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

Юрьевъ.
Типографія К. Маттисена.
1914.

13930

Глубокоуважаемому
Владимиру Эмануиловичу
Грабарю
отъ автора

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

IV Q b 859

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.

Tartu Riikliku Ülikooli
Raamatukogu
23920

Юрьевъ.
Типографія К. Маттисена.
1914.

Оттискъ изъ „Ученыхъ Записокъ Императорскаго Юрьевскаго Университета“.

i20378795x

TARTU ÜLIKOOLI
RAAMATUKOGU

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 наша 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 положенія 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 си-

стемы и сосредоточить свое вниманіе на вопросѣ о проведеніи ихъ въ нашемъ проектѣ, приступая къ самостоятельному разбору ихъ только тогда, когда па отношенію 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, I. 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 преднамѣренное 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 запискѣ 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. таже 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 официально 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 повинности“ 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 официальныя Объясненія. Къ этому именно сводится соотношеніе между Объясненіями и трудомъ г. Гантовера, насколько первыя посвящены залоговому праву [2]).

Что же касается матеріальнаго содержанія Объясненій, объ 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. 1 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 Книримъ, 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 В У. 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 В У. 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 отвѣт-

1) Если не считать нашего же проекта ГУ.

ственность 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.

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.

TARTU ÜLIKOOLI
RAAMATUKOGU

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 имобиліарнаго [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 объяс-

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 ППВ. и др.

няемо, 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) 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 пове-

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.

сти 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]).

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.

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 зна-

ніемъ 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,

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.

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 соперничесетво, 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 олинъ 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 общегражданъ-

1) ВУ. 16 сл.
2) ВУ. 8, 22, 23.

скаго 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) 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 официально 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-

---

ніи 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 послѣдняго 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 дагностнаго 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 всетаки 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 Buchein richtung“). 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 правоосно-ваніемъ 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.

договоръ, 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 насту-

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

паетъ, 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.

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 правоосновании 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 правооснованіи. 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 обязатель-

ственнаго 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 официальныхъ 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 вслѣдствіе 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, собствен-

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.

никъ 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) 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 приходилось 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. 173, 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 иниціатива 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 иниціативѣ 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 случаямъ, 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 иниціатива 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 иниціативу, 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 иниціативѣ 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 отноше-

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

нію къ третьимъ лицамъ, исключительно благодаря иниціативѣ лица, непосредственно заинтересованнаго въ исправленіи.

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 вот-

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.

чинной 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) 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, корда 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 официальной вотчинной книги. И выдвигая это довѣріе къ официальному 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 вся-

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-

---

кія 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.

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.

новлена 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 допол-

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.

неніемъ 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]).

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. до-

1) Ср. Св. Зам., № 104.

вѣрявшее 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) 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 исключитель-

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

ныхъ случаяхъ см. тамъ же, и кромѣ того, въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 165 сл. и Ж. О. К., стр. 84.

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 категорій 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 безмезднымъ 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 коммиссіи 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 дру-

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

гихъ случаевъ, на что и указывается названными представителями господствующаго мнѣнія. Аналогичные случаи въ римскомъ правѣ приводятся Гельвигомъ, l. c., S. 98, Anm. 12.

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 ин-

ститута 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) Ср. 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, обѣ 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 обременяемой 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 возможно-

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.

сти 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]).

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 совершеннно 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 даетъ 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 глася-

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.

щей, 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) 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 спеціальности. 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 спеціальности 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), от-

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-

---

зывъ 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.

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 пра-

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.

вильно. 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) 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. Вербловскимъ, 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 „Tabularersitzung“.

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 осуществ-

1) Ср. также формулировку ст. 47 и сказанное по этому поводу ниже, т. II, § 56.

2) Ср. § 27.

лена. 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) 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 споритъ 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 сліяніе 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.

способѣ 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, полобную 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.

дить 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 предусматривается 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 Виленкинъ, 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 обремененіемъ 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 ха-

1) Ср. ZGB. 782, 2.

рактерѣ 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.

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 ППВ., 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 обремененіемъ, 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 призна-

ются 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 вотчинныхъ 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 проектъ, 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, не-

возможно 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 излишнымъ. Ср., впрочемъ, текстъ къ слѣдующему примѣчанію.

ШВ. 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 неоспо-

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.

римо 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.

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 состави-

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.

телей проекта, отнесена къ категоріи законныхъ. Кромѣ того, одинъ институтъ, признаваемый законнымъ ограниченіемъ права собственности, таковымъ ни въ коемъ случаѣ не является.

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 каналъ 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, неми-

нуемо 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 выставля-

1) Стр. 36 сл.

2) Ср. BGB. 1018, ZGB. 730, ср. BGB. Mot. III, S. 2 flg., ZGB. Erläuterungen III, S. 16 flg.

ется 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“.

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 обяза-

тельности 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 сыгралъ 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 вскользъ 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 де-

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, свя-

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.

занныя 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.

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 амеліорацій 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 добровольн-

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 тре-

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]).

бовать 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.

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 до-

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

говоровъ, 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.

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, впро-

чемъ, 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, бо̀льшая 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

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 органиченнаго круга населенія?

Въ настоящее время недостаетъ, повидимому, данныхъ для сужденія о томъ, имѣется ли въ сколько нибудь серьез-

---

слишкомъ большое значеніе безвозмезднымъ сдѣлкамъ о недвижимостяхъ — ср. выше, § 21. Въ виду этого, было бы, очевидно, болѣе правильно распространить дѣйствіе ст. 35 слл. 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“.

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 замѣ-

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.

чаній нельзя не присоединиться, но къ разсматриваемому въ настоящую минуту вопросу они не имѣютъ отношенія.

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 официальный 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 официальные 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, обязатель-

1) Ср. выше, § 11.

ственное право, которому приданы „извѣстныя вотчинныя послѣдствія“ и о какихъ „вотчинныхъ послѣдствіяхъ“ идетъ рѣчь[1])?

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 наним:теля 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 причастными 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 слу-

1) Erläuterungen III, S. 384 flg.

2) Согласно ZGB. 973 публичная вѣра книги дѣйствуетъ только въ

чаѣ 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.

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-

---

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.

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 термино-

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

логіи 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.

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

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-

---

особенности, ст. 4133: „Внесеніе договора наслѣдственной аренды въ публичныя судебныя книги присвояетъ арендатору вещное право пользоваться недвижимостью какъ собственнику....“

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 лѣсопромышлен-

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 237 сл., 1896 г. I, стр. 256 сл., ср. Ж. О. К., стр. 106 сл.

никовъ, 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) 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. Про-

1) Ср. изрѣченіе Дернбурга, Sachenrecht, S. 246: „Der Wald .... ist in gewissem Sinn noch heute ein Fideikommiss der Nation“.

ектъ, 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.

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 со-

вершенно 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, кото-

рые 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) O.-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 слу-

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

чай, при которомъ процессуальныя роли распредѣляются на основаніи ст. 7 ВУ.[1])

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-

---

будетъ предъявленъ искъ. А тогда уже со стороны отвѣтчика послѣдуетъ ссылка на досрочный платежъ, дѣйствительность котораго должна быть доказана отвѣтчикомъ же.

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 на-

1) 1893 г. I, стр. 236, 1896 г. I, стр. 255 сл.
2) Ср. проектъ ППВ. 174,3.

нимателю требованіе объ уплатѣ наемныхъ денегъ, то его требованіе будетъ компенсировано требованіемъ нанимателя.

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 ПВ. 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 ПВ. 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 большей 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 пла-

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.

тежахъ, 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) 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.

Баронъ Александръ Леоновичъ

Фрейтагъ-Лорингговенъ

IV Q6
859
1