

5 $\frac{10}{1487}$

Проф. В. Б. ЕЛЪЯШЕВИЧЪ.

ОЧЕРКЪ РАЗВИТІЯ
ФОРМЪ ПОЗЕМЕЛЬНАГО ОБОРОТА

НА ЗАПАДЪ.

Изданіе второе, переработанное.

МОСКОВСКІЙ ПУБЛИЧНЫЙ
XIII-09031
И РУМЯНЦОВСКІЙ МУЗЕИ

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія „ПРАВДА“, Разъѣзжая, 16—18.
1913.

Настоящій очеркъ предназначенъ служить по-
собіемъ для слушателей автора.

Спеціальной цѣлью очерка объясняется выборъ
литературныхъ указаній.

Введение.

Основная черта права современного хозяйственного периода—это его стремление къ свободнымъ формамъ оборота, къ устраненію всѣхъ нормъ, стѣсняющихъ свободное самоопредѣленіе хозяйственного субъекта, такъ или иначе мѣшающихъ свободному осуществленію его хозяйственной дѣятельности. „Право капиталистической эпохи, опредѣляетъ Зомбартъ ¹⁾, есть система индивидуальныхъ правъ свободы“: свобода собственности въ ея главныхъ проявленіяхъ — свобода отчужденія, свобода обременія и свобода эксплоатации,—свобода договора, свобода завѣщанія, свобода промысла, какъ одно изъ проявленій свободы личности... Эта „принципальная склонность капиталистическаго интереса къ свободѣ“ вытекаетъ изъ самой сущности капиталистическаго предпріятія; она обусловлена его цѣлью—извлечь выгоду изъ имущества—и связаннымъ съ этой цѣлью стремленіемъ капитала къ безграничному расширенію сферы своего дѣйствія. Чтобы дѣйствовать быстро и вѣрно въ своихъ поискахъ за прибылью, капиталъ нуждается въ простыхъ, свободныхъ формахъ оборота. Свободныя, неформальныя сдѣлки такъ же соотвѣтствуютъ праву развитого оборота, какъ торжественныя, сложные и тяжеловѣсныя обряды — начальнымъ стадіямъ хозяйственнаго развитія.

¹⁾ Sombart, Der moderne Kapitalismus II 28 сл.

Тѣмъ удивительнѣе, съ перваго взгляда, тотъ фактъ, что всюду въ современномъ правѣ по отношенію къ обороту съ недвижимыми имуществами, такъ наз. поземельному обороту, мы находимъ особыя, болѣе сложныя и неподвижныя формы, ставящія этотъ оборотъ въ болѣе тяжелыя, сравнительно съ остальнымъ оборотомъ, условія.

Въ чемъ причина такого явленія?

Для объясненія его недостаточно общихъ соображеній объ особомъ экономическомъ значеніи недвижимыхъ имуществъ, какъ одного изъ видовъ орудій производства, или объ особенностяхъ экономическихъ явленій, связанныхъ съ землей, вродѣ земельной ренты. Можно указать развитія системы права, гдѣ земля играла въ оборотѣ нисколько не меньшую роль, чѣмъ у насъ, и гдѣ, тѣмъ не менѣе, мы не находимъ особыхъ формъ для поземельнаго оборота (римское право)¹⁾. Съ другой стороны, въ настоящее время, когда на биржѣ ежедневно совершается въ простѣйшихъ формахъ перемѣщеніе миллионныхъ цѣнностей, когда путемъ передачи акцій передаются изъ рукъ въ руки колоссальнѣйшія предприятия, говорить о преимущественномъ значеніи оборота съ недвижимостями не приходится.

Еще менѣе убѣдительнымъ представляется высказываемое во французской литературѣ мнѣніе, что основаніемъ выдѣленія недвижимыхъ имуществъ является ихъ зафиксированное, опредѣленное положеніе, возможность сконцентрировать въ одномъ мѣстѣ всѣ записи, касающіяся сдѣлокъ относительно ихъ, что совершенно невозможно по отношенію къ движимымъ имуществамъ, легко перемѣщаемымъ съ мѣста на мѣсто. Это соображенія юридической техники объясняютъ намъ возможность установленія особаго режима для недвижимостей, но совсѣмъ не объясняютъ его необходимости. Вопросъ, что заставило право поставить въ особыя условія поземельный оборотъ, остается попрежнему открытымъ.

Отвѣтъ на него можетъ дать лишь исторія происхожденія современныхъ способовъ приобрѣтенія правъ на недвижимыя

¹⁾ О господствѣ аграрныхъ интересовъ въ Римѣ см. M. Weber, *Röm. Agrargeschichte*;—его же ст. *Agrargeschichte* въ *Hand. der Staatswissenschaften* Conrad'a т. I.

имущества (такъ наз. гипотечнаго права)¹⁾. Только послѣ изслѣдованія вопроса, гдѣ, когда и въ силу какихъ причинъ возникли эти способы, мы поймемъ, почему существуетъ такое различіе между оборотомъ съ движимыми и недвижимыми вещами къ невыгодѣ этихъ послѣднихъ. Мы увидимъ, что аномалія здѣсь лишь кажущаяся—болѣе сложныя, съ виду болѣе неудобныя формы по отношенію къ недвижимостямъ не только не противорѣчатъ интересамъ развито-го оборота, но есть его порожденіе. Онѣ вызваны его потребностями и съ ними неразрывно связаны. Изученіе послѣдней стадіи развитія этихъ формъ покажетъ намъ, что стремленіе современнаго оборота сдѣлать и недвижимыя имущества объектомъ торговаго обмѣна приводитъ не къ уничтоженію этихъ формъ, а лишь къ ихъ утонченію, ибо онѣ для этого оборота необходимы.

Корни изучаемыхъ институтовъ лежатъ въ средневѣковомъ правѣ. Современныя формы вотчиннаго оборота непосредственно примыкаютъ, какъ мы увидимъ, къ публичнымъ способамъ перенесенія собственности, выработавшимся въ Западной Европѣ во второй половинѣ средневѣковья. Но, возникнувъ подъ вліяніемъ условій, коренящихся въ особенностяхъ средневѣковаго быта, эти публичные способы и падаютъ вмѣстѣ съ разложеніемъ средневѣковаго строя. Лишь въ очень немногихъ мѣстахъ—преимущественно городахъ сѣверной Германіи—эти формы сохраняются. Повсюду же публичныя средневѣковыя формы укрѣпленія правъ на недвижимости уступаютъ мѣсто неформальнымъ способамъ, заимствованнымъ изъ римскаго права. Этимъ заканчивается первый періодъ въ исторіи гипотечнаго права, періодъ возникновенія публичныхъ формъ поземельнаго оборота (Глава I).

Господство неформальныхъ способовъ укрѣпленія правъ на недвижимыя имущества приводитъ постепенно къ полному упадку всего поземельнаго оборота. Но въ XVIII столѣтіи, подъ вліяніемъ усилившейся потребности въ реальномъ

¹⁾ Исторически сложившееся названіе, неотвѣчающее, какъ мы увидимъ ниже, современному положенію вопроса.

кредитъ, мы видимъ почти во всѣхъ странахъ Западной Европы новое движеніе въ этой области, знаменующее собой второй періодъ исторіи гипотечнаго права, періодъ возрожденія и развитія публичныхъ формъ укрѣпленія правъ на недвижимыя имущества. Исходнымъ пунктомъ послужили остатки средневѣковой организациі въ нѣкоторыхъ болѣе крупныхъ городахъ. Принципъ публичности, лежащій въ основѣ этой организациі, явился тѣмъ началомъ, на которомъ были воздвигнуты новыя формы. Развивающееся кредитное хозяйство потребовало прежде всего реорганизациі формъ реального кредита. Но затѣмъ необходимость поставить на прочную основу весь оборотъ съ недвижимостями заставляетъ перестроить на началахъ публичности всю систему поземельнаго оборота, т. е. установленіе всякаго рода вещныхъ правъ на землю. Чѣмъ дальше, тѣмъ глубже принципъ публичности и связанныя съ нимъ начала проникаютъ въ право европейскихъ народовъ, оказывая вліяніе не только на формы укрѣпленія правъ на недвижимое имущество, но и на самое внутреннюю структуру правъ (Главы II и III).

Но если обезпеченіе поземельнаго оборота требовало все большаго развитія началъ публичности, то, съ другой стороны, естественное стремленіе капитала, въ поискахъ за новыми объектами эксплуатаціи, къ мобилизаціи земельной собственности должно было вести къ все большему упрощенію формъ оборота, къ все большей свободѣ и въ этой области. Въ Европѣ эта тенденція натолкнулась на препятствіе въ тѣхъ политическихъ и социальныхъ отношеніяхъ которыя связаны, въ силу историческихъ условій, съ землевладѣніемъ. Эти историческія условія и въ особенности политическое значеніе, которое придается государствомъ сохраненію класса землевладѣльцевъ, какъ основы современнаго строя, заставили европейскія государства противодѣйствовать этому превращенію земли въ товаръ ¹⁾. Но въ но-

¹⁾ Ср. ст. 275 стараго герм. торг. улож., въ силу которой недвижимое имущество не можетъ быть объектомъ торговыхъ сдѣлокъ. Въ торг. улож. 1897 г. эта статья исключена. Но сущность дѣла отъ этого не измѣнилась. По прежнему, сдѣлки о землѣ не принадлежатъ къ основнымъ торговымъ сдѣлкамъ (см. § 1 особ. п. 1 HGB.).

вомъ мірѣ, незнающемъ этихъ историческихъ традицій, это стремленіе къ мобилизаціи земельной собственности нашло и законченную юридическую форму. Право австралійскихъ (и нѣкоторыхъ другихъ) колоній создало особую систему поземельнаго оборота, которая, не подвергая опасности его прочность, доводитъ его свободу до апогея. Оборотъ съ землей по этой системѣ такъ же мало затруднителенъ, какъ оборотъ съ движимостями (Глава IV).

Изученіе этого развитія иноземныхъ системъ поземельнаго оборота представляетъ для насъ сверхъ общенаучнаго еще особый практическій интересъ. Исходные моменты и общая тенденція первоначальнаго развитія были у насъ приблизительно тѣ же, что и на Западѣ. Но въ дальнѣйшемъ у насъ намѣчается извѣстный дуализмъ, который приводитъ къ вытѣсненію идеи (публичной) книги идей крѣпости ¹⁾. Введенный послѣ судебной реформы 1864 г. режимъ представляетъ компромиссъ между этими двумя идеями съ рѣзкимъ преобладаніемъ идеи крѣпости. Режимъ этотъ, устанавливая для сдѣлокъ по недвижимостямъ особыя сложныя формы, не даетъ въ то же время обороту той обезпеченности, какую мы видимъ на Западѣ, и реформа его есть вопросъ ближайшаго будущаго ²⁾. Эта реформа должна быть произведена и будетъ произведена въ направленіи приближенія нашего права къ западно-европейскому. Сознательное отношеніе къ ней возможно лишь при знакомствѣ съ общими тенденціями развитія поземельнаго права на Западѣ.

¹⁾ О начальной стадіи этого развитія см. начало моей работы въ Извѣстіяхъ Политехническаго Института т. XVII (1912 г.).

²⁾ Соотвѣтствующій законопроектъ выработанъ и будетъ внесенъ въ 4-ую Государственную Думу.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Возникновение публичных форм поземельного оборота ¹⁾.

I. Эпоха народных правъ (до конца X вѣка). II. Позднѣйшее германское средневѣковье. III. Французское средневѣковье. IV. Формы реального кредита въ средневѣковомъ правѣ. V. Вліяніе рецепціи римскаго права на развитие формъ поземельнаго оборота.

I.

Идея особыхъ формъ поземельнаго оборота, т. е. особыхъ способовъ установленія вещныхъ правъ на недвижимыя имущества, оставалась чужда римскому праву ²⁾ во все время его развитія. Первоначальныя публичныя формы перенесенія

¹⁾ Пособія: Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 5 изд. 1907 г. § 11 стр. 63—64, § 35 стр. 287—295; § 61 стр. 737—746; Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte 3-ье изд. 1908 г. § 47 стр. 186—191; Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts 1885 г. т. II §§ 92—96 стр. 66—103; § 98 стр. 112—117; §§ 101—104 стр. 128—150; Huber, Geschichte des schweizerischen Privatrechts 1894 г. § 151 стр. 700—715; § 153 стр. 785—795; Gierke, Deutsches Privatrecht т. II. 1905 г. § 117 стр. 266—281; § 155 стр. 809—826; Violette, Histoire du droit civil français 3 изд. 1905 г. стр. 653—658.

²⁾ Но не античному міру вообще. Въ нѣкоторыхъ греческихъ городахъ существовали въ государственно-правовыхъ цѣляхъ особыя вотчинныя книги, куда заносилась и передача собственности. Какъ свидѣлствуютъ папирусы, египетское народное право также знало вотчинныя книги, вооруженныя даже до нѣкоторой степени публичной достовѣрностью—ср. Lewald, Beiträge zur Kenntniss des röm.-ägypt. Grundbuchrechts 1909.

собственности — манципация, получившая свою форму от первообытной купли-продажи и совершаемая в присутствии свидетелей, и *in iure cessio* — уступка права на судъ — касались одинаково какъ вещей недвижимыхъ, такъ и движимыхъ. Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ эти публичныя формы уступаютъ мѣсто традиціи — простой передачѣ вещи, совершаемой съ намѣреніемъ перенести собственность. И этотъ способъ установленія собственности, первоначально развившійся въ области римскаго оборотнаго права (*jus gentium*), примѣняется безъ различія къ вещамъ движимымъ и недвижимымъ, а въ юстиниановомъ правѣ становится, вообще, единственнымъ способомъ перенесенія собственности.

Совершенно иной исходный моментъ находимъ мы въ германскомъ правѣ. Для передачи земли изъ рукъ въ руки здѣсь съ самаго начала ¹⁾ служитъ особый актъ, облакаемый въ торжественную и публичную форму. Нѣкоторыми своими чертами этотъ актъ напоминаетъ манципацию римскаго права, но въ отличіе отъ этой послѣдней онъ примѣняется исключительно къ земельнымъ участкамъ. Первоначально онъ совершается безусловно на самомъ участкѣ при участіи ряда лицъ изъ числа членовъ общины. Это участіе свидетелей, представляющихъ общину, должно было обезпечить публичность акта. Иногда (напр. *Lex Ribuaria*, право рипуарскихъ Франковъ), кромѣ свидетелей, привлекалось такое же число (3—12) мальчиковъ, причемъ принимались мѣры, чтобы запечатлѣть въ ихъ памяти этотъ актъ — они получаютъ пощечины или ихъ дерутъ за уши. Самый актъ, подобно всѣмъ сдѣлкамъ древнегерманскаго права, совершается *ore et manu*, — „словами и жестами“. Онъ состоитъ изъ ряда символическихъ дѣйствій, имѣющихъ различное значеніе: отчуждающій передаетъ преобладателю глыбу земли или кусокъ дерна съ вѣткой, при отчужденіи дома — дверной косякъ, чтобы обозначить передачу вещи. Примыкающій къ этому обрядъ снятия перчатки отчуждателемъ и надѣванія ея приобрь-

¹⁾ Повидимому, эта форма сложилась въ тѣ времена, когда частной собственности на землю еще не было, и примѣнялась при передачѣ земли однимъ племенемъ другому. На это указываетъ, по крайней мѣрѣ, одно извѣстіе Плинія.

тателемъ долженъ символизировать передачу власти: отчужденіе совершается, говорятъ источники, *manu vestita* — облеченной въ перчатку рукой. Мѣсто перчатки можетъ занять какой-либо другой символъ (шляпа). Иногда контрагенты совместно обходятъ границы участка; затѣмъ отчуждающій покидаетъ участокъ, также съ разнаго рода торжественными обрядами (у саксонцевъ — особый жестъ, *curvatis digitis*, у салическихъ Франковъ — передача палочки, *festuca*).

Всѣ эти дѣйствія составляютъ единый нераздѣльный актъ. Но мы можемъ различать въ немъ разные юридическіе элементы. Основой всего акта является *sala* (*Sale*), договоръ объ отчужденіи ¹⁾, отчего весь актъ въ его совокупности называютъ иногда *Sale*. Вторымъ элементомъ — это инвеститура (*investitura*), символическая, а вслѣдъ за ней реальная передача отчуждаемаго недвижимаго имущества. Наконецъ, третій элементъ, который мы находимъ въ этомъ актѣ, это примыкающій къ передачѣ участка формальный отказъ отъ владѣнія, оставленіе участка (уходъ — *exstitus*, *evacuatio*, *Verlassung*, позднѣе — *Auflassung*). И здѣсь рядомъ съ реальнымъ дѣйствіемъ стоитъ совершаемый въ символическихъ формахъ договоръ объ оставленіи участка ²⁾.

Дальнѣйшее развитіе этой формы отчужденія недвижимаго имущества опредѣлилось вліяніемъ второго способа перенесенія собственности, извѣстнаго народнымъ правамъ. Это — заимствованная изъ римскаго вульгарнаго ³⁾ права *traditio per cartam*, перенесеніе собственности при помощи передачи документа объ отчужденіи. У громаднаго большинства германскихъ племенъ эта форма выступаетъ въ одѣяннн германскихъ обычаевъ. Одна она недостаточна для передачи собственности. Необходимо совершить еще символическую инвеституру со всѣми символами — глыбой, дерномъ, вѣткой

¹⁾ Спорно! По мнѣнію нѣкоторыхъ (*Sohm*, *Auflassung*; *Gierke*, цит. соч.) — договоръ съ непосредственнымъ вещно-правовымъ дѣйствіемъ.

²⁾ Вопросъ не совсѣмъ выясненный. Возможно, что этотъ договоръ есть лишь явленіе позднѣйшее, замѣнившее реальное оставленіе участка (*Brugger*, *Heusler*).

³⁾ Вульгарнымъ называется право, развившееся подъ вліяніемъ мѣстныхъ особенностей у римлянъ, жившихъ въ провинціи, и представляющее собой вырожденіе чистаго римскаго права.

и перчаткой, необходимо уступить владѣніе, если не реально, то въ формѣ упомянутой выше *Auflassung*, торжественнаго договора объ уступкѣ владѣнія.

Такимъ образомъ, здѣсь символическая инвестирура отдѣляется отъ реальной—отъ фактической передачи участка—и юридическій центръ тяжести—переходъ собственности—сосредоточивается на ней¹⁾. Въ этомъ лежитъ практическое значеніе этого способа—при помощи его возможно отчуждать землю внѣ самаго участка. Постепенно эта форма совершенно вытѣсняетъ старую *Sale*. Завершается этотъ процессъ во второй половинѣ средневѣковья въ связи съ развитіемъ судебной *Auflassung*.

II.

Уже въ первую половину среднихъ вѣковъ (съ VII ст.), сначала въ предѣлахъ княжескаго, а затѣмъ и народнаго суда, вошло въ обычай возлагать на проигравшую въ процессѣ о собственности сторону обязанность совершать инвестируру въ пользу своего противника. Этой формой инвестируры въ силу судебного рѣшенія стали пользоваться и тогда, когда настоящаго спора не было, въ цѣляхъ передачи собственности, въ процессѣ, совершаемомъ лишь для виду, на подобіе римскаго *in iure cessio*.—Этимъ путемъ прибрѣтатель земли добивался королевскаго документа о прибрѣтеніи собственности.

Когда передача собственности на землю внѣ участка, путемъ символической инвестируры, вошла въ обычай, для сторонъ представлялось особенно выгоднымъ совершать этотъ актъ именно на судѣ: этимъ обезпечивалось доказательство перехода собственности въ формѣ судебного документа, обладающаго особой доказательной силой. Необходимость вести процессъ, хотя бы въ формѣ мнимаго спора, чтобы добиться судебного рѣшенія, теперь отпадаетъ, ибо, по просьбѣ

¹⁾ Поэтому выраженіе „символическая инвестирура“ часто употребляютъ неточно лишь для инвестируры, совершаемой внѣ участка. Символическая инвестирура совершалась также на участкѣ и лишь впоследствии была отдѣлена отъ реальной.

прибрѣтателя, судъ и безъ такого процесса подтверждаетъ переходъ собственности, если передача собственности совершается на его глазахъ. Но судъ здѣсь не простой зритель, не только свидѣтель—онъ принимаетъ участіе въ самомъ актѣ, дѣйствуетъ въ своемъ качествѣ суда.

Послѣ того, какъ стороны заявили о своемъ намѣреніи перенести собственность, шеффены постановляютъ рѣшеніе относительно того, имѣютъ ли стороны право на совершеніе этого акта. Затѣмъ совершается самая *Auflassung* въ обычной формѣ, съ обычной символикой. Но теперь сюда присоединяется еще одинъ актъ, имѣющій чрезвычайно важное значеніе. Это такъ наз. *Aufgebotsverfahren*, особое троекратное оглашеніе, въ которомъ третьи лица, имѣющія какія-либо притязанія на данную землю, приглашаются судомъ заявить свои претензіи. Въ силу этого оглашенія присутствующіе на судѣ должны заявить свои претензіи тотчасъ же, отсутствующіе—втеченіе *Jahr und Tag* (годъ и 45 дней). Въ противномъ случаѣ они теряютъ свои притязанія.

Такимъ образомъ, этотъ судебный актъ перенесенія права собственности, который начинаютъ потомъ обозначать въ его совокупности именемъ *Auflassung*, представляетъ для прибрѣтателя земли цѣлый рядъ выгодъ: онъ даетъ ему судебныя доказательства перехода собственности; онъ приноситъ съ собой необходимую публичность, которая предоставляетъ всѣмъ заинтересованнымъ лицамъ возможность заявить свои претензіи; главное же, онъ обезпечиваетъ прибрѣтателя, благодаря процедурѣ оглашенія, противъ всѣхъ третьихъ лицъ, незаявившихъ своевременно своихъ претензіи. Особое значеніе это послѣднее обстоятельство получало ввиду существованія въ средневѣковомъ правѣ ряда ограниченій свободнаго отчужденія земельныхъ участковъ. Въ особенности наслѣдники уже при жизни наслѣдодателя имѣютъ извѣстное право на его имущество и право соглашаться или несоглашаться на отчужденіе наслѣдственнаго участка (*Warterecht, Beispruchsrecht*, какъ остатки семейной общности имущества).

Все это въ достаточной мѣрѣ объясняетъ, почему судебная форма перенесенія собственности получала съ теченіемъ

времени все большее распространение. Но мы видим, что в концѣ концовъ она становится почти во всей Германіи не только господствующей, но и обязательной формой отчужденія недвижимаго имущества ¹⁾. Только этотъ торжественный судебный актъ устанавливаетъ въ пользу приобретателя право собственности. Очевидно, частные интересы приобретателей земли сами по себѣ не могли бы привести къ превращенію судебной *Auflassung* въ единственную и необходимую форму передачи собственности на недвижимыя имущества. Долженъ былъ быть еще другой движущій моментъ, который сыгралъ здѣсь рѣшающую роль. И мы, дѣйствительно находимъ его въ средневѣковомъ правѣ. Это, именно, стремление публичной власти подчинить своему контролю переходъ земли изъ рукъ въ руки. Судебная передача была той формой, благодаря которой лица, осуществляющія судебную власть (*Gerichtsherrn*), получали возможность осуществлять такой контроль, даже, въ случаѣ нужды, отказывая въ своемъ согласіи на передачу земли однимъ владѣльцемъ другому; иногда это согласіе ставилось въ зависимость отъ уплаты извѣстныхъ пошлинъ.

Во всѣхъ областяхъ средневѣковаго права существовали основанія для такого права судебной власти на контроль надъ оборотомъ съ недвижимыми имуществами. Въ помѣстномъ правѣ (*Hofrecht*), сложившемся въ сферѣ помѣстнаго суда, т. е. суда, осуществляемаго помѣщикомъ надъ своими крѣпостными и надъ крестьянами, поселившимися на его земляхъ, это право помѣщика на утвержденіе сдѣлки о передачѣ земельного участка прямо вытекало изъ его отношеній къ крѣпостному и къ крестьянину, которому онъ предоставилъ свою землю за извѣстныя повинности.—Столь же естественна была необходимость судебной формы въ области феодальнаго права (*Lehnrecht*). Уступка однимъ вассаломъ другому своего феода есть, по существу дѣла, передача земли (*Auflassung*) со стороны уходящаго вассала своему сюзерену и послѣдующая инвеститура со стороны сюзерена—

¹⁾ По отношенію къ свободной собственности это оспаривалось нѣкоторыми (*Stobbe, Auflassung* и др.). Изложенный въ текстѣ взглядъ принять теперь громаднымъ большинствомъ изслѣдователей.

новому вассалу. Понятно, что и совершается она предъ лицомъ сюзерена, въ его феодальномъ судѣ.—Въ области городского права (*Stadtrecht*) контроль городского властителя (*Stadtherr*), именемъ котораго отправляется судъ, надъ оборотомъ съ городскими землями обусловленъ платежами, которыми были обременены городскіе участки въ пользу *Stadtherr'a*, а также и тѣмъ отношеніемъ личного подданства, которое существовало между нимъ и городскими жителями. Наконецъ, даже по отношенію къ свободной собственности лицъ, живущихъ по общему земскому праву (*Landrecht*), были основанія для стремленія публичной власти подчинить отчужденію этой собственности своему контролю. Требованіе согласія территориальнаго князя (*Landesherr'a*) или осуществляющаго судъ графа должно было служить здѣсь средствомъ противъ самовольнаго отчужденія этихъ земель въ руки духовныхъ и свѣтскихъ сеніоровъ подобное отчужденіе обозначало освобожденіе земли отъ лежащей на ней судебной повинности и влекло за собой уменьшеніе свободныхъ земель, подчиненныхъ непосредственно князю. Въ томъ же направленіи дѣйствовало, можетъ быть, и стремленіе контролировать переходъ земли, какъ налогового объекта ¹⁾.

Результатомъ всего этого и явилось полное господство судебной *Auflassung* во второй половинѣ средневѣковья. Два момента привели къ нему: судебная передача была выгодною для приобретателя земли; она была прямо необходима публичной власти, какъ средство контроля надъ переходомъ земли изъ рукъ въ руки.

Въ эту же эпоху съ судебной формой начинаютъ связывать еще одинъ актъ, которому суждено было сыграть опредѣляющую роль въ исторіи поземельнаго права. Уже рано (въ первой половинѣ XII ст.) въ нѣкоторыхъ городахъ (напр. Кельнѣ) является обычай записывать совершавшіяся судебныя передачи въ городскія книги (*Stadtbücher*). Въ XIII ст. мы находимъ такія книги почти во всѣхъ сѣверныхъ нѣмецкихъ городахъ, а затѣмъ онѣ распространяются и за предѣлы городовъ. Запись въ эти книги имѣетъ сначала значе-

¹⁾ Нѣсколько ограничиваетъ это послѣднее положеніе *Schröder*.

ніе публичнаго документа, какъ доказательство совершенія акта. Но затѣмъ подобная запись становится во многихъ мѣстахъ существенной частью обряда перенесенія собственности. Она завершаетъ весь актъ и къ ней приурочивается переходъ вещнаго права (такъ, въ Любекѣ, Гамбургѣ, Ганноверѣ и другихъ городахъ). Рядомъ съ ней самая *Auflassung* превращается иногда въ пустую формальность, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ даже совсѣмъ исчезаетъ, поглощенная записью въ книги.

III.

Аналогичный ходъ развитія формъ отчужденія недвижимыхъ имуществъ находимъ мы во французскомъ правѣ. И здѣсь первоначальный способъ перенесенія собственности—символическій актъ, совершаемый на самомъ участкѣ, (*ensaisinement* покупателя)—замѣняется впоследствии исполненіемъ тѣхъ же символическихъ обрядовъ на судѣ. Эта *ensaisinement* распадается здѣсь на *devest* (*deshéreditation*)—передачу владѣнія отчуждателемъ въ руки публичной власти,—и *vest*—уступку этого владѣнія представителемъ власти новому пріобрѣтателю. На югѣ Франціи дальнѣйшій ходъ развитія очень рано прерывается воцареніемъ римскаго права, устранившаго эти старыя формы отчужденія недвижимыхъ имуществъ. Сохраняется этотъ продуктъ самобытнаго правообразования на сѣверо-востокѣ Франціи, въ такъ наз. *paus de nantissement*, которая составляетъ часть *paus de droit coutumier*—области обычнаго права. Здѣсь также входитъ въ обычай (съ XIII ст.) записывать эти сдѣлки въ судебныя книги, причемъ иногда такая запись въ реестры феодальныхъ судовъ замѣняетъ самую *nantissement*.

Еще ближе къ германскому праву стоитъ та форма, которая сложилась въ Бретани, — такъ наз. *arrorgiance*. Обѣ имѣющей послѣдовать передачѣ собственности на недвижимое имущество совершается троекратное оглашеніе (аналогія германскому *Aufgebotsverfahren*). Черезъ недѣлю послѣ послѣдняго оглашенія отчуждатель заявляетъ суду о желаніи совершить отчужденіе, и тогда происходитъ ликвидація всѣхъ

предъявленныхъ притязаній (*enfranchissement*). Если возраженій нѣтъ, то слѣдуетъ запись въ особую книгу, послѣ чего пріобрѣтатель становится собственникомъ—никакія возраженія и претензіи засимъ не пріемлются.

IV.

Если средневѣковое право создало публичныя формы для перенесенія собственности на недвижимыя имущества, то такія же публичныя формы устанавливаетъ оно и для реального кредита (т. е. кредита, основаннаго на томъ, что должникъ предоставляетъ кредитору въ обезпеченіе своего долга извѣстное имущество, изъ котораго кредиторъ и удовлетворяетъ себя въ случаѣ невыполненія должникомъ обязательства). Первоначальной формой для такого реального кредита была повсемѣстно передача кредитору вещи въ собственность съ тѣмъ, чтобы по уплатѣ долга она была возвращена должнику (т. наз. *Eigentumspfand*). Только подобная форма соотвѣтствовала эпохѣ господства матеріальныхъ представленій о правѣ и слабого развитія судебной защиты правъ. Абстрактное понятіе права на чужую вещь, каковымъ является нашъ залогъ, первоначальному конкретному мышленію было недоступно; къ тому же такое право не давало бы тогда достаточнаго обезпеченія кредитору.

Но если подобная передача собственности подъ условіемъ была выгодна кредитору, то она существенно нарушала интересы должника—собственника вещи. Она отдавала его вещь въ полное распоряженіе кредитора. Поэтому уже рано (для Германіи—въ эпоху народныхъ правъ) мы видимъ смягченіе этой формы, которая являлась въ сущности не кредитной сдѣлкой, а сдѣлкой на наличныя. Теперь должникъ сохраняетъ за собою собственность на землю ¹⁾ и передаетъ ее кредитору лишь во владѣніе и пользованіе. Такимъ образомъ,

¹⁾ Намъ интересуется здѣсь развитіе залогового права лишь по отношенію къ недвижимымъ имуществамъ. Залогъ движимостей имѣетъ тотъ же исходный пунктъ развитія, но въ дальнѣйшемъ пошелъ самостоятельнымъ путемъ.

передача вещи въ обезпеченіе долга (Satzung) обособляется отъ передачи собственности. Кредиторъ удерживаетъ землю впредь до уплаты должникомъ своего долга; ни отчуждать вещь, ни требовать выкупа ея онъ не можетъ ¹⁾. Пользованіе, извлеченіе плодовъ, служить ему какъ бы процентами за долгъ. Только по особому соглашенію эти плоды шли на погашеніе долга (такъ наз. Totsatzung, во французскомъ правѣ—*vifgage*).—Такъ какъ дѣло идетъ здѣсь не объ установленіи собственности, то *Auflassung* для передачи вещи въ залогъ не требуется; но тѣ же основанія, какія дѣлаютъ необходимой публичную форму перенесенія собственности, приводятъ къ тому, что и передача земли въ залогъ совершается въ публичныхъ формахъ, предъ судомъ, обыкновенно съ записью въ книги.

Только что изображенную форму залога принято называть *ältere Satzung* (во французскомъ правѣ—*engagement*), такъ какъ рядомъ съ ней стоитъ другая форма, получившая у современныхъ историковъ имя *jüngere Satzung* (во Франціи—*obligation*) ²⁾. Такъ какъ она оказала опредѣляющее вліяніе на развитіе современной ипотеки, то на ней стоитъ остановиться нѣсколько подробнѣе.

Уже съ самаго начала должна была сказаться потребность въ такой формѣ, при которой должникъ могъ бы обезпечивать свой долгъ землей, не лишаясь въ то же время владѣнія ею. Кой какіе зачатки подобной формы мы находимъ въ германскомъ правѣ. Но развитія получить они пока не могли, такъ какъ при слабой судебной защитѣ правъ именно только владѣніе и пользованіе кредитора могло дать ему полное обезпеченіе. Лишь позднѣе, съ возникновеніемъ судебного исполнительнаго производства, вырабатывается, первоначально главнымъ образомъ въ городахъ, особая

¹⁾ Однако, можетъ быть условлено, что въ случаѣ неуплаты долга въ срокъ, земля переходитъ въ собственность кредитора (т. наз. *Verfallspfand*).

²⁾ Правильность подобной терминологіи, установившейся со времени *Albrecht'a* (*Gewere*), оспариваетъ *Heusler*. По его мнѣнію, *jüngere Satzung* такъ же стара, какъ и *ältere*; точно такъ же и въ опредѣленіи различія ихъ *Heusler* уклоняется довольно значительно отъ господствующаго мнѣнія. Среднее мѣсто занялъ теперь *Gierke*.

форма залога земли безъ передачи владѣнія и пользованія (*jüngere Satzung*). Основная идея института—приспособленіе исполнительнаго производства къ цѣлямъ обезпеченія долга. *Jüngere Satzung*—это, по своей основѣ, установленное по договору начало принудительнаго исполненія. На землю ложится извѣстный судебный запретъ. Кредиторъ становится къ этой землѣ, въ силу совершенія въ его пользу *Satzung*, въ такое положеніе, въ какомъ стоитъ кредиторъ при принудительномъ исполненіи. Онъ не имѣетъ ни пользованія, ни владѣнія; но въ случаѣ неисполненія должникомъ обязательства онъ можетъ требовать продолженія исполнительнаго производства, т. е. удовлетворенія изъ заложенной у него земли съ помощью суда. Первоначально средствомъ такого удовлетворенія можетъ быть лишь переходъ земли въ собственность кредитора (*Verfallspfand*); ибо оборотъ съ землей развитъ крайне мало, земля имѣетъ лишь потребительную, а не мѣновую цѣнность. Съ возникновеніемъ такого оборота на мѣсто перехода земли въ собственность кредитора выступаетъ продажа земли (*Verkaufspfand*).

Такимъ образомъ, сущность этой новой формы залога въ томъ, что у должника остается собственность и владѣніе, а къ кредитору переходитъ лишь право требовать, въ случаѣ неисполненія обязательства, удовлетворенія путемъ отчужденія земли. Было ли это право съ самаго начала вещнымъ правомъ, или оно становится таковымъ впоследствии—вопросъ спорный.

Само собой разумѣется, что и эта *jüngere Satzung*, подобно всякой сдѣлкѣ, могущей вести къ отчужденію, совершается предъ судомъ, хотя и не въ формѣ *Auflassung*; и здѣсь мы находимъ занесеніе сдѣлки въ судебныя, городскія или, иногда, особыя залоговыя книги. Во Франціи формой совершенія такой залоговой сдѣлки является *nantissement*.

V.

Порожденные особыми условіями средневѣковаго юридическаго строя, публичныя формы поземельнаго оборота, естественно, должны были пасть вмѣстѣ съ разложеніемъ этого

стройка. Рѣшающимъ являлось здѣсь постепенное исчезновеніе тѣхъ особенностей публично-правовой организаціи средневѣковья, которыя создавали необходимость контроля публичной власти надъ отчужденіемъ земли. Этотъ процессъ наблюдается во всѣхъ областяхъ средневѣковаго права.

Паденіе стараго народнаго суда и разложеніе старой судебной общины обозначаютъ прекращеніе той судебной повинности, которая лежала на свободномъ землевладѣннн въ области земскаго права. Землевладѣннн теряетъ свое прежнее значеніе для суда, и вмѣстѣ съ тѣмъ исчезаетъ основаніе для контроля территоріальнаго князя или графа надъ отчужденіемъ земли. Еще раньше видимъ мы ослабленіе власти городскаго властителя въ области городскаго права. Ростъ и усиленіе экономической моши городовъ повсюду сопровождается уступкой Stadtherr'омъ права суда городскому совѣту, а затѣмъ и выкупомъ земли, которая становится свободной собственностью. Феодальный строй отмираетъ, а вмѣстѣ съ нимъ и право сюзерена на землю вассала. Даже въ области двороваго (помѣстнаго) права крестьянская собственность (такъ наз. низшая собственность—*Untereigentum*) значительно укрѣпляется и соотвѣтственно съ этимъ ослабляется верховная собственность (*Obereigentum*) помѣщика, которая все болѣе вырождается въ особыя повинности, тяготѣющія на землѣ крестьянина.—Наконецъ, къ этому же времени, вмѣстѣ съ ослабленіемъ воспоминанія о прежней семейной общности имущества, исчезаетъ постепенно право наслѣдниковъ протестовать противъ отчужденія наслѣдственныхъ участковъ (*Warterecht, Beispruchsrecht*). Вмѣстѣ съ этимъ отпадаетъ одинъ изъ главныхъ мотивовъ, заставлявшихъ покупателей земельныхъ участковъ дорожить публичной формой пріобрѣтенія. Все это дѣлаетъ понятнымъ, почему старыя публичныя формы отчужденія начинаютъ ощущаться какъ ненужная тягость, какъ опека, недостойная свободнаго человѣка. Является стремленіе сбросить съ себя этотъ тягостный контроль публичной власти, найти для своей свободной собственности и свободныя формы отчужденія.

Таковыя и приносить съ собой рецепція римскаго права въ формѣ римской традиціи. Простой передачи владѣннн съ

намѣреніемъ перенести собственность достаточно, чтобъ переходъ собственности совершился. Если до сихъ поръ для отчужденія недвижимости надо было идти въ канцелярію суда, то теперь для каждаго горожанина его домъ—его канцелярія [*Der Stadtbürger hat seine eigene Kanzlei — (Zürich)*]. Неформальная, негласная традиція вытѣсняетъ судебную, публичную *Auflassung*. Исчезаетъ и судебная запись. Гдѣ она сохраняется, она перестаетъ быть обязательной и превращается въ средство доказательства. Иногда судебная форма вмѣстѣ съ записью становится формой обязательственнаго договора о передачѣ недвижимости; для перехода же собственности требуется традиція. Лишь немногіе города удерживаютъ средневѣковую организацію—это Любекъ, Гамбургъ, Франкфуртъ, Мюнхенъ и нѣкоторые мекленбургскіе и ганноверскіе города.

Аналогичный процессъ совершается и по отношенію къ реальному кредиту. И здѣсь германскоправовыя формы уступаютъ свое мѣсто римскимъ. Изъ этихъ послѣднихъ рѣшающую роль въ дальнѣйшемъ развитіи кредита подъ залогъ недвижимости сыграла ипотека, та форма римскаго права, при которой вещь оставалось въ рукахъ должника, а кредиторъ пріобрѣталъ на нее вещное право, дающее ему возможность при неуплатѣ долга отобрать вещь и продать ее собственными средствами. Это вещное право было акцессорнымъ (дополнительнымъ) къ личному праву требованія. Устанавливалась ипотека совершенно негласно, путемъ простаго соглашенія, и принципиально въ этомъ ничто не измѣняется и послѣ реформы императора Льва (469 г.), въ силу которой публичнымъ ипотекамъ дается преимущество предъ простыми. Въ качествѣ такихъ публичныхъ разсматриваются ипотеки, совершенныя предъ нотаріусами или тремя свидѣтелями,—они идутъ впереди простыхъ, установленныхъ даже раньше ихъ. Цѣлью всей реформы было не установленіе публичности для ипотековъ, а предупрежденіе фальшивой датировки ихъ.

Какъ болѣе свободная, эта форма вытѣсняетъ довольно близко стоящую къ ней *jüngere Satzung*¹⁾; но вытѣсняя она

¹⁾ *Aeltere Satzung (Vifgage)* постепенно переходитъ въ родственную ей антихрезу римскаго права.

воспринимаетъ отъ этой послѣдней нѣкоторыя ея черты: отнынѣ ипотека примѣняется, подобно *jüngere Satzung*, лишь къ недвижимостямъ, и право продажи заложенной вещи можетъ быть теперь осуществлено лишь судебнымъ порядкомъ, а не собственными средствами кредитора. Такимъ образомъ, новая реципированная ипотека представляетъ собой синтезъ старой римской ипотеки и *jüngere Satzung* германскаго права. Что для насъ важно—это исчезновеніе обязательной публичной формы для залога недвижимости. Судебная форма и запись въ книгу остаются. Но въ большинствѣ случаевъ они получаютъ теперь то назначеніе, которое имѣла публичная форма въ римскомъ правѣ—совершенная такимъ образомъ ипотека имѣетъ преимущество предъ совершенной негласно. Лишь въ очень немногихъ мѣстахъ сохраняется обязательность судебной формы. Это опять таки города Любекъ, Франкфуртъ, Мюнхенъ, Фрейбургъ и др. Да и то во многихъ изъ этихъ мѣстъ т. наз. законныя ипотеки возникаютъ независимо отъ судебной формы. То же самое видимъ мы во Франціи по отношенію къ *obligation*.

Подводя итогъ вліянію, оказанному рецепціей на формы поземельнаго оборота, мы можемъ сказать, что старыя публичныя формы почти повсемѣстно должны были уступить мѣсто негласнымъ неформальнымъ способамъ римскаго права. Только въ немногихъ городахъ сохраняются остатки средне-вѣковой организаціи. Этимъ остаткамъ суждено было послужить исходнымъ пунктомъ новаго движенія въ области поземельнаго оборота.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Возрожденіе публичныхъ формъ поземельнаго оборота. Дальнѣйшее ихъ развитіе во Франціи ¹⁾.

I. Руководящая идея движенія. II. Историческій очеркъ. III. Вотчинно-ипотечная система дѣйствующаго французскаго права. IV. Недостатки французской системы.

I.

Нѣсколько вѣковъ господства римскихъ негласныхъ формъ оказались гибельными для всего поземельнаго оборота Западной Европы. Повсемѣстно мы находимъ одинаковую картину полнаго разстройства этого оборота. Никто, приобретаая землю въ собственность или давая деньги подъ залогъ земли, не можетъ быть увѣренъ, что онъ приобретаетъ отъ собственника или даетъ собственнику. Никто не гарантированъ, что на приобретенной имъ землѣ не лежатъ уже ипотеки. Приобрѣтеніе недвижимаго имущества становится при такихъ условіяхъ азартной игрой. „Il y a plus de fois acheteurs, que de fois vendeurs“, характеризуетъ этотъ оборотъ французскій юристъ XVII ст. (Loysseau). Въ результатѣ—полный застой въ оборотѣ съ недвижимыми имуществами, упадокъ реального кредита, паденіе цѣнъ на землю. Отсюда естественное стремленіе перестроить поземельный оборотъ, дать ему новыя

¹⁾ Пособія: Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, §§ 48—54; 58—62; 65; 68—69. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* т. I §§ 1313—1373; II §§ 2942—2946; 2957; 2979—2998; Zacharia von Lingenthal, *Handbuch des französischen Civilrechts* bearb. von Crome 1894 т. I §§ 122—124; 190—193; т. II §§ 226—227; 237—252a.

основанія въ цѣляхъ его обезпеченія. Попытки реформъ начинаются рано (съ XVII ст.), и чѣмъ живѣе идетъ развитіе денежнаго и кредитнаго хозяйства, тѣмъ это стремленіе къ реформамъ сильнѣе. Въ XVIII ст. оно принимаетъ уже опредѣленныя формы. Рѣзче всего проявляется движеніе по отношенію къ реальному кредиту, гдѣ недостатки существующаго режима сказываются особенно сильно. Основная форма этого кредита—гипотека—становится центральнымъ пунктомъ реформаціоннаго движенія. Около нея и ради нея начинается перестройка оборота съ недвижимостями. Лишь во второй половинѣ XIX стол., когда капиталистическій строй затягиваетъ въ свой круговоротъ и землю, реорганизация на новыхъ началахъ поземельнаго оборота утрачиваетъ свой служебный, по отношенію къ реальному кредиту, характеръ и становится, подъ вліяніемъ тенденціи къ мобилизации земли, самоцѣлю, охватывая теперь уже весь поземельный оборотъ во всѣхъ его проявленіяхъ.

Руководящую свою идею новое движеніе заимствуетъ изъ средневѣковой организаціи. Предъ глазами были остатки этой организаціи, сохранившіеся въ нѣкоторыхъ городахъ и тотъ принципъ, на которомъ она покоилась, представлялся надежнымъ средствомъ для излѣченія недостатковъ оборота. Этотъ принципъ—принципъ публичности поземельнаго оборота. Установленіе вещныхъ правъ на землю должно совершаться гласно, въ публичныхъ формахъ, быть доступно контролю всѣхъ и cadaго. Достигается это путемъ занесенія всѣхъ сдѣлокъ о переходѣ правъ на недвижимое имущество въ особыя публичныя книги, открытыя для всѣхъ или, по крайней мѣрѣ, для всѣхъ заинтересованныхъ лицъ. И веденіе этихъ книгъ государство должно взять въ свои руки.

Но одной этой формальной стороны принципа публичности недостаточно. Чтобы книги, призванныя служить основой поземельнаго оборота, дѣйствительно выполняли свое назначеніе, чтобы дѣйствительно была осуществлена полная гласность сдѣлокъ о недвижимостяхъ, необходимо, чтобы книги эти были вполне достовѣрны. Лицо, полагающее на книгу, не должно быть обмануто въ своемъ довѣріи. Эта

материальная сторона принципа публичности, публичная достовѣрность (*publica fides*) книги, является естественнымъ выводомъ изъ того обстоятельства, что вотчинныя книги ведутся государствомъ. Эти два проявленія одного и того же начала—формальный принципъ публичности, сдѣлокъ и публичная достовѣрность книгъ—и ложатся въ основу всѣхъ новыхъ системъ поземельнаго оборота.

Анализъ системъ, дѣйствующихъ въ настоящее время на континентѣ Европы, обнаруживаетъ, что начало публичности развито здѣсь далеко не въ одинаковой степени. Въ этомъ отношеніи можно различать два принципиально отличныхъ типа. Въ однѣхъ системахъ вещное право на недвижимое имущество возникаетъ въ силу материально-правовыхъ титуловъ (договора и т. п.) независимо отъ занесенія сдѣлки въ книгу. Послѣднее даетъ пріобрѣтателю только болѣе устойчивое положеніе или, точнѣе говоря, незанесеніе сдѣлки въ книгу сопряжено для него съ извѣстными опасностями. Если онъ не записанъ, онъ не можетъ воспрепятствовать возникновенію вещнаго права на его недвижимость у третьихъ лицъ, пріобрѣтающихъ право отъ прежняго записаннаго собственника. Они пользуются предъ нимъ, первымъ пріобрѣтателемъ, преимуществомъ, если только раньше занесутъ свое право въ книгу. Запись, такимъ образомъ, необходима, чтобы вооружить право пріобрѣтателя полной силой противъ третьихъ лицъ. Мы имѣемъ нѣкоторый компромиссъ между старымъ римскоправовымъ принципомъ, требовавшимъ для передачи недвижимости исключительно совершенія сдѣлки,¹⁾ и новымъ началомъ записи. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ французское и примыкающія къ нему права.

Гораздо послѣдовательнѣе начало публичности въ новѣйшихъ кодификаціяхъ, германской и швейцарской. Здѣсь вещныя права на недвижимость могутъ быть устанавливаемы лишь путемъ записи въ книгу. Запись есть необходимое условіе возникновенія права изъ сдѣлокъ между живыми. Съ

¹⁾ Здѣсь имѣется въ виду лишь негласность перехода собственности. То различіе, что по римскому праву для перехода собственности требовалась традиція, а по французскому—достаточно одного соглашенія (*nudum pactum*), для даннаго вопроса значенія не имѣетъ.

другой стороны, и матеріальная сторона принципа публичности — публичная достовѣрность книгъ — развита въ этой системѣ значительно сильнѣе, нежели во французской системѣ. Защищаются въ своемъ довѣрїи къ книгѣ не только лица, приобрѣтшія вещное право и сами занесенныя въ книгу, но, вообще, всѣ третьи лица.

II.

Если оставить въ сторонѣ законы, не давшіе никакихъ результатовъ (эдиктъ 1553 г. и эдиктъ Кольбера 1673 г.), то новое движеніе нужно датировать во Франціи со второй половины XVIII столѣтія. Прямо выраженная цѣль движенія — обезпечить не поземельный оборотъ вообще, а лишь реальный кредитъ. Изданный въ 1771 г. эдиктъ имѣетъ въ виду лишь гипотечный режимъ. Создаются особыя учрежденія и при нихъ должность хранителя гипотекъ (*conservateur des hypothèques*). Здѣсь по мѣсту нахождения имущества должны быть заявляемы гипотеки. Но принципъ публичности очень ограниченъ. И незаявленныя гипотеки имѣютъ силу. Онѣ лишь уступаютъ заявленнымъ и теряютъ свою силу при переходѣ имѣнія въ новыя руки, если новый приобрѣтатель выправитъ особую *lettre de ratification*.

Настоящую реформу производитъ революціонное законодательство. Законъ, изданный конвентомъ 9 мессидора III года (1795 г.), всецѣло реорганизуеъ гипотечный оборотъ — собственность онъ затрагиваетъ лишь въ интересахъ этого оборота. Но созданный имъ *Code hypothécaire* вскорѣ измѣняется законами, выработанными директоріей. Законъ 21 вентоза VII г. (1798 г.) преобразуеъ гипотечныя учрежденія. Они получаютъ тотъ видъ, какой они имѣютъ до сего дня. Матеріальная же сторона реформируется двумя законами 11 брюмера VII года (1798 г.). На нихъ построено нынѣ дѣйствующее французское право. И здѣсь непосредственной цѣлью является гипотечный режимъ. Вслѣдъ за закономъ 9 мессидора законъ 11 брюмера выставляетъ принципъ, что дѣйствительность гипотеки противъ третьихъ лицъ зависитъ отъ записи ея въ книгу. Только съ этого момента обя-

зательна она для новаго приобрѣтателя земли и гипотечныхъ кредиторовъ. Это касается и законныхъ гипотекъ. Такимъ образомъ, начало публичности проводится въ законѣ по отношенію къ гипотекѣ довольно полно. Рядомъ съ этимъ законъ выставляетъ впервые и принципъ спеціальности по отношенію къ договорнымъ ипотекамъ. Послѣднія не могутъ быть установлены на имущество должника вообще, а должны непременно касаться опредѣленнаго участка и обременять его на опредѣленную сумму.

Но чтобы обезпечить гипотечныхъ кредиторовъ, недостаточно было ознакомить ихъ съ ипотеками, уже лежащими на участкѣ, и обезопасить отъ негласныхъ гипотекъ. Необходимо еще было дать въ ихъ руки средство убѣждаться, что лицо, устанавливающее въ ихъ пользу ипотеку, есть дѣйствительно собственникъ. Это заставляетъ законъ 11 брюмера обратиться къ регламентированію перехода собственности. Передача этой послѣдней должна быть записана въ книгу. До такой записи старый собственникъ, еще записанный, но уже переставшій въ дѣйствительности быть собственникомъ, продолжаетъ быть управомоченнымъ къ установленію правъ на недвижимость. Лица, приобрѣтшія отъ него вещное право и записавшія это право въ книгу, имѣютъ преимущество предъ тѣмъ, кто приобрѣлъ раньше, но безъ записи. Такимъ образомъ, законъ 11 брюмера вводитъ начало публичной достовѣрности книги. Правда, онъ имѣлъ въ виду лишь установленіе записанными собственниками гипотекъ. Но благодаря употребленному имъ общему выраженію этотъ же принципъ былъ распространенъ и на лицъ, приобрѣтшихъ отъ фиктивного записаннаго собственника собственность и другія вещныя права.

Принципы, выставленные закономъ 11 брюмера, представлялись для того времени чрезвычайно смѣлыми. И хотя опытъ его примѣненія говорилъ въ его пользу, тѣмъ не менѣе проектъ *Code civil*, повторившій лишь начала закона 11 брюмера, натолкнулся на живѣйшую оппозицію. Вмѣшательство Наполеона, заявившаго, что „прямолинейность есть злая мачеха правосудія и собственности“, привело къ компромиссу, благодаря которому нормы *Code civil* въ данномъ вопросѣ лишены

всякой системы. По отношенію къ гипотекѣ сохраняется, въ общемъ, право, созданное закономъ 11 брюмера. Освобождаются отъ обязательной записи только нѣкоторыя, впрочемъ очень важныя, законныя ипотеки. Напротивъ, въ вопросѣ о переходѣ собственности Code civil возвращается къ точкѣ зрѣнія до-революціоннаго законодательства. Начало публичной достовѣрности имъ отвергается. Комиссія, вырабатывавшая кодексъ, постановляетъ, что запись въ книгу не даетъ приобрѣтателю собственности, если продавецъ самъ не былъ собственникомъ. Такимъ образомъ, запись перехода собственности, хотя и сохраняется въ Code civil, но теряетъ теперь почти всякое значеніе ¹⁾.

Результаты этого не замедлили сказаться. Старая необезпеченность оборота возвращается съ полной силой, и жалобы, раздавшіяся въ 40-хъ годахъ, живо напоминаютъ слова юриста Loysseau ²⁾. Учрежденіе въ 1852 г. Общества поземельнаго кредита дѣлаетъ эти недостатки еще болѣе ощутительными и, наконецъ, заставляетъ въ 1855 г. вернуться къ системѣ закона 11 брюмера. Препрежее значеніе записи перехода собственности и публичная достовѣрность книги въ этомъ отношеніи возстановляются. Безъ записи приобрѣтатель не можетъ противопоставить своего права третьимъ лицамъ, которыя ведутъ свое право отъ записаннаго собственника и сами свое право записали. Кромѣ того, законъ 1855 г. расширяетъ область примѣненія записи. На этомъ законѣ и зиждется современное французское право.

III.

Гипотечное учрежденіе (bureau des hypothèques) существуетъ въ каждомъ округѣ (arrondissement) суда исправительной полиціи. Во главѣ бюро стоитъ хранитель гипотекъ (conservateur

¹⁾ Кромѣ случаевъ даренія, гдѣ она обязательна, она сохраняетъ значеніе лишь въ двухъ отношеніяхъ: для освобожденія имѣнія отъ старыхъ гипотекъ (ст. 2183 С. с.) и для прекращенія записей гипотекъ, совершенныхъ до передачи собственности (ст. 834 сл. Code de proc.).

²⁾ Celui qui prête sur hypothèque n'est jamais sûr d'être payé; celui qui achète n'est jamais sûr de devenir propriétaire; celui qui paye n'est jamais sûr de payer au véritable propriétaire. (Dupin)

des hypothèques), на обязанности котораго лежитъ веденіе вотчинно-ипотечныхъ книгъ (реестровъ). Въ этотъ реестръ заносятся всѣ сдѣлки о недвижимостяхъ въ хронологическомъ порядкѣ. Книги эти публичны—онѣ открыты для всѣхъ. Но чтобы дать возможность разобратъ въ подобномъ реестрѣ и облегчить поиски, законъ обязываетъ вести еще особый личный реестръ; ведется онъ по такъ наз. персональной или личной системѣ: каждому собственнику посвященъ особый листъ, въ которомъ отмѣчены всѣ совершенные имъ акты по установленію и переносу вещныхъ правъ съ ссылкой на главный реестръ.

Французское право различаетъ два рода записей въ книгу: транскрипцію (transcription)—пропись всего акта полностью—и инскрипцію (inscription)—сокращенную запись сущности акта. Инскрипціи подлежатъ лишь ипотеки и привилегіи. Транскрипціи подлежитъ цѣлый рядъ вещныхъ правъ: собственность, прочія вещныя права, могущія быть объектомъ залога (пользовладѣніе и вѣчно-наслѣдственная аренда), затѣмъ, заставное владѣніе (antichrèse), реальные сервитуты и права пользованія и жилья. Изъ невещныхъ правъ транскрипція захватываетъ лишь аренду на срокъ болѣе 18 лѣтъ.

Но далеко не всѣ акты, касающіеся перечисленныхъ выше вещныхъ правъ, подлежатъ транскрипціи. Подчинены публичному режиму переходъ или установленіе этихъ правъ лишь по слѣдующимъ основаніямъ:

- 1) по сдѣлкамъ между живыми;
- 2) въ силу отказа управомоченнаго отъ приобрѣтеннаго имъ права;
- 3) въ силу судебного рѣшенія, констатирующаго наличность соглашенія о переходѣ правъ или присуждающаго собственность.

Напротивъ, для перехода собственности или перехода и установленія какого-либо иного вещнаго права по случаю смерти (наслѣдство, завѣщательный отказъ) транскрипція не обязательна. Точно такъ же не подлежатъ занесенію въ книгу чисто декларативныя акты раздѣла сособственности, хотя бы въ силу судебного рѣшенія. Наконецъ, лишь отчасти подчи-

нены публичности судебныя рѣшенія, объявляющія недѣйствительнымъ уже совершившійся актъ перехода права. Они имѣютъ полную силу и безъ записи, но повѣренный обязанъ записать ихъ подъ угрозой штрафа.

Но даже по отношенію къ тѣмъ актамъ, которые по закону должны быть транскрибированы въ книгу, отсутствіе транскрипціи не дѣлаетъ недѣйствительнымъ самаго акта приобрѣтенія права. Ст. 1138 Code civil сохраняетъ свою силу: право собственности переходитъ на приобрѣтателя уже въ силу соглашенія. Точно такъ же приобрѣтаетъ безъ транскрипціи право и тотъ, въ пользу котораго послѣдовало судебное рѣшеніе, или кому идетъ на пользу отказъ прежняго правообладателя. Для приобрѣтенія права транскрипція сама по себѣ не имѣетъ значенія. Но до совершенія ея приобрѣтатель не можетъ противопоставить своего права извѣстнымъ третьимъ лицамъ—это центральный пунктъ современной французской системы. Отсутствіе транскрипціи дѣлаетъ приобрѣтеніе относительно недѣйствительнымъ. Именно, оно недѣйствительно по отношенію къ тѣмъ лицамъ, которыя приобрѣли право на недвижимость отъ лица, записаннаго въ книгу въ качествѣ управомоченнаго (но фактически уже болѣе неуправомоченнаго),— и это приобрѣтеніе записали (транскрибировали или инскрибировали) въ книгу. Необходимо, слѣдовательно, чтобы приобрѣтенное ими право было такого рода, чтобы оно могло быть записано, и чтобы запись была дѣйствительно совершена. Такимъ образомъ, если кто-либо купилъ недвижимость, но не транскрибировалъ сдѣлки, то онъ не можетъ противопоставить своего права купившему ту же недвижимость отъ того же продавца послѣ него, но записавшему свое право, или лицу, въ пользу котораго продавецъ установилъ сервитутъ или ипотеку, опять-таки при условіи, что сервитутъ или ипотека будутъ записаны въ книгу. Другими словами, если двое приобрѣтаютъ недвижимость или какое-либо право на недвижимость отъ одного и того же лица, то рѣшающимъ между ними является не время приобрѣтенія, а время записи въ книгу.— Но если оставить въ сторонѣ лицъ, которыя удовлетворяютъ только что указаннымъ условіямъ и которыя

не должны считаться съ приобрѣтеннымъ, но незаписаннымъ правомъ, то приобрѣтеніе будетъ вполне дѣйствительно. Оно дѣйствительно, прежде всего, по отношенію къ тому, отъ кого право приобрѣтено; но не менѣе дѣйствительно оно и по отношенію къ третьимъ лицамъ, въ особенности, личнымъ кредиторамъ продавца.

Большее значеніе имѣетъ транскрипція при дареніи недвижимостей. Дареніе нетранскрибированное по отношенію къ третьимъ не имѣетъ никакого значенія. То, что при приобрѣтеніи возмездномъ представляетъ изъ себя исключеніе, здѣсь является правиломъ.

Нѣсколько послѣдовательнѣе проведено начало публичности по отношенію къ гипотекамъ¹⁾. Гипотеки подлежатъ по закону инскрипціи, и эта инскрипція играетъ здѣсь большую роль, нежели транскрипція при приобрѣтеніи другихъ вещныхъ правъ. Безъ инскрипціи въ книгу ипотека недѣйствительна по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ безъ исключенія, т. е. даже по отношенію къ личнымъ кредиторамъ должника. Лишь между сторонами (залогодателемъ и залогопринимателемъ) она производитъ юридическое дѣйствіе независимо отъ записи. Другими словами: свое объективное существованіе, существованіе во внѣ, ипотека получаетъ лишь съ момента записи. Исключительно этимъ моментомъ опредѣляется ея старшинство по отношенію къ другимъ гипотекамъ—записанная раньше является старшей независимо отъ времени возникновенія ея между сторонами. Записи подлежатъ какъ договорныя, такъ законныя и судебныя ипотеки, причѣмъ первыя изъ нихъ спеціальны, т. е. могутъ поражать только опредѣленную недвижимость и въ опредѣленной суммѣ, вторыя же—генеральныя—могутъ быть записаны на всѣ недвижимости, принадлежащая должнику въ настоящемъ и могущія принадлежать ему въ будущемъ.

¹⁾ Code civil говоритъ о привилегіяхъ и гипотекахъ. Привилегія есть свойство извѣстныхъ правъ требованія, состоящее въ томъ, что привилегированный кредиторъ предпочитается всѣмъ прочимъ кредиторамъ, не исключая гипотечныхъ (ст. 2095). Благодаря тому, что привилегіи получаютъ дѣйствіе лишь съ момента записи ихъ въ гипотечный реестръ, онѣ въ сущности суть лишь видъ ипотеки, отъ которой мало чѣмъ отличаются.

Для ряда гипотекъ Code civil отступаетъ, однако, отъ вышеизложеннаго начала публичности. Эти гипотеки дѣйствительны (и по отношенію къ третьимъ лицамъ) независимо отъ ихъ записи, хотя кодексъ принимаетъ мѣры, чтобы и онѣ были записаны. Таковы, прежде всего, ипотека жены на недвижимое имущество мужа по поводу приданого, ипотека малолѣтнихъ и недѣеспособныхъ на имущество опекуновъ по поводу управленія ихъ дѣлами. Законъ 1855 г. ввелъ здѣсь нѣкоторое ограниченіе: послѣ прекращенія брака или недѣеспособности эти гипотеки сохраняютъ безъ записи свою силу по отношенію къ третьимъ лицамъ лишь втеченіе года. Затѣмъ, дѣйствительна безъ записи и ипотека (привилегія) продавца недвижимости въ размѣрѣ недополученной за продажу суммы, если продажа транскрибирована. Въ такомъ же положеніи и нѣкоторыя другія маловажныя привилегіи.

IV.

Французская вотчинно-ипотечная система получила чрезвычайное распространеніе. Она принята, отчасти съ нѣкоторыми измѣненіями, въ цѣломъ рядѣ странъ: въ Бельгіи, Голландіи, Италіи, Испаніи, Греціи и др. Но недостаточность ея можетъ считаться въ настоящее время общепризнанной.

Преобладающее значеніе во французской системѣ принадлежитъ гипотекѣ. Не обезпеченіе всего поземельнаго оборота, а интересы реального кредита имѣются, главнымъ образомъ, въ виду. Французская система есть ипотечная система par excellence, и законъ 1855 г. о транскрипціи измѣнилъ въ этомъ очень мало. Отсюда большее развитіе начала публичности по отношенію къ гипотекѣ, отсюда же—принципиальная необязательность транскрипціи при передачѣ другихъ вещныхъ правъ. Транскрипція—факультативна, и хотя несовершеніе ея сопряжено съ опасностями для пріобрѣтателя, тѣмъ не менѣе мы видимъ, что въ громадномъ числѣ случаевъ она не совершается (въ началѣ девятисотыхъ годовъ по крайней мѣрѣ 25% всѣхъ переходовъ собственности не было транскрибировано). Такимъ образомъ, гласность всѣхъ случаевъ

перехода собственности, хотя бы только по сдѣлкамъ между живыми, не была достигнута и послѣ закона 1885 г.

Въ связи съ этимъ стоитъ и то обстоятельство, что не всякое третье лицо можетъ сослаться на отсутствіе транскрипціи. Кругъ лицъ, которыхъ защищаетъ французскій законъ, очень ограниченъ—это лишь записанные пріобрѣтатели вещныхъ правъ на недвижимость. Только въ пользу ихъ книга вооружена публичной достовѣрностью. Остальныя же лица полагаться и сослаться на книгу отнюдь не могутъ.

Если начало публичной достовѣрности мало развито во французской системѣ, то и формальная публичность сдѣлокъ проведена здѣсь въ очень ограниченномъ объемѣ.

Рядъ случаевъ перехода и установленія правъ совершенно изъятъ изъ-подъ дѣйствія публичнаго режима. Переходъ вещныхъ правъ по наслѣдству, установленіе сервитутовъ и другихъ вещныхъ правъ по завѣщанію, рѣшенія, аннулирующія уже совершившійся переходъ права, наконецъ, даже нѣкоторыя изъ гипотекъ—не подлежатъ обязательной записи, т. е. являются тайными по отношенію къ пріобрѣтателю имѣнія или залогопринимателю. Пріобрѣтая имѣніе, являющееся по книгамъ совершенно чистымъ, или давая деньги подъ залогъ такого имѣнія, пріобрѣтатель или залогоприниматель можетъ очутиться лицомъ къ лицу съ такими обременяющими имѣніе, но не записанными правами, которыя совершенно обезцѣниваютъ имѣніе.—Никакихъ предосторожностей противъ этого принять онъ не въ состояніи.

Но публичность даже тѣхъ актовъ, которые подлежатъ записи, достигается во французской системѣ, благодаря ея техническимъ недостаткамъ, не въ надлежащей степени. Книги ведутся по личной системѣ. Чтобы установить всѣ права и ипотеки, лежащія на данномъ имѣніи, необходимо знать послѣдовательно имена всѣхъ собственниковъ этого имѣнія. Пропускъ одного имени грозитъ пріобрѣтателю, что пріобрѣтенное имъ имѣніе окажется обремененнымъ неизвѣстной ему ипотекой. Нѣкоторымъ коррективомъ къ этому является, правда, постановленіе Code civil, въ силу котораго ипотека, не будучи переписанной, теряетъ свою силу по истеченіи десяти лѣтъ (ст. 2154).

Наконецъ, въ томъ же направленіи дѣйствуетъ и недостаточное послѣдовательное осуществленіе начала специальности по отношеніи къ ипотекамъ. Существованіе генеральныхъ гипотекъ, обнимающихъ все наличное и будущее недвижимое имущество должника, является серьезнѣйшимъ препятствіемъ для достиженія основной цѣли всей вотчинной системы—легкой обозримости всѣхъ правоотношеній, касающихся даннаго участка.

Все это вмѣстѣ взятое ведетъ къ тому, что французская система отнюдь не даетъ поземельному обороту надлежащей обеспеченности и устойчивости. Она была достаточна, пока дѣло шло исключительно о поземельномъ кредитѣ. Ея полная недостаточность обнаружилась, какъ только земля оказалась вовлеченной въ оборотъ, въ качествѣ объекта повседневнаго обмѣна. Французская система есть въ этомъ смыслѣ система прошлаго, система отжившая.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Развитіе публичныхъ формъ поземельнаго оборота въ законодательствахъ германскаго типа ¹⁾.

I. Историческій очеркъ. II. Современное право Германіи и Швейцаріи: Формальное вотчинное право. III. Матеріальное вотчинное право. IV. Формы реального кредита въ современномъ германскомъ правѣ. V. Значеніе германской вотчинной системы и ея вліяніе на способы приобрѣтенія вещныхъ правъ.

I.

Общее разстройство поземельнаго оборота, наблюдаемое въ первые вѣка новаго времени повсемѣстно въ Западной Европѣ, принимаетъ въ Германіи особо рѣзкія формы подъ вліяніемъ экономическаго кризиса, вызваннаго тридцатилѣтней войной. Разореніе сельскаго хозяйства и крайняя нужда въ деньгахъ дѣлали особенно острой потребность въ реальномъ кредитѣ и особенно ошутительной—шаткость и необеспеченность этого послѣдняго. На устраненіе этой необеспеченности и направляется прежде всего новое движеніе въ области поземельнаго законодательства: эту цѣль прямо намѣчаютъ мотивы къ первому законодательному акту въ этой области (эд. 1693 г.). Во главѣ движенія идетъ Пруссія. Ея

¹⁾ Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht 3 изд. т. II стр. 91—176; Gierke, Deutsches Privatrecht т. II стр. 281—347; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts т. II (1905) стр. 256—428; Dernburg, Das bürgerliche Recht т. III (1904) стр. 93—164; Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, т. II (1909) стр. 62—128; Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки §§ 29—39; 71—76; Кассо, Понятіе о залогѣ, 1898 г., гл. II и III; Фрейтагъ-Лоринговень, Система залоговыхъ правъ по проекту вотчиннаго устава, Юрид. Записки, 1911 г. стр. 50—59.

законодательство остается до конца определяющим для всего германского праворазвития.

Основная идея и здесь заимствуется из средневекового права. Первая попытка в этой области — эдикт 1693 г. — прямо говорит о режиме „старого города Кельна“.

Вотчинные книги, издавна существовавшие в Кельне, этот эдикт делает обязательными для обеих резиденций — Берлина и Кельна. В эти книги должны быть занесены все недвижимости, причем каждой недвижимости отводится особый лист, т. е. применяется реальная система. Всякий акт перехода собственности подлежит записи в книгу — без этого он недействителен. Гипотеки также подлежат записи, и старшинство их определяется исключительно временем записи. Но публичной достоверностью книги не вооружены: если запись сделана неверно, третье лицо, положившееся на нее, все-таки не приобретает права.

Начала эдикта оказываются слишком радикальными для своего времени, и практическое осуществление он получает лишь в незначительной степени. При попытке же распространить его на всю Пруссию (1704 г.) противодействие, вызванное главным образом введением особой пошлины с вещных сделок, становится настолько сильным, что эдикт фактически отменяется.

Следующая затея мэроприятия — Ландрект 1721 г. и Гипотечный и Конкурсный Устав 1722 г. — не идут уже так далеко в смысле подчинения всех актов перехода вещных прав публичному режиму. Для нас важно отметить, что здесь впервые проводится начало местной записи, т. е. записи сделки по месту нахождения имения, и для этого судебным органам предписывается организовать вотчинно-гипотечные книги (Grund-und Hypothekenbücher) по всей Пруссии. Впервые же провозглашается и то начало, что лишь записанный собственник может обременять недвижимость ипотеками. Все это делается, как выражается закон, „в интересах реального кредита“.

Эти же интересы явились определяющими и при радикальной реформе, произведенной в области гипотечного права в конце XVIII ст. Непосредственным толчком к

реформе послужило возникновение в Пруссии во второй половине столетия общества взаимного земельного кредита. Они делают реформу гипотечного оборота настоятельно необходимой, и такая действительно осуществляется двумя законодательными актами: Общим Гипотечным Уставом 1783 г. и Прусским Ландректом 1794 г. Значение Гипотечного Устава 1783 г. главным образом в произведенной им реорганизации формальной стороны дела — вотчинных книг и способа их ведения. С него фактически датируется повсеместное открытие этих книг в Пруссии, причем созданный ими тип книг сохраняется, в общих чертах, до сих пор и принят теперь почти во всех германских вотчинных учреждениях. Гипотечный Устав приносит с собой еще другое нововведение, которое есть лишь отражение в нашей области господствующих тогда принципов полицейского государства. Это т. наз. начало легалитета. В соответствии с общей тенденцией того времени к опеке граждан, на чиновников возлагается обязанность проверять действительность сделки, которую стороны желают записать в книгу, исправлять ошибки и охранять совершающих сделку от неверных шагов.

Материальная сторона вотчинно-гипотечного права была разработана Гипотечным Уставом 1783 г. сравнительно слабо, и решающее слово принадлежит здесь Прусскому Ландреку 1794 г. Исходный момент для этого последнего — ипотека. По отношению к ней он выставляет принцип, который до тех пор нигде в новом праве не был проведен в таком чистом виде: ипотека возникает лишь путем записи ее в книгу; отныне из прусского права исчезает всякая незаписанная ипотека. Напротив, в вопросе о приобретении собственности Ландрект остается принципиально на точке зрения римского права — собственность переносится без записи в книгу, путем традиции. Рядом с этим он требует, однако, и записи в книгу¹⁾. Но эта запись не входит в состав

¹⁾ Для записи в книгу требуется облечение приобретательной сделки в судебную или нотариальную форму. С другой стороны, такой формальной сделки и без традиции достаточно для совершения записи.

приобрѣтательнаго акта, а есть лишь мѣра публичнаго порядка. На приобрѣтшаго собственность возлагается обязанность, подъ угрозой штрафа, совершить запись; кромѣ того, безъ такой записи собственникъ не можетъ обременять своей земли ипотеками. Такимъ образомъ, Прусскій Ландрехтъ даетъ здѣсь своеобразное сочетаніе началъ римскаго права съ учрежденіями германскаго права. Но главнымъ нововведеніемъ Ландрехта было провозглашеніе — опять таки впервые въ новомъ правѣ — начала публичной достовѣрности ипотечныхъ книгъ. Лицо, записанное въ книгу въ качествѣ собственника, разсматривается по отношенію ко всѣмъ добросовѣстнымъ третьимъ какъ истинный и единственный собственникъ. Кто приобрѣтаетъ добросовѣстно отъ такого записаннаго собственника, дѣйствительно получаетъ право, хотя бы самъ устанавливающий это право собственникомъ не былъ.

По той же колеѣ пошли и южно-германскія законодательства (Баварія—законъ 1822 г., Вюртембергъ—1825 г. Веймаръ и др.). Но здѣсь еще рѣзче былъ подчеркнутъ исключительно ипотечный характеръ новаго законодательства. Только ипотека подлежитъ записи въ ипотечныя книги (*Hypothekenbücher*), которыя ведутся исключительно ради ипотекъ. Собственность переносится совершенно независимо отъ записи. Запись нужна лишь для того, кто пожелалъ бы установить на свое имущество ипотеку, ибо установить ипотеку можетъ только записанный собственникъ и только путемъ записи. Для приобрѣтенія же собственности запись не имѣетъ никакого значенія. Въ соотвѣтствіи съ этимъ публичная достовѣрность книги охраняетъ лишь ипотечный оборотъ, не касаясь совершенно другихъ сторонъ оборота.

До сихъ поръ центромъ тяжести всего движенія являлся реальный кредитъ. Обезпеченіе его, установленіе публичныхъ формъ для ипотекъ было непосредственной цѣлью всѣхъ законодательныхъ мѣропріятій. Но во второй половинѣ XIX ст. мы замѣчаемъ поворотъ въ законодательной политикѣ: на новыхъ принципахъ начинаютъ перестраивать весь поземельный оборотъ, во всѣхъ его

проявленіяхъ¹⁾. Свое законченное выраженіе это новое движеніе получаетъ въ двухъ прусскихъ законахъ отъ 5 мая 1872 г. Одинъ изъ нихъ касается веденія книгъ. Онъ предписываетъ, чтобы для cadastralнаго участка отводился въ вотчинной книгѣ особый листъ; главное же, онъ устанавливаетъ связь между вотчинными и кадастровыми книгами. Описаніе участка въ вотчинной книгѣ заимствуется отнынѣ изъ официального указателя (*Flurbuch, Lagerbuch, Kataster*), основаннаго на точныхъ землемѣрныхъ данныхъ²⁾.

Еще существеннѣе для насъ измѣненія, внесенныя законами 1872 г. въ матеріальное право вотчинныхъ книгъ.

То начало, которое Ландрехтъ установилъ для ипотеки, законъ 1872 г. распространяетъ на собственность: отнынѣ собственность приобрѣтается по сдѣлкамъ между живыми лишь путемъ записи въ книгу, причемъ эта запись должна опираться на особый актъ отчужденія, который законъ 1872 г. называетъ старо-германскимъ словомъ *Auflassung*. Эта *Auflassung* и запись не являются двумя раздѣльными актами, а мыслятся какъ единое цѣлое. Прусское право подчиняетъ, такимъ образомъ, приобрѣтеніе собственности публичному режиму, усваивая идею средневѣковаго германскаго права. Но предѣлы примѣненія записи здѣсь шире, нежели приобрѣтеніе по сдѣлкамъ между живыми. И тѣ, кто приобрѣтаетъ собственность какимъ либо инымъ путемъ, напр., по наслѣдованію или въ силу экспроприаціи, обязанъ совершить запись—до такого совершенія онъ не можетъ распоряжаться своимъ имѣніемъ, отчуждать или обременять его.—Точно такъ же лишь путемъ записи въ книгу возникаетъ и залоговое право. Законъ 1872 г. создаетъ рядомъ съ ипотекой еще особый видъ залоговаго права—вотчинный долгъ (*Grundschuld*), который совершенно независимъ отъ всякаго личнаго обязательства, обременяя исключительно имѣніе.—Напротивъ, для остальныхъ вещныхъ правъ (реальныхъ сервитутовъ и др.) законъ 1872 г. принципиально не вводитъ въ такой степени

¹⁾ Такъ, законы Гессенъ-Дармштатск. 1852 г. и 1858 г., Сакс. Гражд. Ул. 1863 г., Гамбургскій зак. 1868 г., Любекскій 1880 г. и мн. др.

²⁾ Впервые связь вотчинныхъ и кадастровыхъ книгъ была установлена въ Саксоніи.

публичнаго режима. Эти права возникаютъ безъ записи. Но и здѣсь запись необходима для того, чтобы можно было противопоставлять эти права третьимъ лицамъ. Безъ такой записи они недействительны противъ третьихъ лицъ, приобретающихъ на имѣніе собственность или какое либо иное вещное право.

Такимъ образомъ, прусскіе законы 1872 г. нормируютъ болѣе или менѣе однообразно весь вотчинный оборотъ; въ интересахъ обезпеченія этого оборота они подчиняютъ публичному режиму не только установленіе залога, но и передачу собственности и, до известной степени, установленіе другихъ вещныхъ правъ. Отнынѣ гипотечныя книги превращаются въ вотчинныя книги (Grundbücher)¹⁾. Если раньше онѣ были предназначены для выясненія отношеній имѣнія только по залогу, то теперь ихъ задача—сдѣлать наглядными, обозримыми для третьихъ лицъ всѣ юридическія отношенія даннаго имѣнія, всѣ вещныя права, затрагивающія его. Прежнее гипотечное право превращается нынѣ въ вотчинное право.

Прусскіе законы 1872 г. послужили образцомъ для всего новаго европейскаго законодательства. Выраженныя здѣсь идеи легли въ основу новѣйшихъ кодификацій—германской 1896—1897 гг. и швейцарской 1907 г. Такъ какъ эти же идеи явились опредѣляющими при составленіи проектовъ вотчиннаго устава у насъ, то на изложеніи ихъ, въ томъ видѣ, въ какомъ онѣ выразились въ современномъ германскомъ и швейцарскомъ правѣ, надлежитъ остановиться съ большей обстоятельностью.

II.

Вотчинное право Германіи нормируется въ настоящее время Гражданскимъ Уложеніемъ Германской Имперіи 1896 г. и Вотчиннымъ Уставомъ (Grundbuchordnung) 24 марта 1897 г. Этотъ послѣдній касается формальной стороны вотчинной системы: организациі установленій, на обязанности которыхъ лежитъ веденіе книгъ, организациі самихъ книгъ и способа веденія ихъ, въ особенности тѣхъ формальныхъ предполо-

¹⁾ Этотъ терминъ и употребляется въ законахъ 1872 г.

женій, которыми обуславливается запись права въ книгу (т. наз. формальное вотчинное право). Гражданское Уложеніе занимается въ соответствующихъ параграфахъ (§§ 873—902) матеріальными условіями, опредѣляющими переходъ и установленіе вещныхъ правъ на недвижимое имущество, т. е. тѣмъ, что принято называть матеріальнымъ вотчиннымъ правомъ.—Швейцарское Гражданское Уложеніе 1907 г. излагаетъ вотчинное право въ ст. 942—977. Кантональному законодательству предоставлена лишь организациа вотчинныхъ установленій, и то подъ контролемъ Союзнаго Совѣта. Послѣднему принадлежитъ также право опредѣлять способъ веденія вотчинныхъ книгъ и контролировать вотчинныя установленія.

Основные черты формальнаго вотчиннаго права сводятся къ слѣдующимъ пунктамъ¹⁾.

Какъ Германское, такъ и Швейцарское Уложенія исходятъ изъ предположенія, что всѣ земельныя участки должны быть занесены въ книги. Веденіе книгъ возлагается на вотчинныя установленія. Кто фигурируетъ въ качествѣ такихъ установленій, опредѣляетъ партикулярное законодательство. Въ большинствѣ германскихъ государствъ эти функціи выполняютъ низшія судебныя учрежденія (Amtsgerichte). Но въ нѣкоторыхъ государствахъ веденіе книгъ находится въ рукахъ особыхъ государственныхъ или общинныхъ органовъ (Вюртембергъ, Бадень). Особыя вотчинныя установленія предусмотрены и въ Швейцаріи.

Вотчинныя книги ведутся по округамъ. Всѣ участки даннаго округа должны быть записаны въ вотчинную книгу, причемъ каждый изъ нихъ долженъ быть обозначенъ въ книгѣ такъ, чтобы опредѣленіе его реальнаго мѣстоположенія было по возможности облегчено. Другими словами: такъ какъ занесенный въ книгу земельный участокъ въ качествѣ такового является объектомъ гражданскихъ правъ, то представляется чрезвычайно важнымъ установить точно его реальныя отношенія—его положеніе, его величину и т. д. Этой

¹⁾ Германскій Вотч. Уст. опредѣляетъ организацию вотчинныхъ установленій и книгъ лишь въ общихъ чертахъ. Частности предоставлены законодательству отдѣльныхъ германскихъ государствъ.

цѣли служить связь вотчинной книги съ официальными кадастровыми данными. Обозначенные въ официальном указателѣ, основанномъ на земельныхъ съемкахъ, признаки участка являются опредѣляющими и для вотчинной книги — этими признаками участокъ и обозначается въ книгѣ ¹⁾.

Для обозримости всѣхъ правоотношеній даннаго участка необходимо, чтобы всѣ записи, касающіяся этихъ правоотношеній, были сосредоточены въ одномъ мѣстѣ. Въ виду этого для каждаго самостоятельнаго участка отводится особый листъ (Grundbuchblatt, feuillet du registre foncier ²⁾, т. наз. Realfolium, куда и заносятся всѣ касающіяся даннаго участка записи. Если участокъ дѣлится (напр., путемъ продажи) на нѣсколько самостоятельныхъ частей, то для каждой части отводится особый листъ. Съ другой стороны, два до сихъ поръ самостоятельные участка могутъ быть соединены въ одинъ (путемъ установленія новаго листа или внесенія въ уже существующій листъ одного изъ участковъ).—Рядомъ съ такимъ листомъ, отведеннымъ самостоятельному участку, законъ допускаетъ и установленіе общаго листа для нѣсколькихъ участковъ, принадлежащихъ одному собственнику ³⁾. Каждый изъ этихъ участковъ остается при этомъ самостоятельнымъ цѣлымъ.

Составъ листа различенъ въ различныхъ государствахъ Германіи. Для Пруссіи этотъ листъ имѣетъ теперь (съ 1899 г.) такой видъ: въ началѣ листа стоитъ характеристика участка, которая распадается на описаніе самаго участка, заимствованное изъ кадастровыхъ данныхъ, и перечисленіе

¹⁾ Связь вотчинныхъ книгъ съ кадастромъ устанавливаетъ и Швейц. Улож. (ст. 950). Но осуществлено это можетъ быть лишь съ теченіемъ времени, такъ какъ до сихъ поръ только немногіе кантоны (3) произвели у себя кадастрацію.

²⁾ Въ дѣйствительности, не листъ, а цѣлая тетрадь, состоящая изъ нѣсколькихъ страницъ по числу отдѣловъ (см. ниже).

³⁾ До сихъ поръ для такого общаго листа принято употреблять имя Realfolium. Названіе, вводящее въ заблужденіе, ибо по личной системѣ въ заголовкѣ листа обозначается только собственникъ, здѣсь же исходнымъ моментомъ остаются участки, которые и обозначаются въ заголовкѣ вмѣстѣ съ фамиліей собственника. Швейц. Улож. говоритъ въ данномъ случаѣ о коллективномъ листѣ.

связанныхъ съ собственностью правъ (напр., существующихъ въ пользу имѣнія сервитутовъ). Затѣмъ идутъ три отдѣла. Первый посвященъ собственнику. Здѣсь обозначается имя, мѣстожителство собственника, время и основаніе пріобрѣтенія собственности, время занесенія въ книгу и т. п. Всякое послѣдующее измѣненіе въ лицѣ собственника записывается въ этотъ отдѣлъ.—Второй отдѣлъ содержитъ перечисленіе вещныхъ обремененій и ограниченій (кромѣ залога): сервитутовъ, вотчинныхъ и другихъ повинностей, ограниченій въ правѣ распоряженія и т. п.—Третій отдѣлъ посвященъ исключительно отношеніямъ по залогу: ипотекамъ, вотчиннымъ и рентнымъ долгамъ ¹⁾.

Таковы, въ общемъ, тѣ книги, которыя призваны служить основой всего поземельнаго оборота. Для того, чтобы онѣ дѣйствительно выполняли это назначеніе, необходимо дать возможность каждому принимающему участіе въ этомъ оборотѣ знакомиться съ содержаніемъ книгъ. Ввиду этого, германское и швейцарское право выставляютъ принципъ, что вотчинныя книги публичны. Онѣ открыты для всякаго, кто укажетъ на свой законный интересъ въ ознакомленіи съ книгой. Требуется только указаніе, а не доказательство такого интереса. Публичность распространяется и на хранящіеся въ вотчинныхъ учрежденіяхъ документы.—Германскимъ партикулярнымъ законодательствамъ предоставляется расширять или суживать публичность книгъ ²⁾.

Что касается самой процедуры записи въ книгу, то, если оставить въ сторонѣ первоначальное занесеніе участка въ книгу, которое совершается самимъ вотчиннымъ установленіемъ ex officio, германское и швейцарское право исходятъ здѣсь изъ слѣдующаго основнаго положенія: всякая записъ въ книгу совершается лишь на основаніи согласія того лица, чье право затрагивается этой записью. Это т. наз. formelles Konsensprinzip (формальный принципъ согласія). Необходимое условіе при этомъ, чтобы

¹⁾ Очень близокъ къ этому и составъ швейцарскаго листа, какъ онъ намѣченъ въ ст. 946 Швейц. Ул.

²⁾ Въ Любекѣ и Гамбургѣ онѣ безусловно открыты для всякаго желающаго.

это лицо само было записано въ книгу въ качествѣ управомоченнаго. Такимъ образомъ достигается въ книгѣ непрерывная цѣль записей, изъ которыхъ каждая послѣдующая опирается на предыдущую. Безъ такого согласія управомоченнаго запись въ книгу, какъ правило, послѣдовать не можетъ. Если обязанный дать такое согласіе отказывается сдѣлать это, то онъ можетъ быть принужденъ къ тому путемъ иска: судебное рѣшеніе, присуждающее его къ выраженію подобнаго согласія, замѣняетъ самое согласіе.—Согласіе это или дается непосредственно предъ самимъ вотчиннымъ установленіемъ (въ протоколъ), или же должно быть засвидѣтельствовано въ публичномъ документѣ.—Не требуется согласія управомоченнаго лица для нѣкоторыхъ записей, совершаемыхъ по предложенію различныхъ государственныхъ органовъ (главнымъ образомъ, судебныхъ—опекунскаго суда, конкурснаго суда, исполнительныхъ судебныхъ органовъ и т. п. 1).

Такъ какъ запись въ книгу имѣетъ громадное матеріально-правовое значеніе, то законъ обязываетъ вотчинное установленіе производить провѣрку наличия законныхъ предположеній для такого внесенія. Другими словами, и современное право признаетъ принципъ легалитета. Но въ отличіе отъ „матеріальнаго легалитета“ Прусскаго Гипотечнаго Устава 1783 г., который обязывалъ гипотечныя учрежденія провѣрять матеріальную дѣйствительность юридической сдѣлки, лежащей въ основѣ записи, современное германское право возлагаетъ на вотчинныя установленія по преимуществу лишь провѣрку внѣшней, формальной законности волеизъявленія („формальный легалитетъ“). Вотчинное установленіе обязано провѣрить, наличность всѣхъ формальныхъ условій дѣйствительности согласія, какъ то, тождество лицъ, ихъ право-и дѣеспособность, отсутствіе закон-

1) Кромѣ того, въ нѣкоторыхъ, точно указанныхъ въ законѣ, случаяхъ, вотчинное установленіе можетъ самостоятельно, безъ согласія управомоченнаго, предпринимать исправленіе книгъ для приведенія ихъ въ соотвѣтствіе съ дѣйствительнымъ положеніемъ дѣла. Въ Швейцаріи исправленія (кромѣ простыхъ описокъ) могутъ быть совершены, безъ согласія управомоченнаго, лишь на основаніи судебного рѣшенія.

ныхъ препятствій, напр., ограниченій въ правѣ распоряженій и т. д., и, наконецъ, убѣдиться въ наличности согласія лица, права котораго затрагиваются записью. Дальше этого провѣрка въ германскомъ правѣ не идетъ: лежитъ ли въ основѣ этого согласія дѣйствительная юридическая сдѣлка—этотъ вопросъ вотчиннаго установленія не касается. Такимъ образомъ, согласіе управомоченнаго является не только необходимымъ условіемъ записи въ книгу, но и, въ большинствѣ случаевъ, достаточнымъ условіемъ. Лишь для перенесенія собственности (и установленія права застройки) по сдѣлкамъ между живыми сдѣлано исключеніе. Здѣсь вотчинное установленіе должно убѣдиться, что соглашеніе между сторонами (вещный договоръ, *Auflassung*) дѣйствительно состоялось. Болѣе широкое примѣненіе получилъ принципъ легалитета въ швейцарскомъ правѣ. Здѣсь установленіе обязано не только провѣрить всѣ формальныя условія, касающіяся личности распоряжающагося, его права на распоряженіе, но и убѣдиться, во всѣхъ случаяхъ, въ дѣйствительности сдѣлки, на которой основывается запись въ книгу,—именно, установить, что соблюдены всѣ формы, предписанныя для данной сдѣлки.

Однако, разъ внесеніе записи въ книгу, то послѣдствія его не зависятъ отъ наличности всѣхъ законныхъ условій. Хотя бы сторона была недѣеспособна, или запись не соотвѣтствовала соглашенію, или сдѣлка въ дѣйствительности совершена не была—все равно: до послѣдующаго исправленія публичная достовѣрность книги на нее такъ же распространяется, какъ и на вполне безпорочную запись—книга считается всегда вѣрной.

Въ силу этого дѣйствія чиновниковъ вотчинныхъ установленій могутъ подчасъ очень глубоко вторгаться въ сферу правъ частныхъ лицъ. Поэтому законъ принимаетъ мѣры для огражденія интересовъ этихъ лицъ. На всѣ постановленія и распоряженія вотчинныхъ установленій допускается жалоба въ судебныя установленія. Кромѣ того, поскольку нарушеніе чиновниками вотчинныхъ установленій своихъ обязанностей причиняетъ ущербъ частнымъ лицамъ, эти послѣднія могутъ искать возмѣщенія ущерба съ государства или тѣхъ общинъ, на службѣ у которыхъ эти чиновники состоятъ.

Въ общемъ итогѣ, въ основѣ формальнаго права въ германской вотчинной системѣ лежатъ слѣдующія начала:

1. Связь вотчинныхъ книгъ съ кадастровыми;
2. Реальная система веденія книгъ, при которой всѣ права, касающіяся даннаго имѣнія, сосредоточены на одномъ листѣ¹⁾;
3. Начало публичности книгъ для всякаго заинтересованнаго лица;
4. Формальный принципъ согласія, въ силу котораго всякая запись въ книгу совершается лишь на основаніи согласія лица, чье право затрагивается записью;
5. Наконецъ, начало легалитета; благодаря этому началу, вотчинное установленіе обязано провѣрять наличность формальныхъ условий допустимости и дѣйствительности записи.

III.

Матеріальное вотчинное право Германскаго и Швейцарскаго Уложеній примыкаетъ самымъ тѣснымъ образомъ къ прусскому закону 1872 г. Но основныя идеи проведены здѣсь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ еще послѣдовательнѣе. Эти основныя идеи могутъ быть сведены къ слѣдующимъ четыремъ пунктамъ:

1. Общимъ правиломъ является то положеніе, что всякое измѣненіе въ составѣ вещныхъ правъ, касающихся земельного участка, можетъ послѣдовать по сдѣлкамъ между живыми лишь на основаніи записи этого измѣненія въ книгу; одна только сдѣлка, безъ записи, такого измѣненія не порождаетъ. Это принципъ внесенія или вотчинной записи (Eintragungsprinzip) (§§ 873, 875, 877 Герм. Ул.; ст. 971 ср. 656, 731, 783, 799 Швейц. Ул.).

¹⁾ Изъ этого вытекаетъ начало спеціальности, благодаря которому всякое вещное право можетъ быть установлено исключительно лишь по отношенію къ опредѣленному имѣнію и въ опредѣленномъ объемѣ: генеральная ипотека здѣсь недопустима.

2. Изъ этого положенія дѣлается и логическій выводъ: изъ нѣсколькихъ сталкивающихся между собой записанныхъ правъ сильнѣе то, которое записано раньше (§ 879 Герм. Ул., ст. 972 Швейц. Ул.). Старшинство правъ опредѣляется временемъ записи (принципъ старшинства—Prioritätsprinzip¹⁾).

3. Если для порожденія, перенесенія или прекращенія вещнаго права одной сдѣлки недостаточно, то, съ другой стороны, недостаточно для этого и одной записи въ книгу. Чтобы внесеніе въ книгу дѣйствительно имѣло матеріальное дѣйствіе, необходимо, чтобы это внесеніе основывалось на соглашеніи сторонъ относительно измѣненія въ составѣ вещныхъ правъ, необходимъ вещный договоръ (начало соглашения—materielles Konsensprinzip). Лишь сочетаніе соглашения и записи въ книгу производитъ надлежащій вещно-правовой эффектъ (§§ 873, 877 Герм. Ул., ст. 965, 974 Швейц. Ул.).

4. Изъ требованія наличности этихъ двухъ условий вытекаетъ само собой, что содержаніе книги и юридическая дѣйствительность не всегда покрываютъ другъ друга, могутъ и расходиться между собой. Если матеріальная сдѣлка (соглашеніе) почему либо недѣйствительна или запись въ книгу послѣдовала по ошибкѣ, то между истиннымъ положеніемъ дѣла и книгой оказывается разнорѣчіе, вслѣдствіе котораго книга не можетъ уже служить достаточно надежнымъ базисомъ для оборота. Чтобы избѣжать этихъ опасныхъ для устойчивости оборота послѣдствій, придаютъ внесенію въ книгу извѣстное самостоятельное, независимое отъ наличности соглашения, значеніе: содержаніе книги, т. е. всѣ записи, считается правильнымъ по отношенію ко всѣмъ добросовѣстнымъ третьимъ лицамъ (начало публичной достовѣрности—Prinzip des öffentlichen Glaubens) (§§ 892, 893 Герм. Ул., ст. 973 Швейц. Ул.).

¹⁾ На основаніи договора старшинство правъ можетъ быть измѣнено: одинъ уступаетъ другому принадлежащее ему старшинство права. Такое измѣненіе должно быть занесено въ книгу. Если оно затрагиваетъ права третьихъ лицъ, необходимо ихъ согласіе.

Ad 1. По германской системѣ публичному режиму подчинены всѣ сдѣлки, касающіяся вещныхъ правъ на недвижимое имущество. Въ этомъ отношеніи оно уравниваетъ съ ипотекой, для которой раньше всего была установлена публичная форма, не только собственность, но и всѣ другія вещныя права, какъ то право застройки, вещное право предварительной покупки, сервитуты, вотчинныя повинности. Всѣ сдѣлки, такъ или иначе мѣняющія составъ этихъ вещныхъ правъ, подлежатъ записи въ книгу. Такъ, должна быть занесена въ книгу всякая сдѣлка, направленная на перенесеніе собственности на участокъ, отказъ отъ собственности, обремененіе участка какимъ-либо правомъ, перенесеніе такого права.

Но принципиально публичному режиму подчиненъ, по германской системѣ, лишь вотчинный оборотъ въ тѣсномъ смыслѣ слова. Тѣ измѣненія въ составѣ вещныхъ правъ, которыя опредѣляются не сдѣлками, занесенію въ книгу не подлежатъ. По наследству, въ силу брака (при общности имущества) или увеличенія доли въ общемъ имуществѣ и т. п. права на недвижимое имущество переходятъ совершенно независимо отъ записи въ книгу. Однако, до записи въ книгу управомоченный никакихъ распоряженій предпринимать не можетъ ¹⁾. Не требуется записи въ книгу и при принудительномъ отчужденіи и въ нѣкоторыхъ другихъ второстепенныхъ случаяхъ (напр., прекращеніе личныхъ сервитутовъ при отпадении субъекта, прекращеніе правъ на чужую вещь при наступленіи отмѣнительнаго условія или срока и т. д.).

Ad 3. Мы видѣли, что даже по отношенію къ актамъ, подчиненнымъ публичному режиму, запись въ книгу не имѣетъ значенія источника правоизмѣненія. Напротивъ, германское право становится принципиально на точку зрѣнія вещнаго договора. Для наступленія измѣненія въ составѣ вещныхъ правъ, касающихся даннаго участка, необходима

¹⁾ Принципиально Герм. Уложеніе не ставитъ дѣйствительность распоряженій въ зависимость отъ того, записано ли право управомоченнаго лица, или нѣтъ. Но фактически такая зависимость существуетъ, ибо до тѣхъ поръ пока самъ управомоченный не будетъ занесенъ въ книгу, и его распоряженія не могутъ быть занесены.

наличность извѣстныхъ матеріально-правовыхъ предположеній; прежде всего, для возникновенія или перенесенія вещнаго права необходимъ дѣйствительный вещный договоръ между сторонами. Германское и Швейцарское Уложенія не идутъ затѣми изъ партикулярныхъ законодательствъ (Саксонія, Любекъ, Гамбургъ, Мекленбургъ), которыя придавали записи въ книгу формальную юридическую силу, и въ которыхъ, благодаря этому, одной записи было достаточно для возникновенія или прекращенія права (такъ наз. принципъ формальной юридической силы книги — *Prinzip der formellen Rechtskraft*). Въ дѣйствующемъ германскомъ и швейцарскомъ правѣ запись въ книгу получаетъ значеніе не основанія измѣненія права, а лишь средства къ такому измѣненію. Она порождаетъ измѣненіе лишь при наличности дѣйствительной вещной сдѣлки и лишь на основѣ этой послѣдней. Безъ такой сдѣлки самое измѣненіе въ составѣ вещныхъ правъ не наступаетъ, несмотря на запись въ книгу.

Ad 4. Требуя для возникновенія вещнаго права на землю наличности двухъ моментовъ—матеріальнаго, сдѣлки, и форменнаго, записи,—германская система открываетъ тѣмъ самымъ возможность для разнорѣчія между содержаніемъ книги и реальнымъ положеніемъ дѣла. Но въ то же время она находитъ и средство парализовать проистекающую отсюда для оборота опасность. Средство это, какъ мы видѣли, въ томъ значеніи, которое придается здѣсь внесенію въ книгу какъ таковому ¹⁾.

А. Прежде всего, Германское Уложеніе выставляетъ предположеніе правильности вотчинной книги: если въ книгѣ за кѣмъ-либо записано право, то предполагается, что это право существуетъ; если право въ книгѣ погашено, то предполагается, что оно не существуетъ (§ 891). Это предположеніе, правда, всегда можетъ быть опровергнуто путемъ доказательства обратнаго. Но, благодаря ему, положеніе всякаго, кто опирается на книгу, становится особенно выгоднымъ: онъ избавленъ отъ доказательства того, о чемъ

¹⁾ Такъ какъ ученіе о публичной достовѣрности особенно подробно развито въ Герман. Уложеніи, то я и кладу это послѣднее въ основу своего изложенія.

свидѣтельствуеъ книга. Вся тяжесть доказательства падаетъ на другую сторону, которая опровергаетъ существованіе или несуществованіе права въ томъ видѣ, въ какомъ это отражено книгой ¹⁾. Кто занесенъ въ книгу въ качествѣ управомоченнаго, можетъ, впредь до доказательства обратнаго, предпринимать всѣ дѣйствія, вытекающія изъ этого положенія; въ особенности, онъ можетъ осуществлять въ процессуальномъ порядкѣ всѣ притязанія, связанныя съ его правомъ. Съ другой стороны, противъ него, какъ противъ управомоченнаго, могутъ быть направлены и всѣ притязанія ²⁾.

Б. Но одного укрѣпленія позиціи лица, опирающагося на книгу, въ процессѣ—еще мало для обезпеченія прочности оборота. Въ интересахъ этого оборота необходимо, чтобы всякій зналъ, что онъ безусловно можетъ довѣриться книгѣ, и если онъ ей довѣрится, то въ своемъ довѣрїи обмануть не будетъ. Сознаніе этой необходимости и заставило германское право пойти гораздо дальше простого предположенія правильности книги. Книга не только предполагается правильной впредь до доказательства обратнаго, но законъ постановляетъ, что для добросовѣстнаго третьяго лица содержаніе книги безусловно правильно и полно. Недостатки вещнаго права, которые не могутъ быть усмотрѣны изъ книги, этихъ третьихъ лицъ не касаются. Книгѣ придана, такимъ образомъ, публичная достовѣрность. Кто, довѣряя книгѣ, вступаетъ въ юридическія отношенія съ управомоченнымъ по книгѣ лицомъ, достигаетъ полного результата, соотвѣтствующаго содержанію книги, хотя бы это содержаніе не совпадало съ дѣйствительностью. Кто занесенъ въ книгу въ качествѣ собственника, разсматривается по отношенію къ добросовѣстному третьему, которому онъ переноситъ собственность или устанавливаетъ какое-либо право,

¹⁾ § 891 говоритъ лишь о существованіи или несуществованіи правъ, подлежащихъ занесенію въ книгу, другими словами, вещныхъ правъ. На остальное содержаніе книги это предположеніе не распространяется.

²⁾ Швейц. Уложеніе подобнаго постановленія не содержитъ. Но сущность дѣла отъ этого не мѣняется. Лицу записанному достаточно для своей легитимации сослаться на запись; кто оспариваетъ ее, долженъ привести доказательство неправильности записи—ср. ст. 975.

какъ дѣйствительный собственникъ, хотя бы онъ таковымъ не былъ. Если ипотека показана въ книгѣ какъ погашенная, то для новаго пріобрѣтателя земли или залогопринимателя она считается несуществующей, хотя бы погашеніе послѣдовало по ошибкѣ и т. д.

Принципъ публичной достовѣрности книги дѣйствуетъ лишь въ извѣстномъ объемѣ и при наличности извѣстныхъ условій. Прежде всего, законъ говоритъ о публичной достовѣрности лишь по отношенію къ содержанію книги (§ 892)¹⁾. Подъ содержаніемъ книги разумѣются заключающіяся въ книгѣ данныя объ юридическихъ отношеніяхъ участка, ибо только для выясненія этихъ отношеній и предназначается книга. На помѣщенныя въ книгѣ фактическія (кадастровыя) данныя (о размѣрѣ, составѣ, положеніи имѣнія и т. п.) публичная достовѣрность не распространяется. Такъ какъ вотчинная книга отражаетъ вещно-правовыя отношенія участка, то естественно, что публичная достовѣрность касается, главнымъ образомъ, только вещныхъ правъ: правъ, лежащихъ на участкѣ, правъ, обременяющихъ эти права, и ограничній въ правѣ распоряженія, установленныхъ въ пользу опредѣленнаго лица. Исключеніе сдѣлано лишь для обязательства, обезпеченнаго ипотекой ²⁾, — на такое обязательство публичная достовѣрность также распространяется (§§ 1138, 1157 Герм. Улож.; ст. 865 Швейц. Улож.).

Въ только что указанномъ объемѣ содержаніе книги считается, съ одной стороны, объективно правильнымъ, съ другой—полнымъ. Занесенныя въ книгу права принимаются дѣйствительно существующими въ томъ видѣ, т. е. въ томъ объемѣ и съ тѣмъ старшинствомъ, въ какомъ они занесены. Обратное: чего въ книгѣ нѣтъ, считается несуществующимъ, погашенное право — дѣйствительно прекратившимъ свое существованіе, незаписанныя ограниченія — несуществующими.

¹⁾ Такъ же по существу и Швейц. Улож., которое говоритъ о добросовѣстномъ пріобрѣтеніи вещныхъ правъ—ст. 973.

²⁾ Касается лишь т. наз. обыкновенной ипотеки. На обезпечивающую ипотеку (см. ниже) это не распространяется.

Кругъ лицъ, которыхъ защищаетъ публичная достовѣрность книги, опредѣленъ въ Германскомъ Уложении очень широко. Это всѣ лица, которыя, опираясь на книгу, приобретаютъ вещное право по сдѣлкамъ съ лицомъ, по книгѣ управомоченнымъ. Приобрѣтеніе не по сдѣлкамъ, а въ силу закона, по наслѣдству или по принудительному отчужденію, не охраняется публичной достовѣрностью книги.—Кромѣ этого, публичная достовѣрность установлена въ пользу того, кто, полагаясь на книгу, совершаетъ по отношенію къ занесенному въ книгу лицу платежи и иныя дѣйствія или заключаетъ съ нимъ другія сдѣлки, не заключающія въ себѣ приобретенія вещныхъ правъ (отказъ отъ правъ, уступка старшинства, измѣненіе содержанія и т. п.)¹⁾.

Но чтобы эти лица могли ссылаться на публичную достовѣрность книги, необходима наличность одного условія: необходимо, чтобы они были добросовѣстны, чтобы они не знали²⁾ о неправильности книги. Недобросовѣстность ихъ, ихъ знаніе, что содержаніе книги не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, исключаетъ для нихъ эту возможность. Но это знаніе только тогда исключаетъ публичную достовѣрность книги, когда оно налицо въ указанный въ законѣ моментъ. Такимъ моментомъ является при приобретеніи вещнаго права—моментъ подачи просьбы о внесеніи въ книгу³⁾, въ остальныхъ случаяхъ—моментъ совершенія дѣйствія или сдѣлки. Послѣдующая освѣдомленность о неправильности книгъ значенія не имѣетъ.

В. Но если публичная достовѣрность вотчинной книги призвана служить средствомъ противъ опасностей, проистекающихъ для оборота изъ возможной невѣрности книги, то въ

¹⁾ Уже въ Швейц. Улож., которое говоритъ только о лицахъ, приобретшихъ вещныя права на основаніи записи въ книгу—ст. 973.

²⁾ Хотя бы по своей собственной небрежности; вина ихъ здѣсь роли не играетъ. Иначе Швейц. Улож., въ ст. 974 исключаетъ публичную достовѣрность и для лицъ, которыя должны были знать порочность записи. Такимъ образомъ, здѣсь не могутъ ссылаться на публичную достовѣрность книги лица, которыя по своей небрежности просмотрѣли недостатки записи.

³⁾ Если соглашеніе имѣло мѣсто послѣ просьбы, моментъ соглашенія.

свою очередь она несетъ съ собою опасности для дѣйствительно управомоченнаго. Въ силу публичной достовѣрности книги этотъ управомоченный можетъ потерпѣть ущербъ, лишиться своего права, если лицо, неправильно занесенное въ книгу въ качествѣ управомоченнаго, распорядится участкомъ, пользуясь своимъ положеніемъ записаннаго управомоченнаго.—Для предупрежденія такой возможности германская вотчинная система даетъ въ руки истиннаго управомоченнаго два средства, объемъ и значеніе которыхъ, впрочемъ, различны.

Болѣе широкимъ средствомъ является право дѣйствительно управомоченнаго на исправленіе книги (§§ 894—898 Герм. Улож., ст. 975 и 977 Швейц. Улож.) Задача этого исправленія—привести содержаніе книги въ соотвѣтствіе съ истиннымъ положеніемъ дѣла и, такимъ образомъ, придать матеріальному праву полную силу и избавить истиннаго управомоченнаго отъ грозящихъ ему опасностей. Такъ какъ германская система центръ тяжести видитъ не въ записи въ книгу, а въ матеріальномъ возникновеніи права, то отсюда естественно вытекаетъ, что всякое право, опирающееся на достаточныя матеріально-правовыя основанія, въ себѣ самомъ несетъ притязаніе на соотвѣтственное изображеніе его въ вотчинной книгѣ. Право на исправленіе книги есть лишь одно изъ проявленій этого притязанія¹⁾. Это право на исправленіе принадлежитъ лишь тому, у кого уже есть вещное право, но это право не занесено въ книгу или занесено невѣрно или обременено несуществующими ограниченіями. Напротивъ, тотъ, кто имѣетъ лишь притязаніе на приобретеніе вещнаго права, но самаго права еще не приобрѣлъ, не можетъ требовать исправленія книги, ибо его право еще не возникло, и слѣдовательно книга не является невѣрной. Точно такъ же нѣтъ основанія для исправленія книги, когда налицо лишь притязаніе на прекращеніе вещнаго права, но самое вещное право еще существуетъ. Съ другой стороны, всякій, чье вещное право затронуто невѣрностью книги, можетъ требовать ея исправленія, напр., и гипотечный кредиторъ,

¹⁾ Какъ одно изъ проявленій вещнаго права, оно само носитъ вещно-правовой характеръ.

старшинство которого нарушено неправильнымъ занесеніемъ другой гипетeki. Право это погасительной давности не подлежитъ.

Какъ всякая запись въ книгу, и исправленіе этой послѣдней должно опираться на согласіе лица, чье право затрагивается исправленіемъ книги. Противъ этого лица и предоставляетъ законъ притязаніе на исправленіе. Если лицо это не пожелаетъ дать своего согласія, то его можно принудить къ тому судебнымъ порядкомъ.

Но исправленіе книги, особенно, если это связано съ процессомъ противъ лица, обязаннаго дать свое согласіе на исправленіе, требуетъ много времени, въ теченіе котораго публичная достовѣрность книги продолжаетъ грозить управомоченному потерей права. Чтобы помочь дѣлу въ этомъ отношеніи, законъ устанавливаетъ такъ наз. протестацію (Widerspruch) (§ 899 Герм. Улож., ст. 961 Швейц. Улож., гдѣ этому институту дано другое имя). Вносится она въ книгу или на основаніи согласія лица, право котораго затрагивается этимъ, или же въ силу предварительнаго распоряженія суда, для котораго не требуется даже доказательствъ наличности опасности и добиться котораго поэтому можно втеченіе очень короткаго времени. И эта протестація служитъ лишь для обезпеченія уже приобретенныхъ вещныхъ правъ, стоящихъ въ противорѣчьи съ содержаніемъ книги.—Значеніе протестаціи въ томъ, что она дѣлаетъ невозможной ссылку на публичную достовѣрность книги, такъ какъ сообщаетъ каждому о неправильности книги, исключая тѣмъ самымъ его добросовѣстность. Но самой книги она не закрываетъ: она не лишаетъ лицо, которое записано въ книгу, возможности распоряжаться участкомъ: если окажется потомъ, что протестація была невѣрна и книга вполне правильна, то всѣ распоряженія записаннаго управомоченнаго имѣютъ полную силу.—Погашается протестація или на основаніи согласія лица, обезпеченнаго протестаціей, или въ силу судебного рѣшенія, уничтожающаго предварительное распоряженіе о внесеніи протестаціи.

Г. Рядомъ съ протестаціей германская система знаетъ еще одну отмѣтку въ книгѣ, такъ наз. предварительную

отмѣтку (Vormerkung) (§§ 883—888 Герм. Улож., ст. 959 ср. 681, 683, 814 ч. 3 Швейц. Улож.). Но функція ея совершенно другія, нежели исправленія книги или протестаціи. Она предназначена служить для обезпеченія личнаго (обязательственнаго) права требованія на установленіе или уничтоженіе вещнаго права, на измѣненіе содержанія вещнаго права, на измѣненіе старшинства права. Если кто-либо имѣетъ такое право требованія по отношенію къ вещно-управомоченному, то распоряженіе своимъ правомъ со стороны этого управомоченнаго нарушаетъ его обязательственное право. Чтобы обезпечить его, и введена предварительная отмѣтка. Благодаря ей, всякій актъ, совершенный вещно-управомоченнымъ послѣ внесенія отмѣтки въ книгу, недействителенъ, поскольку имъ нарушается притязаніе, обезпеченное отмѣткой. Сверхъ того, время записи отмѣтки опредѣляетъ старшинство вещнаго права, на установленіе котораго направлено притязаніе. Другими словами, отмѣтка придаетъ обязательству вещное дѣйствіе. Она вооружаетъ обязательственное право вещной защитой, не превращая его, однако, въ вещное право¹⁾. Въ то же время по отношенію къ ней мы видимъ отступленіе отъ того принципа, что книги предназначены служить лишь для выясненія вещныхъ правоотношеній участка. Въ притязаніяхъ, обезпеченныхъ предварительной отмѣткой, мы имѣемъ группу обязательственныхъ правъ, пользующихся вещной защитой и отражающихся въ вотчинной книгѣ.

Внесеніе отмѣтки въ книгу совершается также на основаніи согласія лица, право котораго затрагивается отмѣткой, или на основаніи предварительнаго распоряженія суда.—Погашается же она вмѣстѣ съ прекращеніемъ обезпеченнаго ею притязанія.

¹⁾ Мы имѣемъ здѣсь одно изъ проявленій категоріи, извѣстной средне-вѣковому германскому праву и долго сохранявшейся въ партикулярныхъ правахъ, напр., прусскимъ—*jura ad rem*, права къ вещи (въ отличіе отъ вещныхъ правъ, правъ на вещи).

IV ¹⁾.

Если во всѣхъ построенияхъ германской вотчинной системы, касающихся установления и перенесенія вещныхъ правъ вообще, главное вниманіе направлено на обезпеченіе оборота, то по отношенію къ формамъ реального кредита германское право ставитъ себѣ и другую цѣль: облегчить этотъ кредитъ не только путемъ его обезпеченія, но и путемъ упрощенія его формъ, въ особенности же—путемъ увеличенія оборотоспособности нѣкоторыхъ изъ этихъ формъ.

Стараясь удовлетворить разнообразныя практическія потребности, Германское Гражданское Уложеніе усваиваетъ рядомъ со старой ипотекой и другія, новыя формы реального кредита.

По существу своему всѣ эти формы одинаковы: всѣ онѣ даютъ управомоченному право на полученіе, при наличности извѣстныхъ условій, опредѣленной денежной суммы изъ земельного участка, т. е. изъ полученныхъ, при помощи принудительнаго исполненія, дохода отъ участка или выручки отъ его продажи. Одинаковы онѣ и по отношенію къ формальнымъ условіямъ своего существованія: всѣ онѣ безусловно публичны, всѣ возникаютъ лишь путемъ записи въ книгу ²⁾. Никакихъ тайныхъ гипотекъ Германское Уложеніе не знаетъ ³⁾. Всѣ онѣ, далѣе, спеціальны, т. е. могутъ быть установлены лишь на опредѣленный участокъ и въ размѣрѣ опредѣленной суммы.

Но онѣ различаются по своему отношенію къ обязательству, для обезпеченія котораго онѣ должны служить. Въ

¹⁾ И здѣсь я въ основу изложенія кладу Германское Уложеніе, дающее наиболѣе подробную разработку формъ реального кредита.

²⁾ Даже законная ипотека, предусматриваемая § 648—въ пользу строителя-подрядчика—требуетъ для своего возникновенія записи. Исключеніемъ до извѣстной степени является лишь возникновеніе ипотеки на землю по § 1287 Ул. въ пользу кредитора, у котораго было заложено залоговое право.

³⁾ Иначе Швейц. Улож., которое знаетъ рядъ законныхъ гипотекъ—ст. 836 и 837,—причемъ нѣкоторыя изъ нихъ дѣйствительны независимо отъ записи.

этомъ отношеніи германское право знаетъ два вида: ипотеку (Hypothek) и вотчинный долгъ (Grundschuld). Первая (§§ 1113—1190) неразрывно связана съ обязательственнымъ правомъ требованія, предполагаетъ его существованіе, другими словами, носить акцессорный, дополнительный характеръ. Она предназначена служить для обезпеченія личнаго требованія, которое является законнымъ условіемъ ея существованія. Вотчинный долгъ (§§ 1191—1198) есть, напротивъ, совершенно самостоятельное, независимое отъ личнаго требованія, обремененіе имѣнія. Онъ возникаетъ и существуетъ помимо личнаго права требованія и ставитъ кредитора въ непосредственное отношеніе къ участку; въ силу этого отношенія кредиторъ имѣетъ право на полученіе изъ участка извѣстной денежной суммы. Лишь подвидомъ вотчиннаго долга является рентный долгъ (Rentenschuld—§§ 1199—1203), при которомъ кредиторъ имѣетъ право на полученіе въ періодическіе сроки извѣстной денежной суммы (ренты). При этомъ всегда должна быть указана сумма, уплатой которой можетъ быть погашенъ рентный долгъ.

Въ свою очередь, и ипотека не всегда стоитъ въ одинаковомъ отношеніи къ праву требованія. И здѣсь надо различать два вида. Нормальная, обыкновенная, или, какъ ее иногда называютъ, оборотная ипотека (Verkehrshypothek), хотя принципиально считается акцессорной, но фактически представляется главнымъ, основнымъ правомъ, при которомъ обязательственное право требованія носить уже акцессорный характеръ. Существованіе ея служитъ доказательствомъ наличности и высоты права требованія. На это требованіе распространяется публичная достовѣрность книги: кто приобрѣтаетъ добросовѣстно ипотеку, приобрѣтаетъ и право требованія противъ должника, и ему не могутъ быть противопоставлены недостатки права требованія, которыхъ онъ не могъ усмотрѣть изъ книги. Наконецъ, такая ипотека можетъ сохранить свое существованіе и послѣ прекращенія права требованія, причемъ она превращается въ вотчинный долгъ (т. наз. залоговое право собственника). Второй видъ ипотеки—это т. наз. обезпечивающая ипотека (Sicherungshypothek). Она носитъ совершенно акцессорный харак-

теръ, ея существованіе и размѣръ опредѣляются исключительно по личному требованію, и ея наличность не служитъ доказательствомъ наличности долга. Во всемъ она тѣсно и неразрывно связана съ правомъ требованія.

Такимъ образомъ, по степени связи съ правомъ требованія различныя формы залогового права, извѣстныя Германскому Уложенію, могутъ быть расположены въ слѣдующей послѣдовательности: обеспечивающая ипотека, обыкновенная ипотека, вотчинный долгъ (включительно съ рентнымъ долгомъ).

Различаются между собой разныя формы реального кредита и по степени своей оборотоспособности. Въ этомъ отношеніи наименьшей подвижностью отличается обеспечивающая ипотека. Ея передача можетъ совершаться лишь путемъ соглашенія объ уступкѣ права требованія, сопровождаемаго соотвѣтствующей записью въ вотчинной книгѣ¹⁾. Напротивъ, способъ передачи обыкновенной ипотеки зависитъ отъ того, съ какой изъ двухъ ея формъ мы имѣемъ дѣло. Нормально установленіе такой обыкновенной (оборотной) ипотеки сопровождается выдачей особаго гипотечнаго свидѣтельства (Hypothekenbrief, отчего эта форма называется—Briefhypothek, ипотека со свидѣтельствомъ). Передача такой ипотеки со свидѣтельствомъ совершается путемъ неформальнаго письменнаго заявленія объ уступкѣ въ связи съ передачей гипотечнаго свидѣтельства. При этомъ письменное заявленіе объ уступкѣ можетъ быть замѣнено записью уступки въ вотчинную книгу.—Но иногда соглашеніемъ собственника и залогопринимателя можетъ быть установлено, что гипотечное свидѣтельство не должно быть выдаваемо. Тогда мы будемъ имѣть т. наз. книжную ипотеку (Buchhypothek). Для уступки этой книжной ипотеки приняты тѣ же формы, что и для обеспечивающей: соглашеніе объ уступкѣ, которое непременно должно быть занесено въ вотчинную книгу.—Наконецъ, по отношенію къ вотчинному долгу нормальнымъ случаемъ является выдача одновременно

¹⁾ Исключеніе сдѣлано лишь для ипотеки, обеспечивающей облигаціи на предъявителя (§ 1187).

съ установленіемъ долга вотчинно-долгового свидѣтельства (Grundschuldbrief); но и здѣсь стороны могутъ отказаться отъ такого свидѣтельства. Передача вотчиннаго долга со свидѣтельствомъ или безъ такового совершается по аналогіи съ соотвѣтствующими формами оборотной ипотеки. Но для вотчиннаго долга законодательство идетъ еще дальше: оно постановляетъ, что вотчинно-долговое свидѣтельство можетъ быть выдано на предъявителя. Это будетъ обыкновенная бумага на предъявителя, и тогда для передачи вотчиннаго долга достаточно простой передачи свидѣтельства. Здѣсь оборотоспособность достигаетъ своего наивысшаго развитія: въ вотчинномъ оборотѣ появляется своего рода „земельный вексель“.

Что касается Швейц. Улож., то оно знаетъ лишь три формы залога. Первая—hypothèque, Grundpfandverschreibung (ст. 824—841)—соотвѣтствуетъ приблизительно обеспечивающей ипотекаѣ германскаго права. Вторая—cédule hypothécaire, Schuldbrief (ст. 842—846)—формально также, подобно германской оборотной ипотекаѣ, является акцессорнымъ правомъ, но въ сущности отодвигаетъ личное требованіе на задній планъ; по формѣ она приближается къ германской ипотекаѣ со свидѣтельствомъ. Наконецъ, третья форма—lettre de rente, Gült (ст. 847—853),—является своеобразной фигурой, какъ по своему историческому происхожденію, такъ и по существу ближе всего подходящей къ германскому рентному долгу.—Двѣ послѣднія формы предполагаютъ непременно наличность свидѣтельства, которое можетъ быть именное и на предъявителя (ст. 859—874).

V.

Изображенная нами германская вотчинная система является на континентѣ Европы послѣднимъ словомъ новаго движенія въ области поземельнаго оборота. Она послѣдовательно и выдержанно перестраиваетъ на новыхъ началахъ весь оборотъ съ землей. Принципу публичности она неукоснительно подчиняетъ всѣ сдѣлки, касающіяся вещныхъ правъ на недвижимыя имущества. Съ старыми традиціями,

на первый планъ выдвигавшими реальный кредитъ, гипотеку, она рѣшительно порываетъ. Благодаря этому, вотчинная книга при нормальныхъ условіяхъ даетъ здѣсь вѣрную картину всѣхъ вещныхъ правоотношеній, касающихся даннаго участка. Невидимая по своей сущности права становятся видимыми, и достигается та ясность правоотношеній, которая является необходимымъ условіемъ безопасности оборота. Реальная система веденія книгъ позволяетъ сосредоточить всѣ свѣдѣнія относительно каждаго имѣнія въ одномъ мѣстѣ, сдѣлать каждый отдѣльный листъ книги отраженіемъ юридическихъ отношеній соотвѣтственнаго земельного участка¹⁾.

Но вотчинныя книги въ германской системѣ обладаютъ и другимъ значительнымъ преимуществомъ. Благодаря связи съ кадастровыми книгами, онѣ даютъ свѣдѣнія не только о правахъ и обязанностяхъ, касающихся даннаго участка, но и о самомъ объектѣ этихъ правъ. Въ вотчинной книгѣ участки юридически индивидуализируются. Участокъ, занесенный на особый листъ, есть особый, самостоятельный объектъ правъ, и книга указываетъ индивидуальные признаки этого объекта. Опасенія, высказываемыя прежде, что германская система потерпитъ крушеніе тамъ, гдѣ имѣетъ мѣсто большое дробленіе участковъ, на дѣлѣ не оправдались. Система всюду функционируетъ вполне нормально.

Вслѣдствіе того, что германская система на первый планъ выдвигаетъ не формально-книжныя, а матеріально-правовыя предположенія пріобрѣтенія вещныхъ правъ, вотчинныя книги не всегда являются здѣсь зеркаломъ дѣйствительности. Но въ германской системѣ это въ значительной степени парализуется послѣдовательнымъ проведеніемъ начала публичности. Въ то время, какъ во французской системѣ, которая также стоитъ на матеріально-правовой точкѣ зрѣнія, пріобрѣтеніе вещныхъ правъ совершается независимо отъ записи въ книгу, запись же предоставляетъ записанному праву лишь преимущество предъ незаписаннымъ, германское

¹⁾ Это хорошо выражено въ ст. 942 ч. I Швейц. Улож.: вотчинная книга содержитъ перечисленіе правъ на земельные участки.

и швейцарское права возводятъ запись въ книгу на степень необходимаго условія пріобрѣтенія правъ по сдѣлкамъ. Тѣ же разногласія между книгой и дѣйствительностью, какія остаются, несмотря на это, германское право обезвреживаетъ широкимъ примѣненіемъ начала публичной достовѣрности. Французское право признаетъ публичную достовѣрность лишь по отношенію къ лицамъ, записаннымъ въ книгу. Защищаются во французской системѣ лишь тѣ лица, которыя сами пріобрѣли вещное право и это вещное право успѣли въ книгу вписать. Германская система защищаетъ всѣхъ безъ исключенія добросовѣстныхъ третьихъ, которые въ своихъ юридическихъ дѣйствіяхъ руководились довѣріемъ къ книгѣ.

Идея, положенная здѣсь въ основу, ясна: оборотъ можетъ достигъ необходимой безопасности и увѣренности лишь при условіи, что каждый принимающій въ оборотѣ участіе можетъ вполне довѣряться книгѣ. Государство беретъ веденіе этихъ книгъ въ свои руки и дѣлаетъ отсюда послѣдовательный выводъ: вотчинной книгѣ можно довѣряться смѣло; никто въ своемъ довѣріи къ ней обмануть не будетъ. Результаты провозглашенія этого принципа для матеріальнаго права громадны. Создается особое формальное книжное право, расходящееся съ матеріальнымъ. Опираясь на это формальное книжное право, лицо, въ дѣйствительности неуправомоченное, получаетъ возможность перенести вполне дѣйствительнымъ образомъ чужое вещное право. Истинный управомоченный, собственникъ, лишается своего права въ силу распоряженія совершенно посторонняго лица, которое легитимировано къ тому вотчинной книгой. Интересы собственниковъ принесены здѣсь въ жертву интересамъ оборота.

И въ другомъ отношеніи вотчинная система внесла измѣненія въ матеріальное вещное право. Вотчинная книга придаетъ вещнымъ правамъ такую ясность и опредѣленность, которая только можетъ быть достигнута. Съ другой стороны, она облегчаетъ (благодаря предположенію о правильности книги), а при извѣстныхъ условіяхъ и обезпечиваетъ доказательство ихъ существованія. Поэтому по отношенію къ записаннымъ правамъ отпадаетъ необходимость въ одномъ инсти-

тутъ, цѣль котораго именно устранить неясность и неопредѣленность въ юридическихъ отношеніяхъ и избавить отъ доказательства наличности правъ, которыя, за давностью своего происхожденія, не могутъ быть легко доказаны: это—погасительная давность. Уложеніе выставляетъ общую норму: притязанія изъ правъ, записанныхъ въ книгу, погасительной давности не подлежатъ (§ 902) ¹⁾ ²⁾. При этомъ не составляетъ разницы, записано ли право въ книгу непосредственно, или въ формѣ протестаціи. На предварительную отмѣтку эта норма не распространяется. Эта отмѣтка служитъ для обезпеченія обязательственнаго права, безусловно связана съ нимъ и поэтому прекращаетъ свое существованіе, когда въ силу давности прекращается это обязательственное право. Дѣйствительное исключеніе установлено лишь для сервитутовъ (§§ 1028 и 1090). Если сервитутъ, лежащій на участкѣ, не осуществляется 30 лѣтъ въ силу того, что собственникъ предпринимаетъ дѣйствія, противныя содержанію сервитута, то сервитутное право прекращается, несмотря на то, что оно было занесено въ книгу (*usucapio libertatis*).

Такія же нововведенія приносятъ съ собой вотчинная система и по отношенію къ приобрѣтательной давности. Приобрѣтательная давность въ обычномъ ея видѣ устраняется—кто не занесенъ въ книгу въ качествѣ управомоченнаго, не можетъ приобрѣсти права путемъ фактическаго его осуществленія ³⁾. Но за то появляется особая книжная при-

¹⁾ Не распространяется это на притязаніе о возмѣщеніи убытковъ и объ уплатѣ неуплаченныхъ вовремя періодическихъ взносовъ.

²⁾ Такъ же по существу и Швейц. Улож. ср. ст. 790, 807. Исключенія по отношенію къ сервитутамъ, извѣстнаго Герм. Улож. (ниже, текстъ), Швейц. Улож., не знаетъ.

³⁾ Исключеніе сдѣлано въ довольно своеобразной формѣ для приобрѣтенія собственности: кто владѣетъ недвижимостью въ правѣ собственности 30 лѣтъ, можетъ путемъ вызывнаго производства добиться устраненія права настоящаго собственника. Если собственникъ былъ занесенъ въ книгу, то это возможно лишь въ случаѣ, когда книжный собственникъ умеръ или находится въ безвѣстномъ отсутствіи, и въ теченіе 30 лѣтъ не было совершено ни одного внесенія въ книгу съ его согласія (§ 927). Нѣсколько иначе Швейц. Улож., которое сохраняетъ тридцатилѣтнюю приобрѣтательную давность по отношенію къ незаписаннымъ въ книгу участкамъ (ст. 662 ч. 1); по отношенію же къ записаннымъ принять порядокъ, близкій къ германскому (ст. 662 п. 2 и 3).

обрѣтательная давность (*Tabularersitzung*): кто въ теченіе тридцати лѣтъ (въ Швейцаріи—десяти) былъ записанъ въ книгу въ качествѣ собственника и фактически (въ Швейцаріи—и добросовѣстно) владѣлъ землей въ видѣ собственности, тотъ становится дѣйствительнымъ собственникомъ. (§ 900 Герм. Улож., ст. 661 Швейц. Улож.). То же самое установлено по отношенію къ правамъ, съ которыми связано владѣніе (право застройки, пользовладѣніе) или которыя пользуются владѣльческой защитой (сервитуты).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Колоніальная вотчинная система ¹⁾.

I. Общія замѣчанія. II. Руководящая идея системы Торренса. III. Организациія учреждений и книгъ.

I.

Основной чертой новаго движенія въ области поземельнаго оборота было его стремленіе къ обезпеченію оборота, къ гарантированію его прочности. Рядомъ съ этимъ вопросы упрощенія формъ оборота отступали на задній планъ. Даже больше! Возможное дальнѣйшее облегченіе и упрощеніе поземельнаго оборота натолкнулось здѣсь на одно серьезнѣйшее препятствіе: на стремленіе государства по возможности задержать, по мотивамъ политическаго и социальна-политическаго характера, все сильнѣе проявляющуюся тенденцію къ мобилизации земельной собственности. Упрощеніе формъ оборота дало бы сильный толчекъ такой мобилизаци. Между тѣмъ, всѣ историческія условія, всѣ тѣ социальныя и политическія отношенія, которыя связаны въ Европѣ, въ силу этихъ историческихъ условій, съ землевладѣніемъ, препятствовали превращенію земли въ объектъ торговаго оборота, въ товаръ.—

¹⁾ Пособія: Yves Guyot въ Journal des Economistes 1882; Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 416—445; Estivant, L'Act Torrens 1899; Violette, L'Act Torrens 1900.

Только однимъ изъ проявленій этого стремленія европейскихъ государствъ противодѣйствовать мобилизаціи земли представляется тотъ фактъ, что здѣсь нигдѣ формальное книжное начало не торжествуетъ надъ матеріальнымъ, нигдѣ записи въ книгу не придано значеніе независимо отъ сдѣлки. Даже германская вотчинная система, въ которой новое движеніе въ области поземельнаго оборота получило наиболѣе законченное выраженіе, отказалась отъ дальнѣйшаго развитія формальнаго начала, хотя или, вѣрнѣе, именно потому, что это лежало въ интересахъ оборотоспособности земли. Какъ Германское, такъ и Швейцарское Уложеніе отвергаютъ формальную юридическую силу вотчинныхъ книгъ и ставятъ матеріально-правовыя предположенія приобрѣтенія права выше формально-книжныхъ моментовъ. Если рядомъ съ этимъ германское право сдѣлало все для облегченія реального кредита и увеличенія оборотоспособности ипотеки и вотчиннаго долга, то это потому, что подобныя мѣры не только не угрожаютъ исконному, исторически сложившемуся землевлѣдѣнію, но прямо лежатъ въ его интересахъ.

Но что не могло быть осуществлено нигдѣ въ старомъ мірѣ, то нашло благопріятную почву тамъ, гдѣ земля не была опутана сѣтью исторически сложившихся социальныхъ отношеній, гдѣ естественной тенденціи оборота не препятствовали историческія традиціи,—въ колоніяхъ. Здѣсь была создана вотчинная система, которая, предоставляя обороту абсолютную обезпеченность, доводитъ его легкость и подвижность до возможнаго совершенства. Гарантируя интересы каждаго, принимающаго участіе въ оборотѣ съ землей, не только не въ меньшей, но даже въ большей степени, нежели европейскія системы, колониальное право уравниваетъ землю, въ смыслѣ ея оборотоспособности и подвижности, съ наиболѣе легко перемѣщаемымъ товаромъ, съ нашими акціями и облигаціями.

Родиной системы была Южная Австралія. Отсюда система эта распространилась по всей Австраліи, затѣмъ была принята всѣми остальными англійскими колоніями Тихаго океана. Она введена въ Новой Зеландіи, Колумбіи, на Фиджійскихъ островахъ, Сингапурѣ и т. д. Въ 1885 г. она, съ нѣкоторыми

ухудшеніями, была перенесена въ Тунисъ, а затѣмъ и въ Алжирь¹⁾.

Творецъ ея—Робертъ Торренсъ, руководитель гипотечнаго учрежденія (registrar general) Южной Австраліи. Хорошо изучивъ, по своей должности, всѣ недостатки англійской системы переноса правъ на недвижимыя имущества, Торренсъ въ 1856 г. задумалъ свою систему, съ цѣлью провести ее добился избранія въ мѣстный парламентъ и въ 1858 г. провелъ здѣсь соответствующій законъ. Въ 1861 г. этотъ законъ былъ исправленъ и въ такомъ видѣ, съ нѣкоторыми измѣненіями, внесенными въ 1878 г., дѣйствуетъ до сихъ поръ.

II.

Руководящая идея была подсказана Торренсу контрастомъ, который онъ наблюдалъ между положеніемъ тѣхъ лицъ, которыя приобрѣли свою землю отъ государства, и тѣхъ, которыя приобрѣли ее отъ частныхъ лицъ. Насколько положеніе первыхъ было прочно, всѣ правоотношенія ихъ ясны, настолько запутаны и неопредѣленны были правоотношенія вторыхъ. Выводъ вытекалъ самъ собой: надо поставить дѣло такъ, чтобы всѣхъ приобрѣтателей можно было разсматривать, какъ приобрѣтающихъ землю отъ государства.

Отсюда руководящій принципъ этого закона, Real Property Act или акта Торренса, какъ принято его называть: запись въ вотчинную книгу, совершаемая государствомъ, имѣетъ абсолютную силу. Кого государство заноситъ въ книгу въ качествѣ собственника, тотъ дѣйствительно становится собственникомъ, онъ получаетъ собственность отъ государства. Чье право государство въ книгѣ погашаетъ, тотъ этого права лишается. Если я хочу передать собственность другому лицу, то государство вычеркиваетъ меня изъ книги, а другое лицо вноситъ въ качествѣ соб-

¹⁾ Попытка 1875 г. ввести ее въ ослабленномъ видѣ въ Англии, встрѣченная живѣйшей оппозиціей, практическихъ результатовъ не имѣла. Нѣсколько успѣшнѣе былъ законъ 1897 г., дѣлающій нѣкоторыя шаги въ этомъ направленіи.

ственника, и тогда это лицо получает собственность, но не въ силу моея уступки, а въ силу записи. Право идетъ отъ государства и порождается только государствомъ, путемъ записи въ книгу. Благодаря крайне послѣдовательному проведенію этого принципа, матеріальное вотчинное право системы Торренса чрезвычайно просто. Ни одно вещное право¹⁾ ни по какому титулу не возникаетъ безъ записи, ни одно измѣненіе въ составѣ вещныхъ правъ не совершается безъ книги. Записи подлежатъ одинаково переходъ земли по законному наслѣдованію или въ силу экспроприаціи и приобрѣтеніе ея покупкой; передача ипотеки или переходъ ея по наслѣдству и установленіе ея собственникомъ и т. д. Вещное право возникаетъ и переходитъ только путемъ занесенія въ книгу.

Съ другой стороны: одного такого внесенія вполне достаточно, чтобы породить право у лица, внесеннаго въ книгу въ качествѣ управомоченнаго. Внесеніе въ книгу есть здѣсь уже не средство, а основаніе измѣненія вещнаго правоотношенія. Книга вооружена полной формальной юридической силой. Между книгой и дѣйствительностью разногласія нѣтъ и быть не можетъ. Чего не значитъ въ книгѣ, того не существуетъ и въ дѣйствительности, что записано въ книгу, то тѣмъ самымъ претворяется въ дѣйствительность.

Вполнѣ послѣдовательно актъ Торренса не допускаетъ и оспариванія книжной записи по основаніямъ матеріально-правового характера. Разъ запись совершена, право возникаетъ въ лицѣ записаннаго управомоченнаго, и если этимъ затронута чье либо право, то потерпѣвшій можетъ предъявить личный искъ къ обогатившемуся, но требовать возврата вещи, уничтоженія записи онъ не можетъ. Изъ этого допускается, впрочемъ, нѣсколько исключеній. Такъ, когда занесеніе права въ книгу послѣдовало въ силу подлога, когда уже ранѣе третье лицо занесено въ книгу въ качествѣ собственника того же самаго имѣнія, когда, вслѣдствіе неправильнаго раз-

¹⁾ Кромѣ очень немногихъ, экономически маловажныхъ правъ, вродѣ сервитута прохода.

межеванія, въ книгѣ указанъ большій объемъ имѣнія, нежели имѣется въ дѣйствительности. Въ такихъ случаяхъ пострадавшій можетъ требовать судебнымъ порядкомъ отъ записаннаго собственника возврата имѣнія и, слѣдовательно, уничтоженія неправомѣрной записи. Но и здѣсь споръ и виндикація допускаются лишь противъ перваго, непосредственнаго приобрѣтателя. Если тѣмъ временемъ право приобрѣтено добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ, то его право уже вполне безспорно. Публичная достовѣрность книги по отношенію къ третьимъ добросовѣстнымъ лицамъ распространяется и на эти исключительные случаи.

Въ виду существованія этихъ исключительныхъ случаевъ актъ Торренса знаетъ и протестацію. Тотъ, кто считаетъ свое право нарушеннымъ записью по одному изъ вышеуказанныхъ основаній, можетъ обратиться въ вотчинное установленіе съ просьбой о занесеніи въ книгу протестаціи. Пока протестація находится въ книгѣ, никакія записи никакихъ актовъ не совершаются. Записанный управомоченный можетъ обратиться въ судъ съ просьбой разобрать мотивы протестаціи. Протестація устраняется вотчиннымъ установленіемъ, когда будетъ доказано, что основаній для нея нѣтъ или протестовавшій не имѣетъ уже болѣе интереса въ сохраненіи протестаціи.

III.

Но не только въ послѣдовательномъ проведеніи формально-книжнаго начала отличительная черта колоніальной вотчинной системы. То, что придаетъ ей ея особый специфическій характеръ, это—ея высоко развитая техническая организація.

Вотчинное дѣло въ колоніяхъ находится, обыкновенно, въ рукахъ одного вотчиннаго установленія на всю колонію. Во главѣ этого установленія стоитъ особое лицо—Registrar General, въ вѣдѣніи котораго находятся, рядомъ съ другими чиновниками, особый юрисконсультъ для провѣрки юридическихъ титуловъ и особый землемѣръ для провѣрки

правильности плановъ и производства необходимыхъ для установленія съемокъ.

Такъ какъ занесеніе въ вотчинную книгу имѣть въ колоніяхъ такое серьезное значеніе, какъ нигдѣ — оно обозначаетъ признаніе, гарантированіе государствомъ права записаннаго лица,—то естественно, что внесеніе въ книгу должно быть обставлено всевозможными предосторожностями, должно покоиться на тщательной провѣркѣ данныхъ, лежащихъ въ основѣ записи. Этимъ обусловливается чрезвычайно широкое развитіе въ этой системѣ начала легалитета. Генеральный регистраторъ вооруженъ, въ цѣляхъ всесторонней провѣрки записываемыхъ титуловъ, широчайшими полномочіями. Онъ имѣетъ право для этой цѣли требовать отъ заинтересованныхъ лицъ представленія всѣхъ актовъ, вызывать собственниковъ, гипотечныхъ кредиторовъ и прочихъ управомоченныхъ въ качествѣ свидѣтелей подъ угрозой штрафа, предлагать имъ присягу или требовать отъ нихъ подписки; собственной властью исправляетъ онъ ошибки въ вотчинной книгѣ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и приостанавливаетъ записи. Такимъ образомъ, его положеніе есть положеніе судьи.—Жалобы на его дѣйствія приносятся въ судъ.

Книги, которыя ведутся генеральнымъ регистраторомъ, отличаются существеннымъ образомъ отъ германскихъ вотчинныхъ книгъ. Онѣ не обнимаютъ непремѣнно всѣхъ участковъ даннаго округа, а туда занесены лишь тѣ имѣнія, которыя подчинились режиму акта Торренса. Подчиненіе это предоставлено усмотрѣнію собственниковъ, за исключеніемъ земель, приобрѣтаемыхъ отъ государства, для которыхъ такое подчиненіе обязательно. Заносятся эти имѣнія въ хронологическомъ порядкѣ, такъ что является необходимость, для облегченія пользованія книгой, въ реестрѣ алфавитномъ и реестрѣ собственниковъ.

Порядокъ подчиненія режиму акта таковъ.

Лицо, желающее подчинить свое имѣніе этому режиму или обязанное это сдѣлать (при приобрѣтеніи отъ государства), заявляетъ о томъ генеральному регистратору, представляя при семъ подробный планъ имѣнія и всѣ документы,

касающіеся его правъ и всѣхъ обремененій, лежащихъ на имѣніи. Какъ описаніе (планъ) имѣнія, такъ и представленныя доказательства провѣряются комиссіей. Если по изслѣдованіи окажется, что проситель приобрѣлъ землю непосредственно отъ государства и по отношенію къ ней не было еще совершенно никакихъ сдѣлокъ, то просьба лица о подчиненіи режиму удовлетворяется немедленно. Въ противномъ случаѣ регистраторъ устанавливаетъ срокъ отъ одного мѣсяца до трехъ лѣтъ, смотря по тому, лежатъ ли на землѣ обремененія и подписали ли всѣ управомоченныя по недвижимости лица просьбу о подчиненіи имѣнія режиму. Втеченіе этого срока принимаются всѣ мѣры, какія только сочтеть нужнымъ регистраторъ, для возможно широкаго оповѣщенія о готовящейся записи имѣнія въ книгу, чтобы всѣ заинтересованныя лица, права которыхъ затрагиваются подобной записью, могли своевременно заявить протестъ. Если протестъ послѣдовалъ, дальнѣйшее производство приостанавливается впредь до разрѣшенія протеста судомъ. Протестъ, по которому втеченіе трехъ мѣсяцевъ со дня заявленія его не начатъ процессъ, погашается самъ собой. Въ случаѣ явно неосновательныхъ протестовъ (законъ указываетъ, когда именно) регистраторъ можетъ прямо игнорировать протестъ.

Когда все это предварительное производство доведено до конца, составляется особое удостовѣреніе — аттестатъ права. Въ него вносится, кромѣ обозначенія собственника, планъ имѣнія, описаніе имѣнія съ точными данными о его величинѣ, границахъ и т. п., затѣмъ въ порядкѣ старшинства всѣ ипотеки, аренды, вотчинныя повинности и другія права, обременяющія имѣніе. Аттестатъ права изготовляется въ двухъ экземплярахъ, совершенно тождественныхъ¹⁾. Одинъ изъ нихъ вставляется въ книгу и служитъ листомъ этой книги; другой экземпляръ выдается на руки собственнику. Съ этого момента подчиненіе режиму Торренса есть для имѣнія совершившійся фактъ. Право лица, на имя котораго

¹⁾ Для достиженія полнаго тождества иногда одинъ изъ нихъ изготовляется фотографическимъ путемъ.

составленъ аттестатъ права, отнынѣ не подлежитъ оспариванію ¹⁾. Оно опирается не на какой-либо титулъ приобрѣтенія, а на самый актъ выдачи аттестата права. Этотъ актъ имѣетъ ту же силу, что судебное рѣшеніе. Никакія притязанія, кромѣ тѣхъ, которыя отмѣчены въ аттестатѣ права, съ этого момента не могутъ уже быть предъявлены къ имѣнію.

Такимъ образомъ, въ основѣ вотчинной книги системы Торренса лежатъ отдѣльные аттестаты права. Такъ какъ каждому имѣнію посвященъ особый аттестатъ, то, слѣдовательно, система Торренса, подобно германской, покоится на реальной системѣ веденія книгъ. Но въ отличіе отъ германской системы здѣсь листы книги подвижны. При перемѣнѣ собственника старый листъ—аттестатъ права прежняго собственника—вынимается и замѣняется аттестатомъ права новаго собственника.

Наконецъ, необходимо отмѣтить, что въ колоніальномъ правѣ принято начало безусловной гласности книгъ—за извѣстную плату онѣ открыты для всякаго желающаго.

Насколько сложна процедура перваго занесенія недвижимости въ книгу, настолько же простъ весь дальнѣйшій оборотъ съ имѣніемъ. Разъ подчиненіе имѣнія режиму Торренса послѣдовало, то послѣдующія сдѣлки совершаются уже съ чрезвычайной легкостью и быстротой.

Всякое внесеніе въ книгу основывается на абстрактномъ одностороннемъ волеизъявленіи лица, управомоченнаго по книгѣ. Для облегченія дѣла законъ выработалъ рядъ формуляровъ такихъ волеизъявленій, и за нѣсколько копѣекъ можно приобрѣсти соотвѣтственныя печатныя бланки. Волеизъявленіе это подписывается управомоченнымъ и однимъ свидѣтелемъ, удостоверяющимъ подлинность и свободу волеизъявленія, и подписи эти свидѣлствуются публичнымъ порядкомъ, причемъ кругъ лицъ, засвидѣтельствовање которыхъ достаточно, чрезвычайно широкъ: это судьи, нотаріусы, административныя и коммунальныя власти, консулы и

¹⁾ Кромѣ случаевъ подлога и т. п., указанныхъ выше.

т. д. Подписанное волеизъявленіе посылается въ вотчинное установленіе вмѣстѣ съ аттестатомъ права и тамъ дѣлается соотвѣтствующее внесеніе въ книгу и въ аттестатъ права. Если дѣло идетъ о передачѣ собственности, то изготовляются два новыхъ аттестата права, одинъ отсылается новому собственнику, а другой вставляется въ книгу на мѣсто прежняго аттестата, и переходъ собственности совершился ¹⁾. — При установленіи ипотеки или какого либо другого вещнаго права волеизъявленіе посылается въ вотчинное установленіе въ двухъ экземплярахъ. Послѣ занесенія соотвѣтствующаго права въ книгу и въ присланный аттестатъ права, одинъ изъ этихъ двухъ экземпляровъ оставляется на храненіи въ вотчинномъ установленіи, а другой отсылается управомоченному по сдѣлкѣ лицу съ отмѣткой, что право записано въ книгу. Отмѣтка эта имѣетъ то значеніе, что поименованное въ данномъ свидѣтельствѣ лицо является отнынѣ обладателемъ права, и право это оспариванію уже не подлежитъ.

Такой порядокъ даетъ возможность совершать продажу, залогъ имѣнія и установленіе прочихъ правъ на имѣніе внѣ предѣловъ колоніи. Достаточно предъявить контрагенту аттестатъ права, изъ котораго можно почерпнуть точныя данныя, касающіяся фактическаго состава имѣнія, затѣмъ совершить соотвѣтствующее волеизъявленіе и отослать его вмѣстѣ съ аттестатомъ права въ вотчинное установленіе. Точно такъ же, всякій обладатель вещнаго права, благодаря имѣющемуся у него въ рукахъ и легитимирующему его свидѣтельству, можетъ совершить, на основаніи этого свидѣтельства, передачу своего права, находясь гдѣ бы то ни было.

Но актъ Торренса дѣлаетъ еще дальнѣйшій шагъ къ облегченію вотчиннаго оборота—онъ мобилизуетъ самую вотчинную книгу.

По желанію собственника, ему можетъ быть выдана выпись изъ книги. О такой выдачѣ дѣлается отмѣтка въ вот-

¹⁾ Аналогично и при переходѣ собственности по другимъ основаніямъ, кромѣ сдѣлокъ, какъ то по наслѣдству, принудительному отчужденію и т. д.

чинной книгѣ, и съ этого момента книга закрывается: никакія дальнѣйшія записи въ ней не допускаются впредь до возвращенія выписи. Всѣ сдѣлки вносятся отнынѣ въ выпись, которая служить, такимъ образомъ, для собственника переносной вотчинной книгой. Это даетъ возможность собственнику земли совершать сдѣлки относительно нея повсюду, гдѣ онъ находится (напр., въ Англіи). За предѣлами колоніи внесеніе въ выпись совершается мѣстными государственными органами, соотвѣтствующими генеральному регистратору. По возвращеніи выписи генеральный регистраторъ переноситъ все содержаніе ея въ книгу и въ аттестатъ права и погашаетъ ее, дѣлая о томъ отмѣтку въ книгу. Съ этого момента книга опять открывается для совершения сдѣлокъ. При потерѣ выписи генеральный регистраторъ производитъ разслѣдованіе и поступаетъ такъ, какъ если бы выпись была ему возвращена.

Благодаря простотѣ, съ которой совершается, по системѣ Торренса, передача и установленіе правъ, весь оборотъ съ землей чрезвычайно дешевъ. Даже совсѣмъ необразованные люди могутъ совершать сдѣлки, не прибѣгая къ дорого стоящимъ услугамъ адвоката. Значительно удешевляетъ веденіе книгъ, а слѣдовательно и взимаемая пошлины сосредоточеніе всего вотчиннаго дѣла всей колоніи въ одномъ учрежденіи.

Съ другой стороны, нельзя отрицать, что эта простота въ соединеніи съ крайнимъ развитіемъ формальнаго начала сопряжена, при возможныхъ ошибкахъ, для отдѣльныхъ лицъ съ большими опасностями. Возможно, что въ книгу не будетъ занесено право дѣйствительно управомоченнаго или произойдетъ та или другая ошибка. Такъ какъ это, по системѣ Торренса, влечетъ за собой неизбѣжно потерю вещнаго права, то у пострадавшаго остается только личный искъ къ обогатившемуся. Такой порядокъ въ случаѣ, когда отъ неправомѣрно обогатившагося нельзя получить возмѣщенія ущерба вслѣдствіе его отсутствія, смерти или несостоятельности. грозилъ бы опасностью какъ чиновнику, если бы онъ былъ отвѣтственъ за неосмотрительность или за неправильныя дѣйствія, такъ и, главнымъ образомъ, публикѣ. Чтобы обезо-

пасить чиновниковъ, актъ Торренса устанавливаетъ принципъ, что чиновникъ не отвѣчаетъ предъ публикой въ гражданско-правовомъ порядкѣ за свои дѣйствія¹⁾. Для обезпеченія же публики законъ вводитъ совершенно новую идею—идею страхового фонда. Въ случаѣ невозможности взыскать убытки съ неправомѣрно обогатившагося, эти убытки уплачиваются особымъ страховымъ фондомъ, который составляется изъ пошлинъ, взимаемыхъ при первоначальномъ подчиненіи недвижимости режиму акта и при переходѣ по наследству. Несмотря на то, что пошлины эти были невысоки (около 2 съ тысячи), предсказанія, что идея потерпитъ крушеніе и фондъ лопнетъ, оказались невѣрными. Фондъ постоянно росъ, такъ что сочли возможнымъ постепенно понизить пошлину.

Всѣ эти качества системы Торренса вполне объясняютъ намъ, почему она получила такое распространеніе и почему тамъ, гдѣ она введена, режиму ея, несмотря на ея факультативность, подчинилось громадное большинство земель. По изслѣдованію, произведенному лордомъ Кимберлеемъ въ 80-хъ годахъ прошлаго столѣтія, въ Австраліи почти никто не отказывается отъ такого подчиненія, и есть мѣстности, гдѣ буквально нѣтъ ни одного участка, не занесеннаго въ книгу. Съ полнымъ правомъ могъ писать Торренсъ въ 1882 г. Ивъ Гьюо: „моя система привела къ замѣнѣ необезпеченности—полной устойчивостью, сложности—простотой, она низвела фунты стерлинговъ въ шиллинги, годы—въ мѣсяцы“.

Правда, непремѣннымъ условіемъ для примѣненія такой системы является высокая культурность населенія. Вся система—слишкомъ острое орудіе, которое, оказывая великія услуги обороту, можетъ наносить отдѣльнымъ частнымъ лицамъ непоправимый ущербъ. Требуется особая бдительность, особая осмотрительность и умѣніе охранять свои права. Зато оборотоспособность земли доведена здѣсь до высшаго раз-

¹⁾ Онъ отвѣчаетъ лишь въ уголовномъ порядкѣ за преднамѣренно неправильныя дѣйствія.

витія. Благодаря аттестату права и свидѣтельствамъ, распоряженіе недвижимымъ имуществомъ совершается такъ же просто, какъ у насъ распоряженіе цѣнными бумагами. Слова, которыя сказалъ когда то Родбертусъ: „всѣ усилія пускаются въ ходъ, чтобы превратить земельный участокъ въ капиталъ, чтобы заставить коня летать по воздуху“, здѣсь нашли свое осуществленіе.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стр.
Введеніе.	
Глава первая. Возникновеніе публичныхъ формъ поземельнаго оборота	11
I. Эпоха народныхъ правъ (до конца X вѣка). II. Позднѣйшее германское средневѣковье. III. Французское средневѣковье. IV. Формы реального кредита въ средневѣковомъ правѣ. V. Вліяніе рецепціи римскаго права на развитіе формъ поземельнаго оборота.	
Глава вторая. Возрожденіе публичныхъ формъ поземельнаго оборота. Дальнѣйшее ихъ развитіе во Франціи	25
I. Руководящая идея движенія. II. Историческій очеркъ. III. Вотчинно-ипотечная система дѣйствующаго французскаго права. IV. Недостатки французской системы.	
Глава третья. Развитіе публичныхъ формъ поземельнаго оборота въ законодательствахъ германскаго типа	37
I. Историческій очеркъ. II. Современное право Германіи и Швейцаріи: Формальное вотчинное право. III. Матеріальное вотчинное право. IV. Формы реального кредита въ современномъ германскомъ правѣ. V. Значеніе германской вотчинной системы и ея вліяніе на способы пріобрѣтенія вещныхъ правъ.	
Глава четвертая. Колоніальная вотчинная система	67
I. Общія замѣчанія. II. Руководящая идея системы Торренса. III. Организация учреждений и книгъ.	