтія, время опытовъ, отчасти неувѣренныхъ, отчасти слишкомъ смѣлыхъ, осталось позади насъ и законодатель, въ этой области, имѣетъ подъ собой уже вполнѣ твердую почву.

Правда, во время составленія проекта, условія законодательнаго творчества въ этомъ отношеніи были менѣе удовлетворительны. Но все же и тогда авторы проекта могли бы итти болѣе увѣреннымъ шагомъ. Они, повидимому, если и не сознавали этого, то все же смутно чувствовали истинное положеніе дѣла. Въ противномъ случаѣ на выработанномъ ими залоговомъ правѣ не отразилось бы столь ясно стремленіе достигнуть тѣхъ же результатовъ, какіе достигаются другими современными законодательствами. Тѣмъ не менѣе, имѣется на лицо тотъ фактъ, что они чуждаются тѣхъ конструкцій и тѣхъ техническихъ пріемовъ, которые примѣняются на Западѣ.

Въ этомъ, пожалуй, заключается самая характерная черта залогового права проекта. Кромѣ того, правда, приходится отмѣчать также и рядъ другихъ недостатковъ: изложеніе недостаточно систематично, весьма важныя съ принципіальной точки зрѣнія нормы сообщаются какъ бы мимоходомъ, характерныя черты того или иного института не вполнѣ сознаны самими авторами проекта, нѣкоторыя постановленія совершенно лишены практическаго значенія.

Далѣе, у авторовъ проекта нерѣдко проявляется то, что они находятся подъ сильнымъ вліяніемъ устарѣлой доктрины и не въ состояніи освободиться отъ римско-правового хода мыслей, который менѣе всего можетъ претендовать на абсолютное значеніе именно здѣсь, въ области вотчиннаго права.

Но если таковы недостатки проекта, то, съ другой стороны, слѣдуетъ подчеркнуть, что онъ даетъ вполнѣ подходящія исходныя точки для составленія новаго, болѣе совершеннаго ВУ. Можно даже сказать, что соотвѣтствующая переработка его не представляла бы особыхъ затрудненій.

Правда, при этомъ пришлось бы обратить вниманіе еще и на далеко не вполнѣ удовлетворительную редакцію проекта, пришлось бы устранить его склонность къ излишнему многословію, слѣдовало бы отчасти улучшить также и его терминологію. Но тогда можно было бы создать уставъ, который, во всякомъ случаѣ, былъ бы не хуже другихъ современныхъ законодательствъ, а, быть можетъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ даже лучше.

Однако, справедливость требуетъ признать и то, что проектъ, даже въ нынѣшнемъ своемъ видѣ, создаетъ систему, которая стоитъ несравнимо выше системы дѣйствующаго права. Если бы онъ получилъ силу закона безъ существенныхъ измѣненій, то объ этомъ, правда, пришлось бы даже пожалѣть, такъ какъ благодаря этому виды на созданіе дѣйствительно хорошей вотчинной системы были бы отодвинуты на долгое время. Но все же и въ этомъ заключался бы значительный прогрессъ. И можно было бы надѣяться на то, что практикѣ, хотя путемъ немалыхъ трудовъ и не безъ ущерба для оборота, удалось бы приспособить современемъ ВУ. въ достаточной степени къ потребностямъ жизни.

Такимъ образомъ, позволительно утверждать, что проектъ даже въ своемъ нынѣшнемъ видѣ привелъ бы къ столь необходимому упорядоченію нашего вотчиннаго оборота и что, благодаря этому, онъ содѣйствовалъ бы развитію народнаго хозяйства и, въ частности, процвѣтанію землевладѣнія.

Однако, въ связи съ этимъ необходимо разсмотрѣть ближе одинъ вопросъ, который въ настоящемъ трудѣ затрагивался до сихъ поръ лишь мимоходомъ. Между тѣмъ, этотъ вопросъ имѣетъ, безспорно, большое значеніе и выдвигается на первый планъ самими авторами проекта. Это — вопросъ о томъ, повліяетъ ли и въ какомъ направленіи повліяетъ предполагаемый новый порядокъ на то явленіе хозяйственной жизни, которое обычно называется мобилизаціей недвижимости.

II. Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости.

§ 93. Проблема мобилизаціи въ матеріалахъ къ проекту.

Записка Министра Юстиціи, съ первыхъ же словъ обращаясь къ выясненію цѣли введенія вотчинной системы, тутъ же указываетъ, что въ первоначальной стадіи работъ имѣлось въ виду, прежде всего, облегченіе земельнаго кредита. Съ теченіемъ времени, однако, эта цѣль все болѣе и болѣе отодвигалась на задній планъ, уступая мѣсто другой, болѣе важной задачѣ, — внесенію надлежащей гласности, опредѣлительности и твердости въ область всѣхъ вообще земельныхъ правоотношеній. Въ виду этого, пришлось, по словамъ Записки, допустить нѣкоторыя отступленія отъ прежнихъ законопроектовъ и отъ Главныхъ Основаній 1881 г. Въ результатѣ же многія изъ постановленій внесенныхъ нынѣ въ законодательныя учрежденія проектовъ „прямо даже направлены противъ чрезмѣрнаго облегченія залога имѣній и мобилизаціи земельной собственности“.

Далѣе указывается, въ видѣ примѣровъ, на постановленія проектовъ, относящіяся сюда: „не допускаются ни записка собственникомъ въ вотчинную книгу обязательствъ на свое имя (такъ называемая ипотека собственника), ни передача залоговыхъ требованій по бланковымъ надписямъ, воспрещаются залогъ и отчужденіе имѣній посредствомъ простой передачи крѣпостныхъ свидѣтельствъ, а равно залогъ и отчужденіе имѣній, на которыя обращены взысканія, и т. п.“

Та же мысль высказывается еще и въ нѣсколькихъ другихъ мѣстахъ Записки. Излагая соображенія, которыми руководствовался министръ юстиціи, присоединяясь къ мнѣнію или большинства или меньшинства членовъ особой комиссіи по вопросамъ, вызвавшимъ разногласія, Записка неоднократно

указываетъ на вліяніе, которое можетъ имѣть спорная норма на землевладѣніе въ смыслѣ мобилизаціи недвижимости [1]).

Впрочемъ, сознаніе, что существуетъ близкая связь между вотчиннымъ правомъ и мобилизаціей недвижимости, появилось въ Запискѣ не впервые. Оно проявляется ярко уже въ Журналѣ Особой Комиссіи [2]), изъ котораго и заимствованы, отчасти даже дословно, развиваемыя въ Запискѣ соображенія [3]). Но уже ранѣе на эту проблему обратила вниманіе редакціонная комиссія. Правда, въ составленныхъ ею Объясненіяхъ она играетъ несравненно меньшую роль, чѣмъ въ Запискѣ. Но все же имѣется цѣлый рядъ прямыхъ или косвенныхъ намековъ на проблему мобилизаціи въ Объясненіяхъ какъ 1893 г. [4]), такъ и 1896 г. [5]). Кромѣ того, два весьма важныхъ и интересныхъ съ юридической и экономической точки зрѣнія предположенія отклоняются, по прямому заявленію Объясненій [6]), именно потому, что они, по мнѣнію редакціонной комиссіи, способствуютъ мобилизаціи недвижимости. Это, съ одной стороны, — вотчинный долгъ, съ другой, — ипотека собственника.

Слѣдуетъ, однако, прибавить, что относящіяся къ данной проблемѣ замѣчанія, имѣющіяся въ матеріалахъ, носятъ, въ общемъ, болѣе или менѣе случайный характеръ. Ни редакціонная комиссія, ни особая не устанавливаютъ своего принципіальнаго отношенія къ народно-хозяйственному процессу мобилизаціи недвижимости и ни та, ни другая не

1) Стр. 41, 42, 44, 46.

2) См. стр. 7 сл., 119 сл., 135, 152, 180, 182. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ (ср., напр., стр. 171) и меньшинство комиссіи указываетъ на то, что предлагаемая норма можетъ оказать вліяніе на землевладѣніе въ смыслѣ мобилизаціи. Такъ какъ, однако, мнѣніе меньшинства не оказало прямого вліянія на редакцію проекта, то эти случаи не приняты въ соображеніе въ настоящемъ примѣчаніи.

3) Ср., въ особенности, стр. 3 Записки съ Ж. О. К., стр. 7 сл.

4) I, стр. 272, 286, 370, 446, 454.

5) I, стр. 290, 304, 380, 453, 459.

6) 1893 г. I, стр. 370, 1896 г. I, стр. 380.

подвергаютъ предполагаемыя постановленія проекта систематической критикѣ съ точки зрѣнія этой проблемы. О ней упоминается лишь по поводу отдѣльныхъ институтовъ и нормъ, и аргументъ о мобилизующемъ ихъ дѣйствіи, въ большинствѣ случаевъ [1]), является лишь подкрѣпленіемъ уже принятаго рѣшенія. Болѣе общій характеръ носитъ только приведенное уже положеніе Записки, а также, разумѣется, соотвѣтствующее мѣсто въ Журналѣ Особой Комиссіи.

При такихъ условіяхъ не удивительно, что въ Запискѣ встрѣчается даже прямое противорѣчіе этому положенію. Въ другомъ мѣстѣ [2]), именно, сказано, что не слѣдуетъ опасаться усиленія задолженности землевладѣнія вслѣдствіе введенія вотчинной, или, какъ выражается Записка, ипотечной системы. Ибо „задолженность землевладѣнія вызывается совершенно другими условіями экономическаго и соціальнаго свойства, на почвѣ которыхъ и возможна лишь борьба съ печальными послѣдствіями ея, особенно, если имѣть въ виду, что причиною безспорно тяжелаго положенія у насъ землевладѣнія является часто не столько крупная задолженность имѣній, сколько невозможность или неумѣніе извлечь изъ нихъ надлежащій доходъ. Къ способамъ такой борьбы относятся всѣ мѣры, направленныя къ развитію земледѣлія, къ поднятію производительности и доходности земель, къ распространенію сельскохозяйственнаго образованія, къ улучшенію путей сообщенія и вообще къ облегченію сбыта сельско-хозяйственныхъ продуктовъ, къ пониженію размѣра процентовъ по земельнымъ

1) Исключеніемъ являются разсужденія матеріаловъ объ ипотекѣ собственника и вотчинномъ долгѣ. Тутъ, дѣйствительно, на первый планъ выдвигаются аргументы, опирающіеся на опасеніе усиленія мобилизаціи вслѣдствіе введенія этихъ институтовъ. См. Ж. О. К., стр. 119 сл., а также Объясненія 1893 г. I, стр. 370, 1896 г. I, стр. 380. Ср. выше, §§ 67, 70.

2) Стр. 9. Ср. также Объясненія 1893 г. I, стр. 33, 1896 г. I, стр. 33.

займамъ, къ болѣе осторожной выдачѣ банками ссудъ подъ имѣнія“ [1]).

Противорѣчіе между этими словами Записки и приведенными выше очевидно. Въ послѣднихъ высказывается убѣжденіе, что постановленія ВУ. могутъ сыграть важную роль въ вопросѣ объ усиленіи задолженности и мобилизаціи недвижимости. Между тѣмъ, здѣсь имѣется прямо противоположное утвержденіе. Нельзя не отмѣтить и того обстоятельства, что здѣсь косвенно вообще отрицается возможность повліять посредствомъ гражданскаго законодательства на экономическое развитіе въ области землевладѣнія. Между тѣмъ, почти излишне говорить, что гражданское законодательство можетъ сыграть огромную роль именно въ вопросѣ о задолженности землевладѣнія [2]), хотя и не путемъ установленія формальныхъ преградъ къ совершенію извѣстныхъ сдѣлокъ.

Однако, чтобы быть справедливымъ по отношенію къ аргументаціи Записки, не слѣдуетъ упускать изъ вида ея прямого назначенія. Она составлена, какъ было указано въ своемъ мѣстѣ [3]), для членовъ законодательныхъ палатъ, т. е. главнымъ образомъ, для не-юристовъ. Она преслѣдуетъ цѣль убѣдить ихъ въ цѣлесообразности предполагаемой реформы. Въ виду этого является понятнымъ и извинительнымъ, если она пользуется подчасъ аргументами, не вполнѣ убѣдитель-

1) Не лишенъ интереса тотъ фактъ, что мысль, высказанная Запиской, стр. 9, почти дословно заимствована изъ статьи А. И. Лыкошина, Ипотечная реформа и межеваніе, Ж. М. Ю. 1897, 4, стр. 107 сл. Она признается правильною М. Я. Пергаментомъ, Къ проекту введенія у насъ вотчинной системы, Право 1898, 39, стр. 2084, и И. А. Базановымъ, Вотчинный режимъ, стр. 296. Послѣдній высказалъ, впрочемъ, по другому случаю, см. Происхожденіе современной ипотеки, стр. 450, мысль, что „нашъ проектъ цѣлится внести въ вотчинно-ипотечный оборотъ лишь обезпеченность, да и то неполную, и не только избѣгаетъ, а открыто ставитъ всѣ препятствія мобилизаціи оборота“.

2) Ср. ниже, § 97.

3) Ср. выше, т. I, § 9.

ными съ научной точки зрѣнія. Къ тому же, слѣдуетъ ввести оговорку въ томъ смыслѣ, что, безъ всякаго сомнѣнія, каждое изъ приведенныхъ положеній Записки, взятое въ отдѣльности, совершенно правильно. Заблужденіе Записки заключается лишь въ томъ, что она конструируетъ противоположность между мѣрами экономическими и мѣрами гражданскаго законодательства, между тѣмъ какъ онѣ должны и могутъ, очевидно, дополнять другъ друга.

Но, какъ бы то ни было, авторы проекта, во всякомъ случаѣ, считаются съ тѣмъ, что введеніе въ проектъ ВУ. извѣстныхъ институтовъ, а также допущеніе извѣстныхъ сдѣлокъ въ области вотчиннаго оборота и возможность облеченія ихъ въ извѣстныя формы содѣйствовали бы мобилизаціи недвижимости. Для предупрежденія этой опасности и принимаются мѣры, указанныя въ матеріалахъ. Естественно, что въ виду этого оказывается необходимымъ провѣрить правильность исходной точки, избранной составителями проекта, а также правильность принятыхъ ими мѣръ.

Въ цѣляхъ такой провѣрки, прежде всего, приходится выяснить, что́ такое слѣдуетъ понимать подъ терминомъ „мобилизація недвижимости“. При этомъ разумѣется само собой, что здѣсь не можетъ быть предпринято самостоятельное изслѣдованіе этого явленія. Для цѣлей, преслѣдуемыхъ здѣсь, вполнѣ достаточно пользоваться результатами, добытыми въ работахъ спеціалистовъ.

§ 94. Понятіе и виды мобилизаціи.

„Подъ мобилизаціей поземельной собственности разумѣется процессъ перехода земельной собственности отъ одного лица къ другому на почвѣ такого строя поземельныхъ отношеній, при которомъ отчужденіе, раздробленіе и концентрація, залогъ и наслѣдованіе земельныхъ владѣній совер-

шаются свободно, безъ ограниченій со стороны общественной власти“ [1]).

Если мы, однако, присмотримся ближе къ словамъ Записки, относящимся сюда, и къ данному ею перечню принятыхъ мѣръ, то придется констатировать, что рѣчь идетъ отнюдь не только о мобилизаціи недвижимости. Съ одной стороны, сама Записка упоминаетъ на ряду съ мобилизаціей также и объ „облегченіи залога имѣній“; съ другой же стороны, въ указанномъ перечнѣ поименованы мѣры, изъ которыхъ лишь часть имѣетъ, дѣйствительно, отношеніе къ вопросу о мобилизаціи недвижимости, хотя это отношеніе и, можетъ быть, иное, чѣмъ предполагаетъ Записка. Напротивъ, нѣкоторыя другія мѣры относятся, очевидно, не къ мобилизаціи недвижимости, а къ иному явленію, правда, близкому къ мобилизаціи недвижимости, но не тождественному съ нимъ. Это явленіе будетъ правильнѣе всего назвать мобилизаціей цѣнности недвижимости. Наконецъ, третьи изъ указываемыхъ въ матеріалахъ къ проекту мѣръ не касаются ни того, ни другого процесса, но относятся лишь къ обращенію мобилизованной уже цѣнности.

Примѣромъ первой категоріи мѣръ можетъ служить указанное въ Запискѣ воспрещеніе „отчужденія имѣній посредствомъ простой передачи крѣпостныхъ свидѣтельствъ“. Здѣсь дѣло идетъ, безъ сомнѣнія, о процессѣ перехода земельной собственности отъ одного лица къ другому. Если же проектъ не признаетъ ипотеки собственника, то ясно, что онъ противодѣйствуетъ этимъ не названному только что процессу, но другому, а именно, процессу мобилизаціи цѣнности недвижимости. Наконецъ, передача залоговыхъ

1) Соболевъ, Мобилизація поземельной собственности, Энцикл. сл., т. 38, стр. 562. Съ этимъ опредѣленіемъ совпадаетъ опредѣленіе, данное тѣмъ же авторомъ въ его трудѣ Мобилизація земельной собственности, стр. 1. Ср. также Svjatlowski, Der Grundbesitzwechsel in Russland, S. 15. Изъ иностранныхъ писателей см. Buchenberger, Agrarwesen und Agrarpolitik, I, S. 382 flg.

актовъ по бланковымъ надписямъ не можетъ содѣйствовать непосредственно ни мобилизаціи недвижимости, ни мобилизаціи ея цѣнности. Она касается лишь обращенія мобилизованной уже цѣнности.

Мы имѣемъ, такимъ образомъ, дѣло съ тремя народнохозяйственными процессами, связь между которыми, разумѣется, существуетъ, но которые, тѣмъ не менѣе, имѣютъ самостоятельное значеніе: на ряду съ процессомъ перехода недвижимости отъ одного лица къ другому, стоятъ процессъ перехода частей цѣнности недвижимости отъ собственника послѣдней къ другимъ лицамъ и процессъ перехода мобилизованной цѣнности отъ одного не-собственника къ другому не-собственнику.

Послѣднимъ изъ этихъ трехъ процессовъ матеріалы къ проекту ВУ. ex professo не занимаются и не признаютъ за нимъ, повидимому, самостоятельнаго значенія. Что же касается двухъ другихъ, то они или сопоставляютъ ихъ, или же говорятъ о нихъ перемѣнно, упоминая то объ одномъ, то о другомъ, при чемъ они, впрочемъ, не пользуются выраженіемъ „мобилизація цѣнности недвижимости“, но говорятъ объ усиленіи или увеличеніи задолженности недвижимости. Они не проводятъ, такимъ образомъ, грани между этими двумя понятіями, а считаютъ, очевидно, задолженность и мобилизацію недвижимости явленіями совпадающими.

Такое воззрѣніе, однако, едва ли правильно. Задолженность имѣетъ двоякое значеніе. Она, во-первыхъ, можетъ являться одною изъ причинъ мобилизаціи недвижимости. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда она превышаетъ извѣстные размѣры. Но разумѣется, что ее и въ такомъ случаѣ нельзя отождествлять съ самою мобилизаціей. Но задолженность землевладѣнія, во-вторыхъ, имѣетъ и вполнѣ самостоятельное значеніе. Пока она находится въ извѣстномъ соотвѣтствіи съ цѣнностью имѣнія, пока она дозволяетъ собствен-

нику добывать, на ряду съ процентами и амортизаціонными платежами, средства къ существованію и пока она возрастаетъ лишь въ соразмѣрности съ возрастаніемъ поземельной ренты, она нисколько не способствуетъ мобилизаціи недвижимости. Нельзя также разсматривать такую задолженность, которую можно назвать умѣренною, переходною ступенью къ задолженности чрезмѣрной и приводить ее, такимъ образомъ, хотя бы въ болѣе отдаленную связь съ мобилизаціей недвижимости. Опытъ показываетъ не только то, что значительное число недвижимостей остается постоянно или въ теченіе продолжительнаго періода времени лишь умѣренно обремененнымъ. Кромѣ того, слѣдуетъ сказать, что мобилизація части цѣнности нерѣдко прямо противодѣйствуетъ мобилизаціи самой недвижимости, иными словами, обремененіе имѣнія ипотекой даетъ собственнику средства для удовлетворенія личныхъ вѣрителей, для веденія и улучшенія хозяйства и т. д. И лишь благодаря этому онъ въ состояніи сохранить за собой недвижимость.

Во всякомъ случаѣ, возрастаніе задолженности является самостоятельнымъ процессомъ и не сливается съ процессомъ мобилизаціи недвижимости, хотя оно, при извѣстныхъ условіяхъ, и вызываетъ послѣднюю. Само же по себѣ оно представляетъ ни что иное, какъ изъятіе извѣстной части цѣнности недвижимости изъ рукъ собственника съ передачей ея въ руки другого лица. Процессъ же, посредствомъ котораго происходитъ такое изъятіе, и будетъ мобилизаціей цѣнности недвижимости, вовсе не тождественный съ процессомъ мобилизаціи самой недвижимости.

Что же касается упомянутаго выше третьяго процесса, а именно процесса обращенія мобилизованной цѣнности, то, какъ было уже указано, матеріалы обращаютъ на него сравнительно мало вниманія. Но они съ нимъ все же считаются. Они нерѣдко упоминаютъ о немъ [1]), хотя и ставятъ его

1) Ср., напр., Объясненія 1893 г. I, стр. 446, 454, 1896 г. I, стр. 453, 459.

исключительно въ связь съ мобилизаціей недвижимости и съ увеличеніемъ задолженности землевладѣнія. Они исходятъ, при этомъ, изъ той точки зрѣнія, что всякое развитіе этого процесса должно содѣйствовать двумъ другимъ процессамъ, такъ какъ имъ увеличивается привлекательность помѣщенія капиталовъ въ ипотечныхъ цѣнностяхъ.

Слѣдуетъ согласиться съ тѣмъ, что процессъ обращенія мобилизованной цѣнности, съ точки зрѣнія интересовъ землевладѣнія, дѣйствительно, имѣетъ служебное значеніе по отношенію къ процессу мобилизаціи цѣнности. Но онъ разыгрывается, тѣмъ не менѣе, на ряду съ послѣднимъ и не сливается съ нимъ. Поэтому и необходимо выдѣлить его.

Такимъ образомъ, и комиссіи, редактировавшія проектъ ВУ., и авторы Записки не проводили грани между указанными тремя понятіями. Тѣмъ не менѣе, ясно, что они считаютъ вреднымъ явленіемъ какъ мобилизацію недвижимости, такъ и мобилизацію цѣнности ея, слѣдовательно, также и усиленное обращеніе мобилизованной цѣнности.

Между тѣмъ, такой взглядъ правиленъ только съ извѣстными оговорками. Правда, въ настоящее время наука и законодательство давно оставили воззрѣніе, господствовавшее въ Западной Европѣ въ концѣ 18-го и началѣ 19-го вѣковъ, по которому не слѣдуетъ ставить мобилизаціи недвижимости никакихъ преградъ. Такое воззрѣніе являлось прямымъ послѣдствіемъ господства мэнчестерской доктрины и должно было пасть вмѣстѣ съ нею. Но, съ другой стороны, само собой разумѣется, что возвращеніе къ прежнимъ порядкамъ, ставившимъ вотчинный оборотъ въ самыя тѣсныя рамки, невозможно въ настоящее время. Воскрешенія средневѣковой связанности земельнаго владѣнія и едва ли кто требуетъ, и практически весь вопросъ сводится, насколько рѣчь идетъ о положительныхъ мѣрахъ законодательной власти, съ одной стороны, къ борьбѣ съ чрезмѣрнымъ дробленіемъ сельско-хозяйственной недвижимости, а

съ другой, — къ ограниченію права распоряженія собственника недвижимости въ пользу его семьи [1]). Но ни то, ни другое не входитъ въ задачи проекта ВУ. Что же касается мобилизаціи недвижимости въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. перехода недвижимости изъ однѣхъ рукъ въ другія, то, безъ сомнѣнія, быстрый и часто повторяющійся переходъ недвижимостей, въ частности, сельско-хозяйственныхъ участковъ, въ состояніи вызвать серьезныя опасенія. Съ нимъ неизбѣжно связаны потрясенія хозяйства, возрастаніе задолженности вслѣдствіе обычно встрѣчающагося пріобрѣтенія недвижимости безъ достаточныхъ наличныхъ средствъ, возможность спекуляціи земельными участками и, наконецъ, перспектива вытѣсненія земледѣльческихъ классовъ слоями, владѣющими движимымъ капиталомъ и цѣнящими соціальныя и политическія выгоды положенія землевладѣльца, но совершенно чуждыми землѣ и сельскому хозяйству.

Наличность такого явленія, безъ сомнѣнія, указываетъ на ненормальное положеніе землевладѣнія и земледѣлія, и борьба съ нимъ должна вестись, главнымъ образомъ, путемъ широкихъ реформъ народнаго и государственнаго хозяйства. Но и гражданское законодательство можетъ сыграть въ этомъ отношеніи большую роль. И тотъ фактъ, что составители проекта ВУ. сознаютъ въ этомъ отношеніи свои обязанности, хотя они и высказываются по этому поводу не вполнѣ послѣдовательно, можно только привѣтствовать. Но само собой разумѣется, что борьба съ мобилизаціей, или, говоря точнѣе, съ чрезмѣрной мобилизаціей, не должна превращаться въ борьбу съ вотчиннымъ оборотомъ, какъ таковымъ. Она, къ частности, не должна сводиться къ выставленію формальныхъ преградъ, отъ которыхъ страдаетъ желательный

1) Ср. Buchenberger, Agrarwesen und Agrarpolitik I, S. 382 flg., 431 flg., II, S. 241 flg., Соболевъ, Мобилизація земельной собственности, стр. 114 сл., мое изслѣдованіе, Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости, Ж. М. Ю. 1910, 7, стр. 46 сл., 55 прим.

оборотъ. При этомъ необходимо принять соображеніе и то, что нагроможденіе формальностей при отчужденіи недвижимостей къ большинствѣ случаевъ ухудшитъ лишь положеніе экономически болѣе слабой изъ договаривающихся сторонъ. Препятствіемъ же къ отчужденію онѣ ни въ коемъ случаѣ не послужатъ. Съ другой стороны, уже тѣхъ формъ, которыя требуются по самой сущности вотчиннаго оборота, вполнѣ достаточно для того, чтобы отчуждающій собственникъ былъ поставленъ въ необходимость выяснить себѣ значеніе и важность совершаемой имъ сдѣлки.

Аналогичное приходится сказать также о мобилизаціи цѣнности недвижимости. Этотъ процессъ равно не можетъ считаться безусловно вреднымъ, такъ какъ благодаря ему классы населенія, лишенные землевладѣнія, участвуютъ въ поземельной рентѣ [1]). Но, кромѣ того, вообще не приходится считаться съ возможностью свободы землевладѣнія отъ долговъ. При современномъ соотношеніи хозяйственныхъ силъ, задолженность землевладѣнія представляетъ собой явленіе неизбѣжное, съ которымъ необходимо считаться, не говоря о его желательности или нежелательности. По крайней мѣрѣ, до сихъ поръ не найдено средства, которое могло бы устранить его [2]). А такъ какъ землевладѣніе нуждается въ кредитѣ, то задача законодателя и не можетъ состоять въ изысканіи мѣръ противъ мобилизаціи цѣнности недвижимости. Она должна сводиться лишь къ установленію преградъ противъ чрезмѣрнаго возрастанія задолженности землевладѣнія, ведущей къ мобилизаціи недвижимости. Въ этомъ же отношеніи приходится повторить то, что было сказано по поводу законодательныхъ мѣръ противъ послѣдней: выставленіе чисто формальныхъ преградъ не можетъ принести пользы, и, въ частности, нагроможденіе формальностей при

1) Это было принято въ соображеніе при составленіи швейцарскаго уложенія, ср. Erläuterungen III, S. 158.

2) Ср. Buchenberger, l. c. II, S. 264 flg.

заключеніи кредитныхъ сдѣлокъ можетъ отозваться только вредно на интересахъ землевладѣнія.

Что касается, наконецъ, обращенія мобилизованной цѣнности, то тутъ слѣдуетъ принимать во вниманіе два момента. Необходимо, чтобы публика, среди которой обращается мобилизованная цѣнность недвижимости, была ограждена отъ злоупотребленій въ той же мѣрѣ, въ которой это дѣлается по отношенію ко всякимъ другимъ цѣнностямъ, предназначеннымъ для оборота. Это соотвѣтствуетъ, кромѣ того, интересамъ землевладѣнія, такъ какъ въ противномъ случаѣ земельный кредитъ пострадалъ бы. Но, на ряду съ этимъ, слѣдуетъ считаться и съ тѣмъ, что легкая обращаемость мобилизованной цѣнности однозначуща съ возможностью реализаціи требованій вѣрителей безъ необходимости прибѣгать къ понудительному исполненію. Другими словами, бо́льшая оборотоспособность мобилизованной цѣнности прямо противодѣйствуетъ мобилизаціи недвижимости. Если же авторы проекта ВУ. опасаются, что увеличеніе оборотоспособности ипотечныхъ цѣнностей сдѣлаетъ помѣщеніе въ нихъ капиталовъ болѣе привлекательнымъ и что вслѣдствіе этого возрастетъ задолженность, то съ такимъ воззрѣніемъ едва ли можно согласиться. Нельзя сдѣлать исходной точкой законодательства предположеніе, что всѣ представители огромнаго класса населенія расточители, которые непремѣнно воспользуются предлагаемымъ имъ кредитомъ, не считаясь вовсе съ дѣйствительною потребностью въ немъ. Напротивъ, слѣдуетъ ожидать, что приливъ капиталовъ приведетъ къ развитію сельскаго хозяйства и къ поднятію производительныхъ силъ страны. Кромѣ того, усиленное предложеніе капитала естественно повлечетъ за собой удешевленіе кредита, т. е. непосредственно улучшитъ положеніе землевладѣнія. Въ виду этого, очевидно, вполнѣ достаточно, если законодательство принимаетъ мѣры къ экономическому обезвреживанію тѣхъ, которые дѣйствительно окажутся расточителями.

Такимъ образомъ, и здѣсь приходится сказать a priori что выставленіе формальныхъ преградъ не можетъ принести пользы.

§ 95. Мѣры противъ мобилизаціи. I.

Если обратиться, послѣ такого установленія принципіальной точки зрѣнія, къ перечисленнымъ въ Запискѣ министра юстиціи, а также въ прочихъ матеріалахъ къ проекту мѣрамъ противъ мобилизаціи, то приходится констатировать, во-первыхъ, то, что значительная часть изъ нихъ не имѣетъ никакого отношенія къ проблемѣ мобилизаціи или имѣетъ отношеніе лишь очень отдаленное, и во-вторыхъ, то, что онѣ относятся ко всѣмъ тремъ видамъ мобилизаціи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ сказать, что въ проектахъ ВУ. и ППВ.[1]) имѣются нѣкоторые институты, которые авторами проектовъ не приводятся въ связь съ борьбой противъ мобилизаціи, хотя они, безспорно, въ состояніи сыграть въ этой области немалую роль.

Что касается, затѣмъ, указанныхъ въ Запискѣ мѣръ противъ мобилизаціи самой недвижимости, то сюда могутъ быть отнесены всего лишь двѣ. Первая изъ нихъ заключается въ томъ, что, по словамъ Записки, „воспрещаются залогъ и отчужденіе имѣній посредствомъ простой передачи крѣпостныхъ свидѣтельствъ“.

Эти слова, однако, въ состояніи возбудить нѣкоторое недоумѣніе. При этомъ можетъ остаться въ сторонѣ даже то обстоятельство, что мы имѣемъ здѣсь дѣло съ довольно неточной редакціей, ибо ни о какомъ воспрещеніи нѣтъ рѣчи. Такового въ проектѣ ВУ. не имѣется. Да оно и не можетъ имѣться, такъ какъ вся система ВУ. исключаетъ возмож-

1) Проектъ ППВ. играетъ по этому вопросу не меньшую роль, чѣмъ проектъ ВУ. Было бы, кажется, неправильно, оставлять неразсмотрѣнными относящіяся сюда постановленія ППВ. только потому, что они помѣщены въ немъ, а не въ ВУ.

ность залога и отчужденія недвижимостей посредствомъ простой передачи крѣпостныхъ свидѣтельствъ. Но это, разумѣется, не такъ важно. Гораздо важнѣе то, что цитированное замѣчаніе Записки можетъ вызвать впечатлѣніе, будто авторы проекта считаютъ отклоненный ими порядокъ совершенно нормальнымъ, хотя и нежелательнымъ для нашего будущаго вотчиннаго права. Между тѣмъ, такой порядокъ неизвѣстенъ ни одному законодательству цивилизованнаго міра. Его пришлось бы изобрѣсти. А неизобрѣтеніе его едва ли можетъ считаться мѣрой, направленной противъ мобилизаціи недвижимости.

Тѣмъ не менѣе можно признать, что приведенное положеніе Записки, до извѣстной степени, понятно. Оно представляетъ собой реакцію на предположенія болѣе раннихъ проектовъ вотчиннаго преобразованія и, въ частности, на предположенія Главныхъ Основаній 1881 г. Послѣднія, именно, предусматриваютъ [1]) закрытіе по просьбѣ собственника вотчинной книги, съ тѣмъ, чтобы собственнику выдавалось соотвѣтствующее свидѣтельство. Это свидѣтельство можетъ быть передаваемо другому лицу съ цѣлью перенесенія на него права собственности или установленія въ его пользу вотчиннаго права въ данной недвижимости. Однако, пріобрѣтеніе права должно послѣдовать, по точному смыслу ст. 36 Главныхъ Основаній, не въ силу передачи свидѣтельства, а въ силу укрѣпленія права за пріобрѣтателемъ, совершаемаго въ крѣпостномъ установленіи. Записка, слѣдовательно, и съ этой точки зрѣнія выразилась не вполнѣ точно [2]).

1) Ст. 35, 36.

2) Главныя Основанія находились по этому вопросу, повидимому, подъ вліяніемъ извѣстнаго Real property act, такъ наз. системы Торренса, ср. Dains, Le système Torrens, Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 416 сл., Ельяшевичъ, Очерки развитія, стр. 67 сл. Впрочемъ, и по отношенію къ этой системѣ было бы неточно утверждать, что пріобрѣтеніе правъ въ недвижимости происходитъ „посредствомъ простой передачи крѣпостныхъ свидѣтельствъ". На это было указано уже Базановымъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 436.

Но какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ, можно допустить, что признаніе проектомъ подобнаго порядка дѣйствительно способствовало бы мобилизаціи недвижимости. Ибо полное или почти полное отсутствіе формальностей при заключеніи вотчинныхъ сдѣлокъ, до извѣстной степени, поощряло бы легкомысленное къ нимъ отношеніе со стороны собственниковъ. Но это имѣетъ мѣсто все же только до извѣстной степени. Нельзя же предполагать, что землевладѣльцы или хотя бы значительная ихъ часть воспользовались бы отсутствіемъ формальныхъ затрудненій для необдуманной распродажи своихъ недвижимостей. Гораздо пагубнѣе было бы вліяніе указаннаго порядка въ отношеніи опредѣленности и ясности вотчиннаго оборота, такъ какъ при такихъ условіяхъ, очевидно, не могло бы быть рѣчи о надлежащей гласности.

Затѣмъ, въ Запискѣ, въ непосредственной связи съ только что разсмотрѣнной мѣрой противъ мобилизаціи недвижимости, упоминается еще о воспрещеніи залога и отчужденія имѣній, на которыя обращены взысканія.

Это должно вызвать также извѣстныя сомнѣнія, такъ какъ указанная мѣра имѣетъ лишь весьма отдаленное отношеніе къ борьбѣ съ мобилизаціей недвижимости. Прямая же цѣль, преслѣдуемая ею, совершенно иная. Для выясненія этого обстоятельства слѣдуетъ обратиться къ исторіи возникновенія названной нормы.

Дѣло въ томъ, что, при составленіи проекта Положенія объ укрѣпленіи правъ на недвижимое имѣніе 1874 г., было рѣшено сохранить за собственникомъ имѣнія, на которое обращено взысканіе, право, до дня публичной продажи, отчуждать имѣніе и обременять его, при чемъ, однако, отчужденіе имѣнія не должно было останавливать мѣръ взысканія. Это правило, по мнѣнію ипотечной комиссіи, „обусловлива-

ется самымъ существомъ новаго порядка укрѣпленія правъ на имѣнія“ [1]).

Государственный Совѣтъ къ этому мнѣнію присоединился и ввелъ аналогичное правило въ Главныя Основанія [2]).

Редакціонная комиссія, однако, при обсужденіи этого вопроса, пришла къ противоположному выводу. Она, именно, приняла въ соображеніе слѣдующія обстоятельства [3]): если должникъ продалъ имѣніе, то покупщикъ долженъ замѣнить продавца по производству о взысканіи и подчиниться всѣмъ ограниченіямъ, связаннымъ съ этимъ производствомъ; весьма сомнительно, чтобы при этихъ условіяхъ нашелся покупщикъ, который добровольно и сознательно подвергъ бы себя всѣмъ послѣдствіямъ пріобрѣтенія имѣнія, на которое обращено взысканіе; точно такъ же едва ли можно ожидать, чтобы оказался добросовѣстный контрагентъ, который согласился бы взять имѣніе въ отдѣльное владѣніе или пріобрѣсти право участія частнаго; даже право заложить имѣніе будетъ трудно осуществить на условіяхъ, сколько нибудь благоразумныхъ, и капиталисту, который согласился бы дать деньги подъ обезпеченіе такимъ имѣніемъ, пришлось бы немедленно принять участіе въ производствѣ о взысканіи для охраненія своихъ интересовъ при публичной продажѣ. Эти соображенія указываютъ, что развѣ только въ самыхъ рѣдкихъ, совершенно исключительныхъ случаяхъ должнику, дѣйствующему добросовѣстно, удалось бы безубыточно воспользоваться правомъ отчуждать и обременять имѣніе, на которое обращено взысканіе. Между тѣмъ слѣдуетъ опасаться, что такое право послужитъ къ заключенію недобросовѣстныхъ сдѣлокъ ко вреду взыскателей или лица, съ которымъ должникъ вступаетъ въ такую сдѣлку, и ко вреду самаго имѣнія. Возможно, съ одной стороны, что должникъ введетъ въ заблужденіе своего контрагента, а съ другой, — что контрагентъ согласится на сдѣлку въ разсчетѣ, что успѣетъ въ короткій срокъ — до торга или до описи — извлечь уплаченную имъ сумму съ барышомъ изъ имѣнія хищническимъ хозяйствомъ или даже полнымъ разореніемъ имѣнія.

1) Проектъ Правилъ обращенія взысканія на недвижимое имѣніе, ст. 11 (Труды ипотечной комиссіи II, стр. 1064 сл.). Ср. Труды ипотечной комиссіи II, стр. 1027.

2) Ст. 37, 38. Ср. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 25, 1896 г., стр. 29.

3) Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 25 сл., 1896 г., стр. 29 сл.

Редакціонная комиссія приняла, далѣе, въ соображеніе то обстоятельство, что и по дѣйствующему закону [1]) должнику разрѣшается продать или заложить имѣніе, на которое обращено взысканіе, только съ тѣмъ, чтобы предварительно была внесена сумма взысканія. Между тѣмъ, заявленій о стѣснительности этого закона нѣтъ. Напротивъ, имѣются указанія, что должники часто злоупотребляютъ остающимся за ними правомъ заключать долгосрочные наемные и другіе по имѣнію договоры. Поэтому, — выводитъ редакціонная комиссія, — не только нѣтъ повода отступать отъ начала, выраженнаго въ дѣйствующемъ законѣ, но желательно распространеніе его на такія сдѣлки по имѣнію, которыя могутъ вредно отражаться на интересахъ кредиторовъ.

На основаніи этого, редакціонная комиссія формулировала ст. 15 проекта ППВ., гласящую:

„Запись объ обращеніи взысканія или наложенное по ст. 12 запрещеніе лишаетъ должника права отчуждать имѣніе и обременять его залогомъ или другими вотчинными правами, развѣ была бы внесена вся взыскиваемая сумма съ издержками по производству о взысканіи“.

Противъ этой статьи было выставлено возраженіе въ отзывѣ министра земледѣлія и государственныхъ имуществъ [2]). Соглашаясь съ воспрещеніемъ обременять залогомъ и другими вотчинными правами имѣніе, на которое обращено взысканіе, министръ считаетъ, однако, что воспре-

1) У. Гр. С. 1098.

2) Стр. 13.

щеніе отчуждать имѣніе заключаетъ въ себѣ такое стѣсненіе собственника, которое „не вызывается необходимостью огражденія законныхъ интересовъ кредитора“. Онъ считаетъ достаточнымъ „установленіе, путемъ внесенія записи въ вотчинную книгу или наложенія запрещенія, неразрывной вещной связи между взысканіемъ и имѣніемъ“.

Особая комиссія не сочла, однако, возможнымъ согласиться съ этимъ. Она присоединилась [1]) къ аргументамъ редакціонной комиссіи, при чемъ особенно подчеркнула опасность пониженія цѣнности имѣнія вслѣдствіе хищническаго хозяйства недобросовѣстнаго покупщика. Кромѣ того, она указала на то [2]), что допущеніе отчужденія имѣнія, на которое обращено взысканіе, поведетъ къ присоединенію къ производству личныхъ вѣрителей пріобрѣтателя. Вслѣдствіе этого, съ одной стороны, могутъ потерпѣть ущербъ личные вѣрители первоначальнаго собственника, а съ другой стороны, усложняется производство.

Въ виду этихъ соображеній особая комиссія рѣшила не измѣнять предположеній редакціонной комиссіи. При внесеніи же въ Государственную Думу также не было предпринято никакого измѣненія [3]).

Съ изложенными только что аргументами трудно не согласиться. Предоставленіе собственнику имѣнія, на которое обращено взысканіе, права распоряженія, дѣйствительно, можетъ принести пользу только въ исключительныхъ случаяхъ. Опасность же злоупотребленій, безъ сомнѣнія, велика. Можно даже прибавить еще одинъ аргументъ, на который комиссіями не было обращено вниманія: предоставленіе должнику права установить залогъ въ имѣніи, послѣ обращенія на послѣднее взысканія, при извѣстныхъ усло-

1) Ж. О. К., стр. 395 сл.

2) Ж. О. К., стр. 400 сл.

3) Въ редакціи 1907 г. ст. 15 проекта 1896 г. получила № 19, а цитированная въ ней ст. 12—№ 15.

віяхъ, можетъ причинить серьезный ущербъ его личнымъ вѣрителямъ и дать почву неблаговиднымъ сдѣлкамъ между должникомъ и однимъ или нѣсколькими изъ личныхъ кредиторовъ.

Рѣшеніе, принятое проектомъ, должно быть признано, такимъ образомъ, вполнѣ удачнымъ [1]). Но изъ изложенія руководствовавшихъ составителями его соображеній явствуетъ, что они, при этомъ, не задавались вовсе цѣлью противодѣйствовать мобилизаціи недвижимости или хотя бы ея цѣнности. О такомъ намѣреніи ни словомъ не упомянуто въ пространныхъ разсужденіяхъ редакціонной и особой комиссій, и вся эта мысль пристегнута къ настоящему вопросу лишь заднимъ числомъ. Въ самомъ дѣлѣ, разсматриваемая мѣра имѣетъ лишь весьма отдаленное отно-

1) Оно должно быть признано, въ частности, болѣе удачнымъ, чѣмъ рѣшеніе, принятое германскимъ правомъ — см. ZwVG. 20 flg., въ особ. 23, ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 848 flg., Schmidt, Zivilprozess, S. 642 flg. Дѣло въ томъ, что по германскому праву обращеніе взысканія на недвижимость ведетъ къ внесенію отмѣтки въ вотчинную книгу. Этимъ самымъ на недвижимость налагается арестъ. Но право распоряженія собственника не уничтожается. Устанавливается, напротивъ, лишь воспрещеніе распоряженія въ пользу взыскивающаго вѣрителя. Въ виду этого вступаетъ въ дѣйствіе BGB. 135, по которому сдѣлки, нарушающія такое воспрещеніе распоряженія, признаются недѣйствительными только по отношенію къ тому лицу, въ пользу коего установлено воспрещеніе, т. е. въ данномъ случаѣ, по отношенію къ взыскивающему вѣрителю. Слѣдовательно, распоряженія должника остаются въ силѣ по отношенію къ третьимъ лицамъ, а въ частности, по отношенію къ личнымъ кредиторамъ, не присоединившимся къ производству о взысканіи. Въ виду этого должникъ получаетъ возможность доставлять одному или нѣсколькимъ изъ послѣднихъ болѣе льготное положеніе въ ущербъ остальнымъ и даже въ ущербъ реальнымъ вѣрителямъ. Ибо требованія, обезпеченныя ипотекой, установленной послѣ внесенія отмѣтки о взысканіи, получаютъ, по германскому праву, удовлетвореніе въ шестомъ классѣ. Они имѣютъ, такимъ образомъ, преимущество передъ требованіями лицъ, пріобрѣвшихъ вещное обезпеченіе уже раньше, насколько послѣднія касаются недоимокъ за время болѣе чѣмъ за два года. А что личные кредиторы, не участвовавшіе въ производствѣ и могущіе требовать удовлетворенія изъ того лишь имущества должника, которое остается послѣ окончанія производства, терпятъ ущербъ отъ такого порядка, — это разумѣется само собой.

шеніе къ проблемѣ мобилизаціи. Правда, она препятствуетъ одной лишней продажѣ имѣнія. Но съ точки зрѣнія народнаго хозяйства не особенно важно, переходитъ ли право собственности въ имѣніи однимъ разомъ болѣе въ промежутокъ времени между обращеніемъ на него взысканія и публичной продажей, разъ послѣдняя этимъ все равно не отмѣняется. А что касается залога, установленнаго при такихъ условіяхъ, то онъ также не можетъ имѣть большого значенія въ виду того, что онъ, все равно, въ большинствѣ случаевъ, погашается публичной продажей. Ибо на практикѣ едва ли наступитъ особенно часто предусмотрѣнный въ ст. 174 проекта ППВ. случай, что такой залогъ будетъ покрытъ суммой, вырученной публичной продажей. Большее значеніе можетъ имѣть уже тотъ фактъ, что имѣніе, проданное послѣ обращенія на него взысканія, будетъ подвергнуто покупателемъ хищническому режиму. Однако, и это обстоятельство нѣсколько теряетъ въ своемъ значеніи, если принять въ соображеніе фактъ, что въ большинствѣ случаевъ и первоначальный собственникъ не будетъ вести особенно старательнаго хозяйства послѣ обращенія на имѣніе взысканія.

Итакъ, ст. 19 ППВ. заслуживаетъ полнаго одобренія. Но съ точки зрѣнія борьбы съ мобилизаціей недвижимости ея значеніе весьма и весьма скромное.

Другихъ мѣръ, направленныхъ противъ мобилизаціи самой недвижимости, Записка не называетъ. Таковыя не упоминаются и въ прочихъ матеріалахъ къ проекту. Тѣ же мѣры, которымъ авторы проекта приписывали такое же значеніе, относятся уже къ мобилизаціи цѣнности недвижимости или къ обращенію мобилизованной цѣнности.

Противъ мобилизаціи цѣнности направлены двѣ мѣры, изъ которыхъ, правда, лишь одна указывается въ Запискѣ. Это — отрицаніе ипотеки собственника и вотчиннаго долга.

Каждому изъ этихъ двухъ институтовъ посвященъ

сравнительно обстоятельный разборъ въ своемъ мѣстѣ [1]). Результатомъ его было то, что признаніе первоначальной ипотеки собственника, при наличности извѣстныхъ субъективныхъ условій, можетъ приводить къ нѣкоторому возрастанію задолженности имѣнія. Но, съ другой стороны, она представляетъ значительныя практическія преимущества, сводящіяся, главнымъ образомъ, къ улучшенію положенія землевладѣльца, нуждающагося въ кредитѣ. Въ виду этого, едва ли правильно признавать этотъ институтъ вреднымъ и опаснымъ.

Что же касается ипотеки собственника, возникающей вслѣдствіе отпаденія обыкновенной ипотеки, то она представляетъ собой ничто иное, какъ техническое средство, служащее, съ одной стороны, воспрепятствованію повышенія младшихъ ипотекъ, а съ другой, — предоставленію собственнику извѣстныхъ удобствъ при новомъ обремененіи своей недвижимости. Никакой опасности она въ себѣ не кроетъ. Недопущеніе же ея проектомъ приводитъ лишь къ необходимости выставить на ея мѣстѣ далеко не удовлетворительный суррогатъ въ видѣ отмѣтки о предстоящемъ залогѣ.

Трудно отнестись сочувственно и къ отрицанію вотчиннаго долга. Правда, можно спорить о томъ, насколько существуетъ потребность въ этомъ институтѣ. Но даже при отрицательномъ отвѣтѣ на этотъ вопросъ — обосновать каковой по отношенію къ кредитному обороту въ Россіи совершенно невозможно за отсутствіемъ фактическаго матеріала — нельзя утверждать, что допущеніе его содѣйствовало бы мобилизаціи цѣнности недвижимости.

Мало удачнымъ представляется и указаніе Записки на воспрещеніе бланковой цессіи залоговыхъ актовъ. Въ своемъ мѣстѣ было выяснено [2]), что съ подобнымъ запрещеніемъ, правда, слѣдуетъ согласиться. Но эта мѣра ничего

1) Ср. выше, §§ 70, 67.
2) Ср. выше, § 76.

общаго не имѣетъ съ борьбой противъ мобилизаціи. Ее можно отнести развѣ къ мѣрамъ, направленнымъ противъ обращенія мобилизованной цѣнности. Въ качествѣ же таковой ее слѣдовало бы признать нежелательной и даже вредной, если бы она не преслѣдовала на дѣлѣ совершенно иную цѣль. Ея истинное назначеніе заключается, именно, въ томъ, чтобы обезпечить публику отъ опасностей, кроющихся въ подобныхъ цѣнныхъ бумагахъ, практически весьма близкихъ къ бумагамъ на предъявителя[1]). И ради этого слѣдуетъ безусловно согласиться съ воспрещеніемъ бланковой цессіи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ подчеркнуть, что это воспрещеніе ничего общаго не имѣетъ съ борьбой противъ мобилизаціи недвижимости.

Наконецъ, сюда относятся еще постановленія проекта, опредѣляющія характеръ залогового акта и, говоря словами Объясненій[2]), лишающія его значенія самостоятельнаго орудія оборота. По этому поводу достаточно указать на сказанное въ своемъ мѣстѣ о недостаткахъ этихъ постановленій[3]).

Въ результатѣ приходится сказать слѣдующее: Записка называетъ рядъ мѣръ, принятыхъ въ видахъ борьбы съ мобилизаціей недвижимости. Однако, изъ нихъ только двѣ относятся дѣйствительно сюда. При этомъ первая изъ нихъ, а именно „воспрещеніе залога и отчужденія имѣній посредствомъ простой передачи крѣпостныхъ свидѣтельствъ“, не можетъ быть названа мѣрой противъ мобилизаціи. Наоборотъ, введеніе такой системы, вѣроятно, само оказало бы извѣстное вліяніе также и въ смыслѣ усиленія мобилизаціи. Оно было бы, притомъ, шагомъ совершенно искусственнымъ, такъ какъ подобная система не только не имѣла бы почвы

1) Записка, впрочемъ, мимоходомъ сопоставляетъ цедированные in blanco залоговые акты съ актами на предъявителя, признавая и послѣдніе орудіемъ мобилизаціи — см. стр. 44. На необоснованность этого взгляда было указано выше, § 76.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 454, 1896 г. I, стр. 459.

3) Ср. выше, § 73.

въ русской жизни, но неизвѣстна и законодательствамъ Западной Европы. Вторая же мѣра, запрещеніе залога и отчужденія имѣній, на которыя обращено взысканіе, имѣетъ лишь весьма отдаленное отношеніе къ мобилизаціи недвижимости.

Что же касается остальныхъ мѣръ, поименованныхъ въ перечнѣ Записки, то онѣ всецѣло относятся не къ мобилизаціи самой недвижимости, а къ мобилизаціи ея цѣнности или къ обращенію мобилизованной цѣнности. Къ сожалѣнію, приходится сказать, что онѣ въ высокой степени неудачны, за исключеніемъ только одной изъ нихъ, которая, однако, принята составителями проекта, вопреки утвержденію Записки, вовсе не въ видахъ борьбы съ мобилизаціей.

§ 96. Мѣры противъ мобилизаціи. II.

Итакъ, мѣрамъ борьбы противъ мобилизаціи, указаннымъ въ Запискѣ Министра Юстиціи, нельзя придавать большого значенія. Но, съ другой стороны, можно сказать, что въ проектахъ ВУ. и ППВ. имѣется рядъ другихъ мѣръ, которыя заслуживаютъ серьезнаго вниманія, именно, съ точки зрѣнія, выдвинутой въ настоящей главѣ.

Въ первую очередь слѣдуетъ назвать принудительный залогъ. Правда, трудно отрицать, что достоинства этого института спорны болѣе, чѣмъ въ одномъ отношеніи[1]). Но съ выдвигаемой здѣсь точки зрѣнія слѣдуетъ указать на то, что принудительный залогъ можетъ имѣть въ высшей степени благотворныя послѣдствія въ томъ отношеніи, что онъ противодѣйствуетъ ненужной и нежелательной мобилизаціи недвижимости. Имѣя возможность внести принудительный залогъ и совершить уступку обезпеченнаго, такимъ образомъ, требованія[2]), вѣритель можетъ получить удовлетвореніе, не

1) Ср. выше, § 64.

2) Слѣдуетъ, однако, отмѣтить и здѣсь, что возможность уступки принудительнаго залога будетъ на лицо только при условіи признанія безповоротности въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя.

подвергая имѣнія публичной продажѣ. Инымъ же способомъ такой результатъ не можетъ быть достигнутъ. Не говоря о системѣ запрещеній, даже предложенная Главными Основаніями система охранительныхъ отмѣтокъ не заслуживаетъ одобренія[1]). Ею достигается, правда, такое же обезпеченіе вѣрителя, какъ принудительнымъ залогомъ. Но возможность реализаціи обезпеченнаго требованія гораздо меньше, чѣмъ при послѣднемъ, а слѣдовательно, у вѣрителя больше причинъ приступить къ публичной продажѣ.

Въ виду этого, нельзя не считать введенія принудительной ипотеки дѣйствительно важнымъ средствомъ борьбы съ мобилизаціей. Записка могла назвать ее въ числѣ таковыхъ съ гораздо большимъ правомъ, чѣмъ, напр., воспрещеніе отчужденія имѣнія, на которое обращено взысканіе. Ея полное умолчаніе о ней тѣмъ менѣе понятно, что уже въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи указывается на народно-хозяйственную функцію этого института, хотя здѣсь и не говорится прямо о мобилизаціи[2]).

Столь же мало въ Запискѣ упоминается о другой весьма дѣйствительной мѣрѣ противъ мобилизаціи недвижимости, которая проводится проектомъ ППВ. Эта мѣра заключается въ принятіи такъ наз. принципа наименьшаго предложенія.

Дѣйствующій законъ выставляетъ, какъ извѣстно, въ отношеніи публичной продажи недвижимости нормы весьма казуистичныя и мало удовлетворительныя. Въ частности, для второго торга не установлено минимальной цѣны, ниже которой имѣніе не можетъ быть продано[3]). Благодаря этому, интересы какъ землевладѣльца, такъ и вѣрителей по залогу, совершенно

1) Главныя Основанія, ст. 4, 13, 33. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 284 сл., 1896 г. I, стр. 302 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 286 сл., 1896 г. I, стр. 304 сл.

3) У. Гр. С. 1068, 1170, 1172, 1182, 1187.

необезпечены. Не только недобросовѣстныя махинаціи взыскателей, но даже простой случай въ состояніи устранить всѣ тѣ гарантіи, которыя желаетъ дать законъ. Но, помимо того, весь институтъ публичной продажи, при такихъ условіяхъ, теряетъ свой смыслъ. Его прямая цѣль состоитъ, разумѣется, въ удовлетвореніи требованія взыскателя. Но она не можетъ быть достигнута при господствующемъ положеніи вещей, или, говоря точнѣе, ея достиженіе зависитъ отъ случая. Ибо при допустимости продажи имѣнія за сумму, которая, смотря по обстоятельствамъ, можетъ быть или ниже оцѣнки, или ниже суммы залога, весьма легко можетъ случиться, что взыскатель не будетъ удовлетворенъ. Но въ такомъ случаѣ нѣтъ никакого основанія переносить право собственности въ имѣніи понудительно съ должника на третье лицо и обогащать послѣднее въ ущербъ собственнику и залогодержателямъ. Если же принять, кромѣ того, въ соображеніе возможность всякихъ злоупотребленій на этой почвѣ, въ частности, возможность спекуляцій на основаніи недородовъ и колебанія цѣнъ на сельско-хозяйственные продукты, могущихъ имѣть мѣсто въ широкомъ размѣрѣ благодаря свободѣ кредитора выбирать подходящее время для назначенія публичной продажи, то нецѣлесообразность дѣйствующихъ нормъ о производствѣ по взысканію съ недвижимаго имѣнія становится вполнѣ ясною.

Кромѣ того, въ связи съ этимъ, слѣдуетъ указать на то, что поземельный кредитъ долженъ страдать отъ такого порядка и что шаткость правъ вѣрителей по залогу не можетъ не отражаться невыгодно на условіяхъ кредита. Далѣе же, дѣйствующія нормы вліяютъ и непосредственно на усиленіе мобилизаціи, такъ какъ онѣ прямо направлены на усиленіе процесса перехода недвижимостей изъ однѣхъ рукъ въ другія, увеличивая, безъ всякой необходимости и безъ пользы для кого бы то ни было, число такихъ переходовъ.

При такомъ положеніи дѣла, измѣненіе законодательства

о понудительной продажѣ является настоятельной необходимостью. И нельзя не признать, что редакціонная комиссія поступила въ этомъ отношеніи совершенно правильно, реципировавъ названный уже принципъ наименьшаго предложенія [1]).

Принципъ этотъ, какъ извѣстно [2]), заключается въ томъ, что имѣніе ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть продано за сумму, ниже суммы издержекъ, недоимокъ, платежей и долговъ, пользующихся старшинствомъ передъ всѣми обращенными на имѣніе взысканіями. Правда, и при такомъ порядкѣ злоупотребленія являются не невозможными, и, въ частности, кредиторы по залогу могутъ воспользоваться неблагопріятной для должника конъюнктурой для того, чтобы пріобрѣсти лично или черезъ подставное лицо имѣніе по несообразно низкой цѣнѣ во вредъ собственнику и послѣдующимъ вѣрителямъ. Эта опасность усугубляется благодаря предоставленной вѣрителю ст. 100 проекта ВУ. возможности предварительно обезцѣнить имѣніе путемъ публичной продажи сельско-хозяйственнаго инвентаря [3]). Равнымъ образомъ можетъ сыграть въ этомъ отношеніи пагубную роль установленная ст. 101 личная отвѣтственность должника по залогу [4]). Но все же предполагаемый проектомъ ППВ. новый порядокъ обладаетъ огромными преимуществами. Онъ въ несравненно большей степени, чѣмъ дѣйствующій законъ, обезпечиваетъ интересы залогодержателей. Они, правда, какъ было указано только что, могутъ пострадать отъ махинацій предыдущихъ вѣрителей. Но эта опасность

1) Проектъ ППВ. 115, 146, 149, 155—157, 162, 163. Ср. Объясненія 1893 г., стр. 67 сл., 1896 г., стр. 77 сл. Ж. О. К. молчитъ о всѣхъ этихъ статьяхъ и посвящаетъ нѣсколько словъ (стр. 449 сл.) лишь ст. 155—157, при чемъ трактуетъ, однако, не о принципѣ, но объ одномъ частномъ вопросѣ.

2) Ср. выше, § 90.

3) Ср. выше, § 86.

4) Ср. выше, § 90.

не столь велика, ибо можно считаться съ тѣмъ, что держатели первыхъ ипотекъ, въ общемъ, сравнительно мало склонны использовать свои права въ спекулятивныхъ цѣляхъ. Но, во всякомъ случаѣ, залогодержатели вполнѣ гарантированы противъ возможныхъ продѣлокъ личныхъ вѣрителей, такъ какъ продажа имѣнія по взысканію таковыхъ возможна лишь тогда, когда предложена цѣна, покрывающая всѣ ипотеки. Не менѣе цѣнно притомъ то, что принципъ наименьшаго предложенія защищаетъ собственника противъ продажи имѣнія за безцѣнокъ вслѣдствіе временной неблагопріятной конъюнктуры. И, насколько такой результатъ является желательнымъ съ точки зрѣнія справедливости, настолько онъ заслуживаетъ одобренія также и въ видахъ народно-хозяйственныхъ. Въ виду всего этого, безспорно можно утверждать, что проектъ ППВ. уже не содѣйствуетъ, подобно дѣйствующему законодательству, мобилизаціи недвижимости.

Однако, это нововведеніе нуждается въ дополненіи путемъ введенія или, правильнѣе, дальнѣйшаго развитія еще другого института. Это — понудительное управленіе недвижимостью.

Историческая почва для подобной реформы имѣется у насъ. Понудительное управленіе примѣняется по дѣйствующему праву къ имѣніямъ заповѣднымъ и маіоратнымъ [1]). Далѣе, при извѣстныхъ условіяхъ, по требованію должника, допускается обращеніе взысканія на доходы недвижимаго имѣнія, если имѣніе является временно-заповѣднымъ [2]), а также въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 1192 У. Гр. С. Оно возможно, наконецъ, согласно ст. 1208 того же У. Гр. С., по взаимному соглашенію сторонъ.

Проектъ ППВ. не устраняетъ этихъ случаевъ. Онъ, напротивъ, въ редакціяхъ 1893 и 1896 гг., сохраняетъ совершенно ту же самую точку зрѣнія, какъ дѣйствующее зако-

1) Зак. гражд., 492—492[5], 510, Пол. о взыск. гражд., 399—405.

2) Зак. гражд., 493[32].

подательство. При этомъ, относящіяся сюда нормы были включены въ проектъ ППВ. потому, что онѣ по своему процессуальному характеру должны быть помѣщены именно въ немъ, а не въ законахъ гражданскихъ. По существу же его постановленія о понудительномъ управленіи имѣніями маіоратными и заповѣдными совпадаютъ въ нынѣ дѣйствующими предписаніями закона [1]). Затѣмъ, проекту извѣстно также и обращеніе взысканія на доходы имѣнія на основаніи соглашенія между сторонами [2]). Случай, предусмотрѣнный въ ст. 1192 Зак. гражд., однако, не принимается въ соображеніе, такъ какъ редакціонная комиссія признала его анахронизмомъ [3]). Въ сторонѣ остаются также и имѣнія временно-заповѣдныя, что объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что этотъ институтъ былъ регулированъ только закономъ 1899 г., т. е. уже послѣ составленія проекта.

Эти постановленія были дополнены особой комиссіей. Она не только распространила дѣйствіе нормъ о понудительномъ управленіи на имѣнія временно-заповѣдныя [4]), но предоставила, кромѣ того, каждому должнику, на имѣніе котораго обращено взысканіе, просить о пріостановленіи публичной продажи, представивъ доказательства, что взыскиваемая сумма можетъ быть покрыта чистымъ двухгодовымъ доходомъ имѣнія [5]). Постановленія же о понудительномъ управленіи имѣніями маіоратными и заповѣдными, а также на основаніи соглашенія сторонъ, были воспроизведены [6]).

Слѣдуетъ признать, что въ дополненіяхъ особой комиссіи заключается значительное улучшеніе нормъ о понудительномъ управленіи. Когда имѣется указанное въ ст. 244

1) Ст. 227 сл.
2) Ст. 234.
3) Объясненія, 1893 г., стр. 287, 1896 г., стр. 313.
4) Ст. 241.
5) Ст. 244, 245.
6) Ст. 237 сл., 246.

соотношеніе между взыскиваемой суммой и суммой доходовъ съ имѣнія, а слѣдовательно, и цѣнностью имѣнія, то было бы, очевидно, нецѣлесообразно и жестоко приступать къ публичной продажѣ. Съ другой стороны, правда, нельзя отрицать, что такое разрѣшеніе вопроса можетъ быть невыгодно для взыскателя. Однако, безспорно, правильно ставить его интересъ на второй планъ по сравненію съ интересомъ народнаго хозяйства.

Но, тѣмъ не менѣе, рѣшеніе, принятое особой комиссіей, не можетъ считаться вполнѣ удовлетворительнымъ. Слѣдуетъ требовать предоставленія вѣрителю права просить о назначеніи понудительнаго управленія имѣніемъ также и помимо воли должника. Это являлось бы необходимымъ дополненіемъ системы, основанной на принципѣ наименьшаго предложенія, такъ какъ только такимъ путемъ вѣритель можетъ получить удовлетвореніе, если и второй торгъ не состоялся. Кромѣ того, такимъ образомъ открывается возможность для вѣрителя не требовать изъ за незначительнаго долга публичной продажи, не отказываясь при этомъ отъ удовлетворенія, на которое онъ имѣетъ право. Можно принять при этомъ въ соображеніе еще одинъ фактъ: значительная доля обремененія недвижимостей происходитъ, какъ извѣстно, отъ наслѣдственныхъ раздѣловъ, и вѣрителями являются, слѣдовательно, очень часто лица, близкія собственнику. Они, въ большинствѣ случаевъ, будутъ весьма далеки отъ желанія лишить должника своего имѣнія, а будутъ стремиться только къ исправному полученію слѣдуемыхъ имъ процентовъ и амортизаціонныхъ платежей. При нормировкѣ же, принятой проектомъ, они будутъ поставлены въ необходимость или отказаться отъ своихъ справедливыхъ требованій, или же приступить къ публичной продажѣ. Если же за ними будетъ признано право требовать учрежденія понудительнаго управленія, то конфликтъ значительно смягчается. Кромѣ того, и должникъ будетъ сознавать,

что его вѣрители легче рѣшатся къ такому поступку, чѣмъ къ требованію публичной продажи. И это произведетъ на него, безъ сомнѣнія, благотворное давленіе.

Впрочемъ, аналогичное положеніе наступитъ нерѣдко по отношенію къ другой категоріи долговъ, играющихъ также весьма значительную роль, а именно долговъ по покупкѣ. И здѣсь продавецъ очень часто не пожелаетъ приступить къ публичной продажѣ, но будетъ, тѣмъ не менѣе, принужденъ къ этому въ виду постановленій проекта [1]).

Предложенное развитіе института понудительнаго управленія соотвѣтствовало бы, такимъ образомъ, интересамъ всѣхъ причастныхъ лицъ и, одновременно, интересамъ народнаго хозяйства, такъ какъ оно противодѣйствовало бы излишней и, слѣдовательно, вредной мобилизаціи недвижимости [2]).

Наконецъ, слѣдуетъ упомянуть, въ связи съ этимъ, еще объ одномъ моментѣ, а именно о характерѣ вотчиннаго договора по проекту ВУ.

Въ своемъ мѣстѣ [3]) уже было указано на то, что законодатель имѣетъ въ этой области выборъ между двумя возможностями. Онъ можетъ придать вотчинному договору характеръ или матеріальный или абстрактный. О безуслов-

1) Ср. Buchenberger, Agrarwesen und Agrarpolitik II, S. 22 flg., Sombart, Deutsche Volkswirtschaft, S. 393 flg., Nussbaum, Hypothekenwesen, S. 191 flg., Соболевъ, Мобилизація недвижимости, стр. 97 сл., ср., однако, тамъ же, стр. 96, оговорки относительно правильности ипотечной статистики. Но, во всякомъ случаѣ, неоспоримо, что наиболѣе важными причинами задолженности являются, съ одной стороны, наслѣдственные раздѣлы, съ другой — случаи пріобрѣтенія недвижимости безъ достаточныхъ наличныхъ средствъ. Въ связи же съ этимъ, слѣдуетъ еще разъ напомнить объ отмѣченномъ уже выше, § 75, обстоятельствѣ, что вообще ипотечными вѣрителями являются въ большинствѣ случаевъ лица, такъ или иначе близкія къ землевладѣнію. Съ этимъ фактомъ законодатель можетъ и долженъ считаться какъ вообще, такъ, въ особенности, въ данномъ случаѣ.

2) Ср. ZwVG. 146 flg. Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 886 flg., Schmidt, Zivilprozess, S. 662 flg.

3) См. выше, т. I, §§ 13, 14.

ной предпочтительности одного изъ возможныхъ рѣшеній, при этомъ, говорить не приходится. Все зависитъ отъ тѣхъ цѣлей, къ которымъ стремится законодатель.

Съ точки же зрѣнія, выдвинутой въ настоящей главѣ, надо прибавить еще указаніе на то, что рѣшеніе вопроса въ томъ или другомъ смыслѣ имѣетъ значеніе также и для проблемы мобилизаціи недвижимости. Правда, не слѣдуетъ преувеличивать этого значенія [1]). Формализація вотчинныхъ сдѣлокъ будетъ содѣйствовать мобилизаціи недвижимости лишь тогда, когда народно-хозяйственныя условія такого процесса имѣются на лицо. Если же нѣтъ послѣднихъ, то никакая формализація не вызоветъ мобилизаціи, равно какъ, наоборотъ, система матеріальныхъ договоровъ не будетъ въ состояніи воспрепятствовать ей, если общая экономическая тенденція будетъ направлена въ эту сторону. Но все же наличность содѣйствующаго мобилизаціи элемента въ системѣ абстрактнаго договора не можетъ быть отрицаема. И въ виду этого необходимо принять въ соображеніе здѣсь и эту проблему, хотя главное ея значеніе касается противоположности между формальной и матеріальной правдой.

Нашъ проектъ, какъ извѣстно, принялъ систему матеріальнаго договора. И хотя выставленная имъ по этому вопросу нормировка и не можетъ быть признана во всѣхъ отношеніяхъ удовлетворительной [2]), то все же, съ выдвинутой здѣсь точки зрѣнія, необходимо согласиться съ этимъ рѣше-

1) Это дѣлаютъ, повидимому, и Лыкошинъ, Ипотечная реформа и межеваніе, Ж. М. Ю. 1897, 4, стр. 65, и Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 254 сл., изъ которыхъ послѣдній утверждаетъ, что германская система вещныхъ договоровъ „открываетъ просторъ мобилизаціи земельной собственности“, между тѣмъ какъ наши проекты, принявшіе систему матеріальнаго договора, „заботятся ... только и исключительно о прочности вотчиннаго оборота и обезпеченности пріобрѣтенія правъ на недвижимость, открыто отказываясь отъ дальнѣйшихъ надстроекъ, открывающихъ путь мобилизаціи и сближающихъ вотчинный оборотъ съ торговымъ оборотомъ“.

2) Ср. выше, т. I, §§ 14, 15.

ніемъ авторовъ проекта, за которымъ можно признать извѣстное, хотя и не слишкомъ большое значеніе также и съ точки зрѣнія борьбы съ мобилизаціей недвижимости.

Итакъ, не указаннымъ въ Запискѣ мѣрамъ противъ мобилизаціи недвижимости принадлежитъ несравненно большее значеніе, чѣмъ указаннымъ. Введеніе института принудительной ипотеки, безспорно, является въ этомъ отношеніи важнымъ шагомъ. Еще въ большей мѣрѣ это можно сказать о принятіи проектомъ ППВ. принципа наименьшаго предложенія для публичной продажи, хотя тутъ и приходится высказать пожеланіе о дополненіи его путемъ дальнѣйшаго развитія института понудительнаго управленія. Наконецъ, какъ было только что указано, не лишено значенія по разсматриваемому вопросу также и принятіе проектомъ ВУ. системы матеріальнаго вотчиннаго договора.

§ 97. Выводы.

Задачей ВУ. и дополнительныхъ къ нему законоположеній является, какъ подчеркиваютъ сами его составители, въ первую голову, внесеніе надлежащей гласности, опредѣленности и твердости въ область земельныхъ правоотношеній. Поэтому, борьба съ тѣмъ или инымъ экономическимъ процессомъ не можетъ быть прямымъ ихъ назначеніемъ. Въ частности, и борьба съ мобилизаціей недвижимости можетъ быть ведена ими лишь въ сравнительно скромныхъ рамкахъ. Но все же условіемъ успѣшнаго веденія ея, хотя бы въ такихъ предѣлахъ, является вполнѣ сознательное отношеніе законодателя къ самой сущности разсматриваемаго процесса.

Къ сожалѣнію, приходится констатировать, что составители проектовъ ВУ. и ППВ. вникли въ значеніе мобилизаціи недвижимости далеко не въ достаточной степени. Они, во-первыхъ, не провели необходимой грани между понятіями

мобилизаціи недвижимости, мобилизаціи цѣнности недвижимости и обращенія мобилизованной цѣнности.

Они, во-вторыхъ, не выяснили себѣ, насколько каждое изъ этихъ явленій вредно или полезно съ точки зрѣнія народнаго хозяйства. Они исходили, напротивъ, изъ того положенія, что весь комплексъ явленій, называемый ими мобилизаціей, безусловно вреденъ. Съ этимъ нельзя, разумѣется, согласиться. Даже мобилизація недвижимости, до извѣстной степени, необходима и полезна. Но по отношенію къ ней можно всетаки присоединиться къ подобной точкѣ зрѣнія, такъ какъ современныя экономическія тенденціи направлены, въ общемъ, къ мобилизаціи, превышающей желательный размѣръ. Законодательство должно, поэтому, дѣйствовать задерживающимъ и замедляющимъ образомъ. Что же касается мобилизаціи цѣнности, то необходимо подчеркнуть еще разъ, что нельзя смотрѣть на нее, подобно авторамъ проекта, исключительно какъ на увеличеніе задолженности, которая, съ одной стороны, совершается въ непроизводительныхъ цѣляхъ, а съ другой стороны, — не вызвана необходимостью. Статистика ипотечнаго оборота, несмотря на свое несовершенство, показываетъ, что двумя наиболѣе сильными факторами задолженности являются, во-первыхъ, наслѣдственные раздѣлы и, во-вторыхъ, пріобрѣтеніе недвижимостей въ кредитъ. Роль перваго изъ этихъ факторовъ есть неизбѣжное послѣдствіе нормъ современнаго гражданскаго права, значеніе же послѣдняго обусловливается цѣлымъ комплексомъ народно-хозяйственныхъ явленій. И если задолженность земли вслѣдствіе наслѣдственныхъ раздѣловъ есть явленіе, при современномъ строѣ наслѣдственнаго права, неизбѣжное и, безъ сомнѣнія, отрицательное, то задолженность вслѣдствіе пріобрѣтенія права собственности столь же неизбѣжна, но отнюдь не безусловно отрицательна. Таковою она является только при превышеніи извѣстныхъ мѣръ и при отсутствіи личной квалификаціи пріобрѣтателя.

Слѣдовательно, задолженность землевладѣнія носитъ лишь въ небольшой части такой характеръ, чтобы ее можно было назвать одновременно и нежелательной и не неизбѣжной. Между тѣмъ, борьба должна быть ведена и можетъ быть ведена лишь противъ этой ея части, такъ какъ ясно, что борьба недопустима противъ той ея части, которая служитъ достиженію полезныхъ и желательныхъ цѣлей. Насколько же задолженность неизбѣжна, настолько и борьба, направленная непосредственно противъ нея, а не противъ причинъ, вызывающихъ ее, безсмысленна.

Итакъ, невозможно согласиться съ избранной составителями проекта точкой зрѣнія, сводящейся къ тому, что обремененіе земли долгами само по себѣ есть зло. Столь же мало можно согласиться съ ихъ воззрѣніемъ, что обращеніе мобилизованной уже цѣнности недвижимости, въ интересахъ землевладѣнія, должно быть поставлено въ строгія рамки. Напротивъ, землевладѣніе заинтересовано въ томъ, чтобы обращеніе мобилизованной цѣнности происходило какъ можно быстрѣе и безпрепятственнѣе. Извѣстныя же преграды должны быть поставлены лишь въ интересахъ кредитующей публики.

Ясно, что проектъ ВУ., въ виду неправильности избранныхъ его авторами исходныхъ точекъ, далеко не даетъ того, что онъ, при иныхъ условіяхъ, могъ бы дать въ интересахъ землевладѣнія. Безспорно, онъ принесетъ пользу и даже большую пользу въ области урегулированія поземельныхъ правоотношеній. Кое что дастъ онъ и въ отношеніи борьбы съ мобилизаціей. Но отъ него можно было ожидать большаго.

Правда, составители проекта оговариваются. Они сами, какъ было упомянуто уже выше [1]), указываютъ на то, что борьба съ задолженностью возможна лишь путемъ борьбы съ тяжелымъ положеніемъ землевладѣнія, вызваннымъ не-

1) См. выше, § 93.

возможностью или неумѣніемъ извлечь изъ имѣній надлежащій доходъ. Поэтому рекомендуется принятіе мѣръ, направленныхъ къ поднятію земледѣльческой техники, къ улучшенію путей сообщенія и т. д.

Однако, въ сущности, въ этихъ словахъ заключается ни что иное, какъ отказъ отъ борьбы съ задолженностью землевладѣнія путемъ гражданскаго законодательства. Нельзя, разумѣется, отрицать, что и принятіе рекомендованныхъ въ Запискѣ мѣръ необходимо. Но это не освобождаетъ лицъ, работающихъ въ области гражданскаго законодательства, отъ обязанности принять или предлагать также и тѣ мѣры, которыя относятся къ ввѣренной имъ области. Въ огромномъ же вліяніи гражданскаго законодательства на экономическую жизнь въ настоящее время едва ли кто сомнѣвается. Поэтому подобное сложеніе оружія со стороны авторовъ проекта не можетъ быть оправдано. Имъ слѣдовало, съ одной стороны, выяснить съ большею тщательностью, какія мѣры могутъ быть приняты въ этомъ направленіи уже въ проектѣ ВУ. Съ другой же стороны, имъ, или, точнѣе, членамъ редакціонной комиссіи, слѣдовало помнить, что ихъ задача не ограничивалась составленіемъ лишь этого проекта. Они имѣли, напротивъ, возможность вводить соотвѣтствующіе институты также и въ проектъ ГУ. Между тѣмъ, въ послѣднемъ почти незамѣтно [1]) слѣдовъ стремленія къ борьбѣ съ задолженностью недвижимости, приводящей къ нежелательной, съ народно-хозяйственной точки зрѣнія, мобилизаціи.

Въ настоящемъ изслѣдованіи, разумѣется, не можетъ быть сдѣлано даже попытки къ указанію на тѣ мѣры, которыя могли бы быть приняты въ этомъ направленіи. Лишь

1) Нѣкоторое значеніе въ указанномъ смыслѣ можетъ имѣть воспроизведеніе постановленія BGB. 2049 въ ст. 1553 проекта ГУ. Но см. сказанное мною по этому поводу въ изслѣдованіи „Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости", Ж. М. Ю. 1910, 7, стр. 51, прим. 3.

для избѣжанія упрека въ голословности слѣдуетъ упомянуть о томъ, что редакціонная комиссія имѣла возможность ввести какъ въ вотчинное право, такъ и въ наслѣдственное по одному институту, которые значительно улучшили бы положеніе землевладѣнія и, въ частности, противодѣйствовали бы возрастанію непроизводительной задолженности.

Именно, въ вотчинное право могъ быть введенъ институтъ рентнаго долга [1]). Онъ былъ принятъ въ свое время германскимъ уложеніемъ въ виду высказанныхъ землевладѣльческими кругами пожеланій [2]), опиравшихся на извѣстную экономическую теорію, по которой земля производитъ лишь ренту, а не капиталъ. Этотъ институтъ явился бы удачнымъ дополненіемъ институтовъ вотчинной выдачи и права наслѣдственнаго оброчнаго владѣнія [3]). Но институтъ рентнаго долга, и самъ по себѣ, значительно облегчилъ бы положеніе землевладѣнія, при предположеніи, конечно, что онъ привьется въ жизни. Предсказать это съ увѣренностью, разумѣется, невозможно. Но все же слѣдовало бы создавать для этого возможность.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, рентный долгъ могъ бы сыграть большую роль при введеніи въ проектъ ГУ. другого института, при помощи котораго одинъ изъ наиболѣе важныхъ факто-

1) Впрочемъ, этотъ институтъ могъ бы быть введенъ уже и въ проектъ ВУ., такъ какъ онъ относится къ залоговому праву. Отдѣлъ же, посвященный послѣднему, и безъ того не ограничивается приспособленіемъ дѣйствующаго права къ вотчинной системѣ, а покоится на совершенно новыхъ основахъ. — Напротивъ, къ сожалѣнію, было бы безполезно, по чисто практическимъ причинамъ, рекомендовать введеніе другого института, который, при иныхъ условіяхъ, могъ бы принести землевладѣнію не малую пользу, а именно, такъ наз. залога доходовъ имѣнія — ср. сказанное по этому поводу выше, § 66. Можно, впрочемъ, прибавить, что предложенное выше, въ § 96, расширеніе области примѣненія понудительнаго управленія преслѣдуетъ аналогичныя цѣли.

2) BGB. 1199 flg., Protokolle III, S. 771 flg., 777 flg. Ср. Buchenberger, Agrarwesen und Agrarpolitik II, S. 99 flg., 103 flg., 106 flg., Gierke, Der Entwurf eines BGB., S. 369 flg. См., кромѣ того, Verhandlungen des XXII. Juristentages IV, S. 408 flg. Ср. выше, § 61 flg.

3) ГУ. 927 сл.

ровъ возрастающей задолженности землевладѣнія могъ бы быть, если и не уничтоженъ, то все же поставленъ въ извѣстныя рамки. Рѣчь идетъ о наслѣдственныхъ раздѣлахъ. Средствомъ же, благодаря которому ихъ значеніе для возрастанія задолженности земли могло бы быть низведено до минимума, является право преимущественнаго наслѣдованія [1]). Введеніе этого института представляется настоятельною необходимостью, именно, въ цѣляхъ сохраненія землевладѣнія отъ угрожающихъ ему опасностей.

Само собой разумѣется, что этимъ не можетъ исчерпываться борьба съ постоянно возрастающей задолженностью недвижимости. Но изложеніе или исчисленіе всѣхъ возможныхъ въ этомъ направленіи мѣръ гражданскаго законодательства, какъ уже было указано, не входитъ въ задачи настоящей главы. Цѣлью ея была лишь оцѣнка мѣръ, принятыхъ проектомъ ВУ. въ борьбѣ съ экономическимъ явленіемъ, называемымъ его авторами мобилизаціей недвижимости. И только мимоходомъ слѣдовало указать на то, что гражданскому законодательству принадлежитъ въ этой борьбѣ важная роль, отнюдь не сводящаяся къ установленію формальныхъ преградъ для той или другой сдѣлки.

1) На необходимость рецепціи этого института авторъ указалъ уже въ 1910 г. въ своей поименованной выше, стр. 463, прим. 1, статьѣ. Въ настоящее время онъ можетъ констатировать съ чувствомъ глубокаго удовлетворенія, что эта мысль положена въ основу выработаннаго главнымъ управленіемъ землеустройства и земледѣлія проекта „Правилъ о предупрежденіи дробленія мелкой земельной собственности“, причемъ принята и предложенная въ той же статьѣ передача выраженія „Anerbenrecht“ терминомъ „преимущественное наслѣдованіе“. Въ виду этого, остается лишь высказать пожеланіе, чтобы проектъ, послѣ надлежащей переработки его, сталъ закономъ въ возможно близкомъ будущемъ. (Ср. мою статью Ein deutscher Rechtsgedanke in Russland, DJZ. 1914, 1, S. 60 flg.) Такой исходъ позволилъ бы питать надежду и на то, что институтъ преимущественнаго наслѣдованія со временемъ будетъ распространенъ также и на среднее и крупное землевладѣніе.

Дополнительныя замѣчанія.

I.

Когда печатаніе настоящей книги уже близилось къ концу, автору, чрезъ посредство редакціи „Вѣстника Гражданскаго права“, была доставлена рукопись, носившая заглавіе „Статьи Вотчиннаго Устава въ редакціи, установленной подкомиссіей комиссіи по судебнымъ реформамъ для разсмотрѣнія законопроекта о введеніи вотчиннаго преобразованія“, съ просьбой сообщить свои замѣчанія по поводу предполагаемыхъ измѣненій правительственнаго законопроекта.

Къ сожалѣнію приходится сказать, что проектъ ВУ. выигралъ очень немного отъ произведенныхъ подкомиссіей измѣненій. Всѣ конструктивные и цивильно-политическіе недостатки его остались совершенно незатронутыми. Благодаря этому, получается впечатлѣніе, что подкомиссія вовсе не считала своей задачей произвести коренное улучшеніе проекта. Въ противномъ случаѣ, она не могла бы ограничиться введеніемъ лишь немногихъ дополненій, измѣненіемъ нѣкоторыхъ нормъ, имѣющихъ второстепенное значеніе и наконецъ, исправленіемъ незначительныхъ редакціонныхъ промаховъ.

Что касается дополненій, произведенныхъ комиссіей, то упомянанія заслуживаютъ всего два изъ нихъ. Первое заключается въ приправленіи къ договорамъ найма и продажи

лѣса на срубъ договоровъ о предоставленіи права на разработку торфа, камня, огнеупорной глины и тому подобныхъ договоровъ по имѣнію. Во-вторыхъ же, подкомиссія приняла въ соображеніе, что со времени выработки проекта ВУ. законодательствомъ было урегулировано право застройки. Въ виду этого, въ раздѣлѣ V проекта предусматривается заведеніе особой вотчинной книги уже не только для права вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія, но также и для права застройки. При этомъ слѣдуетъ отмѣтить особо то обстоятельство, что вознагражденіе за право застройки признается подлежащимъ внесенію въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Съ этимъ необходимо согласиться тѣмъ болѣе, что въ настоящее время въ литературѣ господствуетъ безспорно неправильное воззрѣніе, будто это вознагражденіе не пользуется вотчиннымъ обезпеченіемъ. Согласиться слѣдуетъ и съ тѣмъ, что въ ст. 2 введено указаніе на раздѣлъ V.

На необходимость обоихъ этихъ дополненій было указано въ настоящемъ трудѣ — ср. выше, т. I, стр. 233 сл. и 247 сл. Остается лишь констатировать, что они, съ редакціонной точки зрѣнія, произведены вполнѣ удовлетворительно.

Что касается, затѣмъ, измѣненій, введенныхъ въ правительственный проектъ и имѣющихъ значеніе съ точки зрѣнія матеріальнаго права, то прежде всего бросается въ глаза предположенное расширеніе гласности вотчинной книги, выразившееся въ исключеніи ст. 126 и въ объявленіи книгъ доступными „для всеобщаго разсмотрѣнія“, независимо отъ наличности объективнаго интереса. Такое пониманіе гласности чуждо современнымъ кодексамъ. Оно и ничѣмъ не можетъ быть мотивировано и, по всей вѣроятности, будетъ способствовать только злоупотребленіямъ. (Ср. выше, т. I, стр. 79 сл., 140 сл.)

Скорѣе можно согласиться съ замѣной двухгодичнаго срока, предусмотрѣннаго ст. 18,3 проекта, срокомъ шестимѣсячнымъ. Единственно правильнымъ было бы, разумѣется,

исключеніе ст. 18,3. Но если подкомиссія на такой шагъ не рѣшилась, то все же вредность этого постановленія нѣсколько уменьшается благодаря сокращенію срока, въ теченіе коего безповоротность устраняется. (Ср. выше, т. I, стр. 161 сл.)

Неудовлетворительно постановленіе ст. 25, согласно которой, по волѣ подкомиссіи, легальные сервитуты и лежащіе на имѣніи публично-правовые сборы лишь „не подлежатъ обязательному внесенію", между тѣмъ какъ правительственный проектъ вовсе не допускалъ ихъ внесенія. Послѣднее, во-первыхъ, правильно съ принципіальной точки зрѣнія. Во-вторыхъ же, признаніе возможности внесенія означенныхъ обремененій по желанію собственника нарушаетъ желательное единообразіе вотчинныхъ книгъ и приводитъ къ неясности правоотношеній. (Ср. выше, т. I, стр. 255 сл.)

По ст. 56 объявляется недопустимымъ внесеніе принудительной ипотеки въ обезпеченіе штрафовъ, пеней и денежныхъ взысканій, налагаемыхъ въ видѣ уголовнаго наказанія. Съ этимъ слѣдуетъ согласиться.

Ст. 109 предполагаетъ установить для погашенія срочнаго поручительнаго залога не двухмѣсячный, а трехмѣсячный срокъ. Но такъ какъ этотъ срокъ вообще совершенно излишенъ, то и нельзя согласиться съ его удлиненіемъ. (Ср. выше, т. II, стр. 73 сл.)

Въ ст. 138 устанавливается двухнедѣльный срокъ для производства по исправленію вотчинной книги, съ чѣмъ можно только согласиться. Но матеріальные недостатки института исправленія книги остаются незатронутыми. (Ср. выше, т. I, стр. 132 сл.)

Въ ст. 154 предполагается удлиненіе вдвое срока для внесенія отмѣтки о неполученіи денегъ. Съ этимъ можно согласиться, насколько указанная отмѣтка направлена противъ кредитора по залогу, такъ какъ предусмотрѣнный правительственнымъ проектомъ недѣльный срокъ безусловно чересчуръ коротокъ. Напротивъ, отмѣтка о неполученіи

денегъ, направленная противъ покупщика, вообще не должна бы допускаться. (Ср. выше, т. I, стр. 184 сл.)

Измѣненіе срока предполагается и въ ст. 205 — собственникъ, пользующійся для погашенія статьи о залогѣ путемъ, указаннымъ этою статьей, долженъ внести въ депозитъ вотчиннаго установленія, кромѣ капитальной суммы, неуплаченные проценты, по правительственному проекту — за три года, а по предположеніямъ подкомиссіи — за два года. Такъ какъ просроченные проценты пользуются вотчиннымъ обезпеченіемъ только за два года, то и противъ этой поправки возражать не приходится.

Наконецъ, слѣдуетъ указать на редакціонныя поправки, вводимыя подкомиссіей. Отчасти ими устраняются простыя опечатки (см., напр., ст. 195), отчасти же онѣ преслѣдуютъ цѣль улучшить стиль проекта (см., напр., ст. 69), отчасти, наконецъ, онѣ сводятся къ лишенному значенія прибавленію нѣкоторыхъ словъ, ничего новаго не говорящихъ (см., напр., ст. 31, 50). Интересъ съ точки зрѣнія матеріальнаго права представляетъ только одно предполагаемое измѣненіе ст. 1, которая гласитъ въ правительственномъ законопроектѣ: „Вотчинныя книги установляются для внесенія вотчинныхъ правъ на недвижимыя имѣнія: права собственности, правъ въ чужомъ имѣніи и права залога". Подкомиссія же предполагаетъ исключить перечисленіе отдѣльныхъ вотчинныхъ правъ. Въ сущности, обѣ редакціи не вполнѣ удовлетворительны, такъ какъ кромѣ вотчинныхъ правъ въ книгу вносятся и нѣкоторыя обязательственныя права, вытекающія изъ договоровъ по имѣнію. Благодаря этому, получается результатъ, что правительственный проектъ умалчиваетъ объ одной категоріи правъ, подлежащихъ внесенію въ книгу, но не вызываетъ неправильныхъ представленій о природѣ относящихся сюда правъ. Напротивъ, предложенія подкомиссіи могутъ вызвать впечатлѣніе, будто проектъ признаетъ указанныя обязательственныя права правами вотчинными. Въ виду этого, слѣдуетъ ска-

зать, что первый, несмотря на свои недостатки, все же заслуживаетъ предпочтенія передъ вторымъ. (Ср. выше, т. I, стр. 297 сл., 311 сл.)

Въ виду всего этого, нельзя не признать въ результатѣ, что работы подкомиссіи дали чрезвычайно мало, такъ какъ всѣ существенные недостатки проекта ВУ. остались совершенно незатронутыми. Хотѣлось бы надѣяться, что дальнѣйшее разсмотрѣніе его въ комиссіи по судебнымъ реформамъ дастъ болѣе плодотворные результаты. Однако, разсчитывать на это едва ли приходится. Вѣроятнѣе всего, что она присоединится къ вотуму подкомиссіи. И такого же отношенія къ дѣлу, очевидно, слѣдуетъ ожидать отъ самой Государственной Думы. При такихъ условіяхъ, остается надежда лишь на комиссію Государственнаго Совѣта.

II.

Къ сказанному въ „Дополнительномъ замѣчаніи“ къ I тому настоящаго труда, на стр. 349 сл. по вопросу о распространеніи на крестьянскія недвижимости силы будущаго ВУ., можно прибавить въ настоящее время, что, согласно сообщенію офиціальнаго освѣдомительнаго бюро, министерство юстиціи выработало, а совѣтъ министровъ одобрилъ проектъ закона о подчиненіи крестьянскихъ недвижимостей вотчинной системѣ, съ значительнымъ упрощеніемъ дѣлопроизводственныхъ нормъ по сравненію съ постановленіями, имѣющимися въ проектѣ ВУ.

Автору, къ сожалѣнію, до сихъ поръ не удалось ознакомиться съ подлиннымъ содержаніемъ этого новаго проекта.