

6. № р. 87

ПРОИСХОЖДЕНИЕ СОВРЕМЕННОЙ ИПОТЕКИ.

НОВѢЙШАЯ ТЕЧЕНІЯ ВЪ ВОТЧИННОМЪ ПРАВѢ
ВЪ СВЯЗИ СЪ СОВРЕМЕННЫМЪ СТРОЕМЪ НАРОДНАГО ХОЗЯЙСТВА.

ИЗСЛѢДОВАНИЕ
И. А. БАЗАНОВА.



ПОСТАВЩИКЪ ДВОРА ЕГО ВЕЛИЧЕСТВА
МОСКВА.



Т⁸⁰ СКОРОПЕЧАТНИ А. А. ЛЕВЕНСОНЪ
ПЕТРОВКА, 22.



1900.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

	Стр.
Введение.	
§ 1. Предметъ изслѣдованія	1
Книга I.	
Вѣглы очеркъ состоянія права, регулирующаго вотчинно-ипотечный оборотъ за время, предшествующее новѣйшему теченію въ изслѣдуемой области.	
Отдѣлъ I. Организанія вотчинно-ипотечнаго оборота въ средневѣковой Европѣ.	
§ 2. Общія замѣчанія	4
Глава I. Организанія вотчинно-ипотечнаго оборота въ Германіи въ ср. вв.	
✓ § 3. Организанія вотчиннаго оборота вообще. Auflassung	5
§ 4. Правовыя формы реальнаго кредита въ средневѣковой Германіи.	
Общія замѣчанія	13
§ 5. Aeltere Satzung	19
§ 6. Neuere Satzung	25
§ 7. Rentenkauf	29
Глава II. Организанія вотчинно-ипотечнаго оборота во Франціи въ ср. вв.	
✓ § 8. Общая организанія вотчиннаго оборота въ средневѣк. Франціи. Nantissement	32
§ 9. Форма реальнаго кредита въ среднев. Франціи. Engagement	34
§ 10. Французская „ипотека“, или obligation	35
§ 11. Рента	37
Глава III. Организанія вотчинно-ипотечнаго оборота въ Австріи въ ср. вв.	
§ 12. Общія замѣчанія	38
§ 13. Богемскія Landtafel	39
§ 14. Итоги	49
Отдѣлъ II. Эпоха рецепціи римскаго права.	
§ 15. Общія замѣчанія	50
Глава I. Организанія вотчинно-ипотечнаго оборота въ римскомъ правѣ.	
✓ § 16. Общая организанія вотчиннаго оборота по римскому праву. Традиція	51
§ 17. Организанія реальнаго кредита въ римскомъ правѣ	53
Глава II. Вліяніе римскаго права на національное французское.	
§ 18. Судьбы Nantissement	56
§ 19. Судьбы Engagement	57
§ 20. Судьбы французской ипотеки	57
§ 21. Рента	58
Глава III. Вліяніе римскаго права на германское.	
✓ § 22. Судьбы Auflassung	59
§ 23. Судьбы aeltere Satzung	59
§ 24. Судьбы neuere Satzung	61
§ 25. Рента	63

Печатается по опредѣленію Юридическаго факультета Императорскаго Томскаго
университета. Октября 28 дня 1899 г.
Деканъ И. Табашиниковъ.

175716  1797

Глава III. Вліяніє римскаго права на австрійское.	
§ 26. Общія замѣчанія	64
§ 27. Судьбы богемскихъ Landtafel въ эпоху рецепціи	64
§ 28. Итоги	67

Книга II.

Первыя проявленія новаго движенія въ правѣ, регулирующемъ вотчинный оборотъ.	
§ 28. Общія замѣчанія	70

Отдѣлъ I. Новое движеніе въ Германіи.

Глава I. Новое движеніе въ Пруссіи.

§ 30. Прусскій вотчинный режимъ въ эпоху рецепціи римскаго права	71
§ 31. Эдиктъ 1693 г.	72
§ 32. Эдиктъ 1704 г.	75
§ 33. Вотчинный режимъ ленныхъ имѣній	75
§ 34. Ландрехтъ 1722 г.	77
§ 35. Ипотечный уставъ 1722 г.	79
§ 36. Судебный уставъ 1748 г. 3 апр.	81
§ 37. Силезскій уставъ 1750	81
§ 38. Corpus juris Fridericiani 1751	90
§ 39. Послѣдующія мѣры, направленныя на укрѣпленіе новаго строя, и толкованіе новыхъ началъ	90
Глава II. Новое движеніе въ Мекленбургѣ	93
§ 40. Право Мекленбургскихъ городовъ	94
§ 41. Право рыцарскихъ имѣній	96
§ 42. Право крестьянскихъ имѣній	97
Глава III. Новое движеніе въ Саксоніи.	
§ 43	97
Глава IV. Новое движеніе въ Баваріи.	
§ 44. Право коренной Баваріи	102
§ 45. Право княжества Бамбергъ	105
§ 46. Право Reichsstift Kemptzen	107
§ 47. Прочія мѣстныя Баварскія права	111

Отдѣлъ II. Новое движеніе во Франціи.

§ 48. Право города Парижа	113
§ 49. Эдиктъ 1553 г.	115
§ 50. Эдиктъ 1581 г.	116
§ 51. Эдиктъ 1673 г.	118
§ 52. Другой специальный эдиктъ 1673 г.	124
§ 53. Другія мѣры современныя и послѣдующія за эдиктами 1673 г.	125
§ 54. Эдиктъ 1771 г.	126

Отдѣлъ III. Новое движеніе въ Австріи.

§ 55. Външняя исторія Landtafel за данный періодъ	131
§ 56. Вотчинно-ипотечный режимъ австрійскихъ патентовъ 18 стол.	134
§ 57. Итоги	142

Книга III.

Право, регулирующее вотчинно-ипотечный оборотъ, въ его новѣйшемъ образѣ.

§ 58. Общія замѣчанія	144
---------------------------------	-----

Отдѣлъ I. Французскій типъ.

Глава I. Эпоха великой французской революціи.

§ 59. Конституанта	145
§ 60. Национальный конвентъ. Законъ 9 mess. an. III	147
§ 61. Директорія. Законъ 11 brumaire an. VII	161
§ 62. Консульство. Законъ 28 ventose—8 germinal an. XII	171

Глава II. Право Наполеонова кодекса.

§ 63. Общій ходъ законодательной работы по составленію Наполеонова кодекса и его ипотечнаго режима.

§ 64. Доводы сторонниковъ и противниковъ гласнаго и негласнаго режима, выдвигавшіяся при обработкѣ ипотечнаго права Наполеонова кодекса	173
§ 65. Ипотечный режимъ Наполеонова кодекса	177
§ 66. Послѣдующія за кодексомъ законодательныя и другія мѣры, направленныя на его примѣненіе	202
§ 67. Территориальныя завоеванія Наполеонова кодекса	204

Глава III. Реакція Наполеонову кодексу и дальѣйшія судьбы французскаго права.

§ 68. Первая половина 19 ст.	204
§ 69. Вторая половина 19 ст.	216

Отдѣлъ II. Германскій типъ.

§ 71. Общія замѣчанія	224
---------------------------------	-----

Глава I. Эпоха прусскаго Ландрехта 1794 г.

Раздѣлъ I. Пруссія.

§ 72. Земскія общества земельного кредита. Кодификаціонныя работы Фридриха В. Corpus juris Fridericianum	225
§ 73. Allgemeine Hypothekenordnung 1783	226
§ 74. Allgemeines Landrecht 1794	243
§ 75. Allgemeine Gerichtsordnung 1795.	263
§ 76. Судьбы устава 1783 и Ландрехта 1794 г. въ Пруссіи	265

Раздѣлъ II. Баварія.

§ 77. Общая характеристика баварскаго ипотечнаго режима въ зак. 1822 г.	288
---	-----

Раздѣлъ III. Саксонія.

§ 78. Общая характеристика саксонскаго ипотечнаго режима въ законѣ 1843 г. и уложеніи 1864 г.	291
---	-----

Раздѣлъ IV. Мекленбургъ.

§ 79. Общій очеркъ Мекленбургскаго ипотечнаго права въ уставахъ первой половины 19 ст.	292
--	-----

Раздѣлъ V. Австрія.

§ 80. Общій очеркъ Австрійскаго ипотечнаго режима въ законодательствѣ 19 стол.	301
--	-----

Глава II. Реакція прусскому Ландрехту и новыя реформаціонныя движенія въ Пруссіи.

§ 81. Мотивы и цѣли новаго реформаціоннаго движенія	309
§ 82. Реформаціонное движеніе первой половины 19 ст.	317
§ 83. Реформаціонное движеніе второй половины 19 ст. Выговныя условія и литературныя теченія	335

	Стр.
§ 84. Законодательныя мѣропріятія 60-хъ и 70-хъ гг.	346
§ 85. Матеріальное и формальное вотчинно-ипотечное право законовъ 5 мая 1872 г.	354
Глава III. Вотчинно-ипотечный режимъ имперскаго германскаго уложенія.	
§ 86. Общія замѣчанія	381
§ 87. Формальное право	383
§ 88. Матеріальное право. Общее ученіе о приобрѣтеніи вещныхъ правъ	388
§ 89. Приобрѣтеніе права собственности на недвижимости. Auflassung.	389
§ 90. Формы реального кредита по уложенію. Общія замѣчанія	391
§ 91. Нормальная ипотека. Verkehrshypothek.	396
§ 92. Особые виды залога недвижимости. Sicherungshypothek.	411
§ 93. Вотчинный долгъ и рентный долгъ	412
§ 94. Заключение.	416
✓ Отдѣлъ III. Актъ Торренса.	
§ 95. Общія замѣчанія	416
§ 96. Исторія акта Торренса	417
§ 97. Real Property Act. 7 авг. 1861. Его вотчинно-ипотечный режимъ. Формальное право	420
✓ § 98. Матеріальное право акта Торренса	437
§ 99. Судьбы акта Торренса	444
§ 100. Заключение.	446

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Идея настоящаго изслѣдованія зародилась у автора при ознакомленіи съ русскимъ проектомъ вотчиннаго устава 1893 г. Проектъ вотчиннаго устава цѣлится насадить у насъ тотъ самый вотчинно-ипотечный режимъ, который съ неодинаковымъ успѣхомъ давно завоевалъ себѣ почетное мѣсто въ правѣ нашихъ западныхъ сосѣдей и который явился тамъ результатомъ сложной серіи разнообразныхъ факторовъ. Тѣмъ болѣе это новшество нуждалось у насъ въ научномъ освѣщеніи. Освѣщая новинку нашего правообразованія, возможно было пойти двоякимъ путемъ: или дать чисто догматическое изслѣдованіе формальнаго и матеріальнаго ипотечнаго права, или же намѣтить процессъ его историческаго образованія. Первый путь былъ бы болѣе легкимъ, такъ какъ въ настоящее время на западѣ сдѣлано уже не мало попытокъ такого рода, которыя могли бы помочь автору въ его предпріятіи. Но стоило только ознакомиться съ огромной и пестрой массой теорій, чтобы убѣдиться, что этимъ путемъ мало чего достигнешь. Теорія дѣлится на два рѣзко различныхъ лагеря: романисты не склонны придавать современному вотчинно-ипотечному режиму никакого иного значенія, какъ только чисто формальной системы, не затрогивающей римской сущности правовыхъ организацій новѣйшаго времени; германисты, напротивъ, за каждой новинкой новѣйшаго правообразованія готовы видѣть реставрацію германскаго право-воззрѣнія, реакцію римскому праву.

При такихъ условіяхъ добиться истины можно было только путемъ болѣе труднаго историческаго изслѣдованія современнаго вотчинно-ипотечнаго режима и идя путемъ, на которомъ нерѣдко приходилось быть почти одинокимъ, такъ какъ историческій процессъ образованія современнаго вотчинно-ипотечнаго права разработанъ уже менѣе, чѣмъ догматическое строеніе его. Для уясненія современнаго режима необходимо было не только намѣчать съ возможной обстоятельностью различныя стадіи развитія современнаго вотчинно-ипотечнаго режима, но и углубляться въ сложныя бытовыя условія, поведенія новѣйшее правообразованіе на тотъ, а не иной путь. А для этого

приходилось изучать, кромѣ огромной массы источниковъ права, самыя законодательныя матеріалы, парламентскіе акты, постороннюю юриспруденцію литературу.

При такихъ условіяхъ было трудно избѣжать разнаго рода погрѣшностей въ работѣ, особенно техническихъ. По крайней мѣрѣ, матеріальную истину авторъ старался установить съ возможной точностью. И результаты своей работы авторъ осмѣливается предложить ученымъ судьямъ какъ свое крайнее разумнѣе по изслѣдуемому вопросу.

1 марта 1900 г.

И. Базановъ.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1. Предметъ изслѣдованія.

Предметомъ настоящаго изслѣдованія служитъ процессъ образованія современной ипотеки.

Всѣмъ извѣстно и здѣсь не требуетъ особаго еще развитія то, что ипотека въ правѣ современныхъ западно-европейскихъ народовъ отличается не только по формѣ, но и по содержанию своему, а особенно по организаціи оборота ея отъ римской ипотеки.

Но уже спорнымъ является вопросъ о сущности различія современной и римской ипотеки, хотя и тутъ многое выяснено за послѣднее время ¹⁾.

И совсѣмъ мало разработаннымъ является вопросъ о томъ, какъ образовалась современная ипотека, какія силы вызвали въ жизни современныхъ культурныхъ народовъ движеніе права ипотеки прочь отъ римскаго прообраза ея, и, наконецъ, привели къ организаціи, мало общаго имѣющей съ римской ипотекой, такъ еще недавно, сравнительно, усвоенной новыми народами.

Не вполне достаточно разработаны и самый процессъ перерожденія ипотеки подъ вліяніемъ какихъ-то новыхъ бытовыхъ условій.

Выясненіе бытовыхъ условій, вызывавшихъ перерожденіе права ипотеки, и установленіе съ возможной послѣдовательностью самаго роста новаго теченія въ правѣ ипотеки представлялись автору интересными и важными какъ для исторіи права, такъ какъ изслѣдованіе должно было вскрыть тайну роста одного изъ важнѣйшихъ правовыхъ институтовъ новѣйшаго времени, такъ и для догмы права, такъ какъ изслѣдованіе должно было освѣтить сущность происшедшихъ въ институтѣ измѣненій и этимъ содѣйствовать рѣшенію горячихъ споровъ о различіи современной и римской ипотеки, такъ, наконецъ, и для законодателя, такъ какъ изслѣдованіе должно было указать живое соотношеніе извѣстныхъ условій дѣйствительной жизни и правового творчества, вызывающагося стремленіемъ отвѣтить въ порядкѣ правообразованія означеннымъ жизненнымъ условіямъ.

¹⁾ Новѣйшую серьезную попытку разрѣшенія этого вопроса и подведенія итоговъ спорахъ о различіи римской и современной ипотеки представляетъ изслѣдованіе Кассо. Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ. Юрьевъ 1898 г.

Но задача труда выростала въ своемъ значеніи въ глазахъ автора еще потому, что, какъ оказывалось, перерожденіе ипотеки изъ римской въ современную является лишь наиболѣе рѣзкимъ и бьющимъ въ глаза проявленіемъ тѣхъ общихъ измѣненій, которыя за послѣднія столѣтія выступаютъ въ организациі вотчинныхъ правъ, особенно же въ правовой организациі вотчиннаго оборота у новыхъ европейскихъ народовъ.

Ипотека, какъ оказывается, была лишь наиболѣе чувствительнымъ мѣстомъ въ системѣ вотчинныхъ правъ,—почему на ней и отразилось раньше всего и глубже всего дѣйствіе тѣхъ новыхъ бытовыхъ условий; подтачивалось же подъ вліяніемъ этихъ условий все зданіе вотчинныхъ отношеній, выросшее на почвѣ рецептированной новыми народами римской догмы.

Отсюда, автору пришлось, по необходимости, касаться попутно измѣненій, происшедшихъ и въ организациі другихъ вещныхъ правъ, особенно наиболѣе значительныхъ.

Какъ въ ипотеку, такъ и во всѣхъ другихъ вотчинныхъ правахъ самыя рѣзкія измѣненія выразились въ организациі оборота ихъ. Этой организациі пришлось отвести въ работѣ особенное вниманіе.

Измѣненія начались на поверхности правовыхъ организациі,—въ формѣ послѣднихъ, и лишь постепенно, по мѣрѣ приближенія къ нашему времени, они захватывали все болѣе и болѣе самое существо институтовъ. Но уже самое измѣненіе формы, обыкновенно, влекло за собою съ необходимостью въ той или иной мѣрѣ измѣненіе существа института. Отсюда автору казалось необходимымъ отвести видное мѣсто въ изслѣдованіи процессу измѣненій формальнаго вотчинно-ипотечнаго права.

Процессъ перерожденія организациі вотчинно-ипотечнаго оборота, имѣвшій мѣсто за послѣднія столѣтія, поразительно совпадаетъ какъ съ процессомъ измѣненій обще-культурныхъ условий въ жизни европейскихъ народовъ, наблюдаемымъ за то же время, такъ, особенно, съ процессомъ перерожденія экономическаго строя европейскихъ обществъ, именно—развитія кредитнаго хозяйства. Изслѣдованіе существа измѣненій ипотеки и организациі оборота другихъ вотчинныхъ правъ по первоисточникамъ привело автора къ убѣжденію, что между этими двумя порядками явленій существуетъ всецѣло генетическая связь. Именно эта связь и выясняетъ, почему ипотека явилась наиболѣе чувствительной въ системѣ вотчинныхъ правъ къ перемѣнѣ условий. Занявъ со времени рецепціи римскаго права главное мѣсто среди правовыхъ формъ реального кредита, ипотека, силою вещей, должна была прежде всего и глубже всего измѣниться въ своей организациі въ эпоху кредитнаго хозяйства. И лишь ради нея или по образцу ея должны были послѣдовать измѣненія и въ организациі другихъ вотчинныхъ правъ, прежде чѣмъ новыя экономическія условия не втянули всѣхъ вотчинныхъ отношеній въ вызванное ими теченіе, когда организациі всего вотчиннаго оборота на новыхъ началахъ стала уже самоцѣлью.

Новое теченіе въ правѣ, вызванное новыми условіями въ жизни современныхъ народовъ, со временемъ оказалось не чѣмъ инымъ, какъ реставра-

ціей и продолженіемъ развитія давно забытыхъ національныхъ правовыхъ организациі, павшихъ въ борьбѣ съ римскимъ вліяніемъ. Оказывалось, что національное право западно-европейскихъ народовъ издавна обладало организациями, которыя, при нѣкоторомъ принорвленіи ихъ къ новымъ условіямъ, сумели дать все то, чего требовали новыя условія и чего римское право принципиально не могло дать. Отсюда, движеніе получаетъ сознательно реакціонный къ римскому праву и націоналистическій оттѣнокъ.

Послѣднее обстоятельство заставило автора коснуться въ самыхъ общихъ чертахъ средневѣковой организациі вотчиннаго оборота и реального кредита и таковой же—эпохи рецепціи римскаго права.

КНИГА I.

Бъглый очеркъ состоянія права, регулирующаго вотчинно-ипотечный оборотъ за время, предшествующее новѣйшему теченію въ изслѣдуемой области.

ОТДѢЛЪ I.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ средневѣковой Европѣ.

§ 2. Общія замѣчанія.

Средніе вв. въ экономической жизни зап. Европы могутъ быть характеризуемы, въ общемъ и цѣломъ, какъ эпоха натуральнаго хозяйства. Правовещное дѣлится тамъ на двѣ рѣзкія половины: право недвижимостей и право движимостей. Главное богатство народовъ состояло тогда, по общему правилу, въ недвижимостяхъ. Главный промыселъ народа составляло сельское хозяйство.

Владѣніе землею было „вѣчнымъ владѣніемъ“. Отчужденіе земли было рѣзкимъ явленіемъ. И когда отчужденіе имѣло мѣсто, оно являлось событіемъ не только для семьи отчуждателя и пріобрѣтателя, но и для общины и для государства. Обладаніе землею было основаніемъ цѣлага ряда политическихъ правъ и обязанностей. Отчужденіе земли было связано согласіемъ или даже участіемъ 3-хъ лицъ, — родственниковъ, сосѣдей, общинниковъ, леннаго господина или даже главы государства. Все это налагало на землевладѣніе печать неподвижности и устойчивости, а на право недвижимостей — печать прочности правовыхъ организацій и обезпеченности отношеній ¹⁾.

Залогъ недвижимости въ ср. вв. по бытовому своему значенію почти что равнялся отчужденію недвижимости. По общему правилу заложенная недвижимость переходила въ пользованіе и владѣніе кредитора, а въ случаѣ просрочки уплаты долга — поступала безъ дальнѣйшаго и въ распоряженіе кредитора. Лишь съ теченіемъ времени появились другія организаціи реаль-

¹⁾ Право движимостей нами не затрогивается вовсе, хотя въ немъ и можемъ отмѣтить совершенно обратныя черты уже для ср. вв. — им. крайнюю упрощенность отношеній, содѣйствующую легкости оборота, при малой обезпеченности отношеній.

наго кредита, значительно и существенно отличныя отъ условнаго отчужденія недвижимости кредитору.

И этотъ строй мы наблюдаемъ на пространствѣ всей зап. Европы.

Но этотъ строй былъ только правиломъ, изъ котораго съ теченіемъ времени получились исключенія, им. въ хозяйственной и правовой жизни городовъ. Средневѣковые города пришли постепенно не только къ денежному, но, въ извѣстной мѣрѣ, и къ кредитному хозяйству. Значительные изъ нихъ, какъ, напр., гензейскіе города — Гамбургъ, Бремень, а также и многіе другіе (прирейнскіе и т. д.) стали постепенно и значительно отличаться строемъ своего хозяйства отъ провинціи, им. значительнымъ гражданскимъ оборотомъ, значительной быстротою послѣдняго и усиленной потребностью въ кредитѣ. Отсюда, и правовая организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ городахъ нѣсколько отличается отъ таковой же для провинціи.

ГЛАВА I.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ Германіи въ ср. вв.

§ 3. Организація вотчиннаго оборота вообще. Auflassung.

Въ нами цѣли входитъ изображеніе лишь важнѣйшаго и всегда наиболѣе характернаго для той или иной вотчинной организаціи производнаго способа пріобрѣтенія недвижимостей по сдѣлкамъ между живыми. Этотъ способъ составляетъ всегда большое мѣсто въ организаціи вотчиннаго оборота и является всегда пробнымъ камнемъ для организаціи.

Въ среднев. Германіи производнымъ способомъ пріобрѣтенія права собственности на недвижимость, какъ равно и всѣхъ другихъ вещныхъ правъ на нихъ, была т. наз. „Auflassung“ (или „Verlassung“).

Послѣ длиннаго и интереснаго, но не относящагося сюда, ряда измѣненій, которыя Auflassung потерпѣла въ ходѣ правообразованія среднихъ вв. ¹⁾, она представляется намъ въ своей наиболѣе законченной организаціи, какую получила въ городахъ, наканунѣ ренессанса римскаго права, въ слѣдующемъ видѣ ²⁾.

¹⁾ См. объ этомъ процессъ правообразованія у Mascher, *Das deutsche Grundbuch* u. *H. Wesen*. Berlin 1869. I Abschn., гл. 1, 2 и 3; Stobbe, *Hdb.* 1893 г. § 94; Mittermaier въ *Arch. f. c. Prax.* Bd. 18 и др.

²⁾ Источникомъ для изображенія Auflassung въ указанный моментъ служить мнѣ главнымъ образомъ „Codicillus iurium civitatum Megapolensium“, представляющій собою сводку донесеній 30 мекленбургскихъ городовъ, въ отвѣтъ на запросъ Мекленбургскаго герцога Ульриха отъ мая 1589 г. о мѣстныхъ особенностяхъ въ правѣ, статутахъ и обычаяхъ. Запросъ былъ сдѣланъ въ виду предстоящей кодификаціи Мекленбургскаго права (Landrechtspläne). Codicillus находится у Westphalen, *Monumenta inedita rerum Germanicarum et Megapolensium*. Bd. I, стр. 2049—2097. Правда, донесенія городовъ иногда выражаются уже римскими терминами и въ организаціи другихъ институтовъ права замѣтно уже римское вліяніе, но въ изложеніи Auflassung (и aeltere Satzung) они еще всецѣло дышатъ глубокой стариною. Право этихъ городовъ, какъ и право Гамбурга и Бремена,

I. Отчужденіе иногда допускается въ случаѣ нужды только ¹⁾, иногда же оно, повидимому, свободно отъ этого условія ²⁾. Отчужденію на сторону, обыкновенно, предшествуетъ предварительное предложеніе имѣнія родственникамъ, сосѣдямъ и т. д. ³⁾ по опредѣленной цѣнѣ ⁴⁾, а иногда и по цѣнѣ, предложенной 3-ми лицами ⁵⁾. Если родственники, сосѣди и т. д. отказались приобрести имѣніе, то собственникъ уже воленъ отчуждить его на сторону. И тогда цѣна опредѣляется по соглашенію сторонъ ⁶⁾. Отчужденіе распадается на обязательственную сдѣлку объ отчужденіи и сложный торжественный актъ, содержащій элементы вещнаго договора и судебного приговора, выполняющій ту сдѣлку и переводящій право собственности на приобретателя ⁷⁾. Личная сдѣлка, въ свою очередь, распадается на предварительный перечень условій и на юридическое завершеніе ея, облекаемое въ разныя формы, им. она или освящается задаткомъ, или питьемъ вина, или письменнымъ актомъ ⁸⁾. Иногда же и эта личная сдѣлка совершается въ судѣ или городскомъ совѣтѣ ⁹⁾. Уплата цѣны слѣдуетъ за совершеніемъ личной сдѣлки, но предшествуетъ торжественному акту, выполняющему отчужденіе ¹⁰⁾. Обыкновенно, уплата совершается въ три срока, въ предѣлахъ Jahr und Tag ¹¹⁾. Этотъ періодъ Jahr und Tag съ 3-мя сроками для уплаты

почти совпадающее съ первыми, основательно признается чистымъ германскимъ правомъ (Mascher, стр. 324, 369, 380), благополучно выдержавшимъ и натискъ римскаго вліянія и сохранившимся въ существующемъ до сего дня (Мекленб. Stadt. Buch-Ordnung 1830 г., Гамбургскій Gesetz v. 4 Dec. 1868 über Gr.-Eig. u. Нур., Бременскіе Erbe—и. Handvesten-Ordg. 1833, 1860). Последнее обстоятельство тоже говорило въ пользу выбора именно Codicillus за главный источникъ нашего изслѣдованія. После мы увидимъ, какой притязательной силой пользовались дожившія до нашихъ дней національныя германскія вотчинно-ипотечныя организации Мекленбурга въ глазахъ современныхъ германскихъ реформаторовъ вотчинно-ипотечнаго режима въ эпоху повышеннаго національнаго движенія 60-тыхъ гг. 19 столѣтія.

1) Сообщение изъ гор. Ribbenitz, Westphalen I, 2064 стр.: „wird allhie einem jeden... seine Güter in Nothfällen zu veräußern, zu verpfänden, oder zu verkaufen erstattet, jedoch aber also, dasz dem negsten agnaten, oder in Mangel derselben, dem Nachbahren angeboten und praesentiret werden müsse...“ и др.

2) Изъ гор. Neu-Brandenburg, Westphalen, I, 2056 и др.

3) Изъ Neu-Brandenburg, Westph. I, 2056; Wittenberg, eod. 2089; Teteraw, eod. I, 2092; Ribbenitz, eod. I, 2064; Woldeck, eod. I, 2072; Pentzlin и др.

4) Neu-Brandenburg, I, 2056: „nach der Stadt-Werth“.

5) Marlaw, I, 2081; Wittenberg, I, 2089 и др.

6) Neu-Brandenburg и др.

7) Это дѣленіе отчужденія на личную сдѣлку и на вещный договоръ констатируется у Stobbe вообще для германскаго права, Stobbe, Hdb. 1893. II, 185 стр. и др. Въ болѣе раннюю эпоху объ стадіи отчужденія, видимо, сливались въ единый актъ, совершаемый на отчуждаемомъ участкѣ. Stobbe, eod.

8) „wird... mit dem Gottes-Pfennig bestaetiget, oder mit dem Wein-Kauf geschlossen, auch bisweilen wohl ein Kauf-Zettel darüber aufgerichtet“. Сообщ. изъ Parchim, Westph. I, 2052; Plau, I, 2096; Ribbenitz, I, 2065; Grabau, I, 2078 и др.

9) Изъ Grabau, Westph. I, 2078; Rrähl, I, 2079; Marlaw, I, 2080.

10) См. ниже.

11) Сообщ. изъ Parchim, Neu-Brandenburg, Plau и др.

цѣны иногда выдается источниками за обязательный ¹⁾. Иногда же источники допускаютъ открыто разсрочку по усмотрѣнію сторонъ, не ограниченную ни числомъ сроковъ, ни общимъ продолженіемъ ихъ ²⁾. Личная сдѣлка объ отчужденіи представляетъ чисто обязательственное отношеніе и допускаетъ даже добровольное отступленіе отъ нея сторонъ,—причемъ, отступающій отъ сдѣлки покупатель утрачиваетъ въ пользу продавца данный имъ задатокъ, а отступающій продавецъ возвращаетъ покупателю двойную сумму полученнаго имъ задатка ³⁾.

II. Передача же вещнаго права на имѣніе слѣдуетъ въ торжественномъ актѣ, имѣющемъ мѣсто въ судѣ или городскомъ совѣтѣ и носящемъ названіе „Verlassung“ или „Auflassung“ ⁴⁾. Этотъ актъ уже рѣшительный для перехода собственности. Поэтому, всѣмъ городскимъ правамъ (да и не однимъ, конечно, городскимъ) извѣстно правило, что, для предотвращенія ущерба 3-хъ лицъ—родственниковъ, которые имѣютъ разнаго рода притязанія на имѣніе ⁵⁾, другихъ заинтересованныхъ, наконецъ, церкви и государства ⁶⁾,—о предстоящей Auflassung дѣлаются публикаціи ⁷⁾.

Когда сдѣланъ послѣдній взносъ цѣны ⁸⁾ ⁹⁾, покупатель требуетъ отъ продавца совершенія Auflassung ¹⁰⁾. Стороны являются въ судѣ ¹¹⁾ или город-

1) Eod.

2) Friedland, Westph. I, 2075; тоже, повидимому, и въ Marlaw, I, 2080, и Teteraw, I, 2092.

3) Friedland, Westph. I, 2075.

4) Въ литературѣ принято болѣе точное названіе этого акта, им. „gerichtliche Auflassung“, Stobbe, Hdb. 1893. II, § 94; Mascher, I, gl. 1, 2. Но это выраженіе применительно уже къ позднѣйшему, развитому праву ср. вв. Первое же время Auflassung совершалась безъ участія суда, Stobbe, eod.

5) См. выше.

6) Сообщ. изъ Gustraw, Westph. I, 2060.

7) Эти публикаціи, судя по свидѣніямъ изъ нѣкоторыхъ городовъ, какъ будто предшествуютъ предъявленію сдѣлки въ судѣ, Plau, I, 2096. Средствомъ публикацій указывается объявленіе съ казеннаго (Cantonal) или съ открытаго мѣста, Plau, eod., Friedland, I, 2076. Кто и въ какіе періоды совершаетъ публикаціи, этого изъ дошедшей изъ Plau не видно. Тамъ, гдѣ публикаціи слѣдовали за предъявленіемъ сдѣлки въ судѣ, она совершалась троекратно судомъ (ниже). Кое-гдѣ и самая обязательственная сдѣлка совершалась судомъ (выше). Можетъ быть, въ этихъ случаяхъ судѣ, осведомленный о сдѣлкѣ, и совершалъ публикаціи. И въ вышеуказанныхъ случаяхъ, надо думать, объявленіе совершалось периодически, можетъ быть даже оно совпадало съ 3-мя сроками уплаты цѣны, такъ какъ этой уплатѣ придавалось огромное значеніе для хода отчуждательной сдѣлки, какъ, съ другой стороны, придавалось значеніе и публикаціямъ для того же хода сдѣлки. Можетъ быть, публикаціи совершали сами стороны, какъ это и было въ глубокую старину при вызовѣ заинтересованныхъ.

8) Friedland, Westph. I, 2075: „Wann der Käufer nach Laut u. Besoge der aufgerichteten Reccesse, den letzten Termin erleget hat“, Neu Brandenburg, I, 2056; Malchim, I, 2068; Marlaw, I, 2080, Teteraw, I, 2092; Plau, I, 2096 и др.

9) А можетъ быть,—и когда совершены публикаціи, гдѣ она предшествуютъ являющейся въ судѣ (Plau I, 2096).

10) См. въ указ. въ прим. 8 сообщенія.

11) „im Gericht u. gelegenden Dinge“, Neu-Brandenburg, I, 2056; „oeffentlich hey dem Richter und Schoepfen“, eod.; „oeffentlich vor gelegten Dinge im Gericht“, Friedland, I, 2075. Судъ предполагается тотъ, въ округѣ котораго лежитъ недвижимость.

ской совѣтъ 1). Иногда отчуждатель сопровождается родственниками 2). Въ судѣ стороны выражаютъ свою волю; читаютъ письменный актъ, содержащій сдѣлку отчужденія 3), и иногда, повидимому, сопровождаютъ свои заявления символическими дѣйствіями 4).

Судъ ведетъ себя активно 5); „опрашиваетъ продавца“ о сдѣлкѣ, вѣроятно, въ интересахъ какъ правового порядка, такъ и сторонъ, напр., о дѣеспособности продавца, о томъ, дѣйствовали-ли онъ добровольно и непри-
нужденно, о томъ, имѣются-ли на лицо условія, при которыхъ только и допускается по нѣкоторымъ правамъ отчужденіе, им. наличность нужды, предварительное предложеніе родственникамъ купли имѣнья, совершеніе публикацій и т. п. 6). Иногда, однако, судъ, повидимому, предлагаетъ отчуждателью лишь торжественный вопросъ.—отчуждае-ть-ли онъ имѣнье; и отчуждатель даетъ краткій отвѣтъ: „да“ 7).

По нѣкоторымъ правамъ 8), именно теперь слѣдуетъ троекратное, юридически совершаемое судьей оглашеніе сдѣлки 9).

1) „auf dem Rathhause für dem regierenden Bürgermeister, dem Kehler-Herr, und dem Stadtschreiber“, Parchim, I, 2052; „vor Richt und Rath“, Marlaw, I, 2080; „ehrbare Rath und Gericht“, Wittenburg, I, 2088; „vorm Rathe“, Plau, I, 2096.

2) „Freundschaft“, Ribbenitz, I, 2064; Marlaw, 2080 и др.

3) „Ihre Kauf-Briefe“, Friedland, I, 2075.

4) „Verlaest Verkäufer dem Käufer mit Hand und Mund“ (Friedland I, 2075); „Musz der Kaeuffer nebenst seiner Frauen, dem Rathverwandten mit Handtastung das Erbe verlass-und abtreten, welcher es hinwiederumb dem Käufer mit Handtastung übergibt, und eine Antwort mit Repetirung der Handlung thut; darauf der Wein-Kauff geschieht und getruncken wird“. (Grabau, I, 2078).

5) Stobbe склоненъ признавать двоятельность суда при совершеніи Auflassung прямо формой процесса, Hdb. 1893, II, стр. 191.

6) Stobbe, cod. § 94.

7) Neu-Brandenburg, I, 2056: „Zuvorher der Verkaeffer gefragt worden, ob er von seinen verkauften Gütern ablaest, und dazu ja gesaget“; то же въ Grabau, I, 2078.

8) Friedland, I, 2075: „darnach (по прочтеніи акта отчужденія въ судѣ) wird das gekaufte Guth durch den verordneten Richter drey unterschiedliche mahl aufgeboten; im Nahmen Gottes, der Landes-Fürsten, Gerichts und des Rathes“. Оглашеніе и тутъ совершается съ Cantzel.

9) Это, повидимому, другая разновидность производства, наиболее естественная для рассматриваемого историческаго момента. Тутъ публикація является уже настоящимъ официальнымъ актомъ, серьезнымъ и влекущимъ за собою важные правовые послѣдствія. Именно въ этой разновидности и встрѣчаемъ публикаціи и теперь въ правѣ Мекленбургскихъ городовъ (Stadt BOg 1829, см. ниже), а также Гамбургѣ (Mascher, стр. 369 и слѣд.) и Бременѣ (eod. 388 стр.). Разновидности соответствуютъ и другія подробности производства. Им. тутъ отсутствуетъ срокъ въ Jahr u. Tag, обязательный для выплаты цѣны. Слѣд. стороны могутъ явиться въ судъ хотя въ день совершенія личной сдѣлки. Но 1) цѣна и тутъ должна быть уплачена ранѣ совершенія Auflassung (выше), 2) публикація и тутъ должны были совершаться въ теченіе известнаго періода, можетъ быть того же Jahr und Tag. За это соображеніе говоритъ общее германское право, согласно которому обезпеченность пріобрѣтателя, выражаемая въ предоставленіи ему rechte Gewehre, могла послѣдовать лишь черезъ Jahr und Tag съ момента объявленія сдѣлки въ судѣ во всеулышаніе (Stobbe, Gewehre).

Гдѣ публикаціи отнесены къ періоду производства о Verlassung въ судѣ, тамъ въ періодъ публикацій вплоть до окончательнаго завершенія Verlassung, а гдѣ публикаціи имѣютъ мѣсто до предъявленія Verlassung въ судѣ, тамъ немедленно же по опросѣ сторонъ, судъ или городекой совѣтъ, въ засѣданіи, въ которомъ рѣшается вопросъ о переходѣ собственности по Verlassung, приглашаютъ и 3-хъ лицъ высказаться о сдѣлкѣ, если этого не было сдѣлано 3-ми лицами еще раньше 1). Воспослѣдовавшія со стороны 3-хъ лицъ возраженія на сдѣлку судъ разбираетъ. И когда все улажено, судъ допускаетъ завершеніе сдѣлки. Продавецъ совершаетъ Verlassung 2).

По совершеніи отчуждателемъ Verlassung слѣдовалъ приговоръ суда. Приговоръ составлялся шеффенами и провозглашался судьей. А въ заключеніе Gerichts-Voigt провозглашалъ миръ владѣнія и объявлялъ защиту его, грозя, что будетъ третировать каждаго нарушителя владѣнія какъ нарушителя правомѣрнаго состоянія 3).

Verlassung, по нѣкоторымъ правамъ, сама по себѣ уже переводила вѣчное право собственности съ продавца на покупателя 4). Нѣкоторыя донесенія прямо называютъ ее Immission, Possession 5) и т. п., желая обозначить, что она отвлеченно передаетъ юридическое владѣніе пріобрѣтеннымъ имѣньемъ 6). Такъ что фактическая традиція имѣнья уже не имѣла собственно для пріобрѣтенія имѣнья никакого юридическаго значенія 7). На основаніи Verlassung пріобрѣтатель уже самъ могъ взять имѣнье во владѣніе и имѣлъ не только противъ отчуждателя искъ о вводѣ во владѣніе, но могъ требовать имѣнье и отъ 3-хъ лицъ, если прежній собственникъ отчуждилъ имѣнье 3-мъ лицамъ и ввелъ ихъ во владѣніе, не совершая для нихъ Verlassung 8).

По нѣкоторымъ правамъ и вводъ во владѣніе совершался судомъ 9).

1) Friedland, I, 2075; Plau, I, 2096; Neu-Brandenburg, I, 2056.

2) Источники выражаются объ этомъ такъ: изъ Parchim, I, 2052: „(по своевременной уплатѣ цѣны) wird solches Erbe und verkauftes Haus auf dem Rathhause für dem regierenden Bürgermeister, dem Kehler-Herrn, und dem Stadtschreiber vom Verkaeuffer für sich und seine Erben, dem Kaeuffer erblich abgetreten, verlassen...“; Friedland, I, 2075: (по изложениіи производства публикаціи, слѣдуетъ) „wenn denn niemand verhanden ist, der widerspricht, so verlaest Verkäufer dem Käufer mit Hand und Mund, von Erben zu Erben“; Plau, I, 2098: (кратко) „werden solche Güther vorm Rathe verlassen“.

3) Friedland, I, 2075: „und wann die Verlassung also würeklich geschehen, so wird durch den Gerichts-Voigt auf Erkaenntniß der Schoepfen, dem Kaeuffer und seinen Erben über das verkaufte Hauss und Guth Hege und Friede gewireket“... Ср. также Stobbe, II, 195, Mascher, стр. 45, 46.

4) Neu-Brandenburg I, 2056; Friedland I, 2075.

5) Plau, I, 2096.

6) Neu-Brandenburg I, 2056; ср. Stobbe, II, 189, 191 и др.

7) Stobbe, II, 189: указываетъ косвенное значеніе ея. Им. фактическая традиція устанавливала тождество отчуждаемаго участка; при ней констатировалось отсутствіе юридическихъ препятствій къ распоряженію имѣніемъ и т. д.

8) Stobbe, II, 189, 191.

9) Stobbe, II, 191 и др.—А въ провинціи, особенно въ глубокую старину, вводъ во владѣніе обставлялся особыми торжественными дѣйствіями, выражавшими, что отчуждатель отказывается отъ своего права въ пользу пріобрѣтателя. Stobbe, II, 186, 188, 189.

Но Verlassung не только устанавливала право собственности. Она влекла большее, им. неоспоримое ни с чьей стороны право собственности. Послѣ Verlassung уже не было мѣста оспариванію отчужденія не только со стороны прежняго собственника, но и со стороны 3-хъ интересентовъ, и, притомъ, ни по какимъ основаніямъ. Въ частности, не было мѣста и вѣдн-кации имѣнья, если-бы отчуждатель оказался не настоящимъ собственникомъ или имѣнье нельзя было отчуждить ¹⁾. Это—послѣдствіе публичной формы, въ которую облекалась Verlassung. И это же есть та національная особенность германской Auffassung, которая такъ рѣзко отличаетъ ее отъ римской традиціи ²⁾. Дѣйствіе Verlassung технически выражается понятіемъ rechte Gewere ³⁾.

Въ нѣкоторыхъ городахъ Verlassung, устная и торжественная, завершала отчужденіе. О записи Verlassung въ судебную или городскую книгу ничего не говорится ⁴⁾.

Напротивъ, въ другихъ городахъ актъ Verlassung былъ болѣе или менѣе тѣсно связанъ съ записью сдѣлки въ судебную или городскую книгу. Причемъ, соотношеніе Verlassung и записи различается по разнымъ городскимъ правамъ. По однимъ правамъ Verlassung и запись мыслятся раздѣльно, какъ два равнозначительныхъ момента одинаго акта отчужденія, или какъ матеріальное содержаніе и форма одинаго акта ⁵⁾.

¹⁾ Ср. Stobbe, II, 192.

²⁾ Ср. Stobbe, II, § 94, Mascher, 45 и слѣд.

³⁾ Источники объ этомъ говорятъ: Neu-Brandenburg I, 2056: „Und koennen folgendes nach solcher Verlassung die verkaufte und verlassene Güter von niemands belanget, oder besprochen werden“; Friedland 2075: „wann die Verlassung also würeklich geschehen, so wird durch den Gerichts-Voigt auf Erkaentniss der Schöpffen, dem Kaeuffer und seinen Erben über das verkaufte Hauss und Guth Hege und Friede gewireket, und behaelt der Verlassene und seine Erben gar keine Gerechtigkeit“; Pentzlin: „und so es aufm Stadtbuch verlassen, kann das nicht wieder gelöset werden“; Brühl, I, 2070 и др. Наоборотъ, гдѣ Verlassung не имѣла мѣста, тамъ открыто признается оспоримость отчужденія 3-ми интересентами, „Freunde“. Marlaw, I, 2081: „die verkauften Güther, wann sie bezahlt, vor Richt und Rath müssen verlassen werden, denn wenn Keine Verlassung geschehen, können die Freunde die Güther allewege anfechten u. ansprechen“. Woldeck, I, 2072.

⁴⁾ Mascher, 46 стр.; Stobbe, II, 192 стр. — Совершенно такой же видъ и дѣйствіе Auffassung имѣла по Sachsenpiegel. B. I, 9, 52. См. Schmidt, Vorles. über d. in dem Kgr. Sachsen Gelt. PR. Leipzig 1869, I, 209.

⁵⁾ Neu-Brandenburg I, 2056; Friedland I, 2075, Marlaw; Gustraw и др. — Вообще книги для записи Verlassung велись далеко не во всехъ германскихъ городахъ. Mascher, 62 стр. Въ провинціи же книги и вовсе были рѣдкимъ явленіемъ. А гдѣ онѣ и встрѣчались, онѣ имѣли главной задачей опредѣленіе оброчныхъ отношеній крестьянскихъ имѣній а не оборотъ; онѣ вообще не получили тамъ ни особаго значенія, ни целесообразной организации. Stobbe, II, 565.

⁶⁾ Parchim, I, стр. 2052 (по современной уплатѣ дѣны): „wird solches Erbe und verkaufte Haus auf dem Rathhause... vom Verkäufer für sich und seine Erben, dem Kaeuffer erblich abgetreten, verlassen, und alsofort die Verlassung in der Stadt-Buch verzeichnet, und behaelt der Verkaeuffer gar nichts daran“; Plau, I, 2096: „Wann aber der letzte Termin zum richtigen Kaufe erleget, als werden solche Güther auf ihrer allerseits

По другимъ же правамъ, Verlassung всецѣло исчезаетъ въ записи, запись замѣняетъ Verlassung и она-то и называется Verlassung. Стороны тутъ предъявляютъ актъ отчужденія и присутствуютъ при совершеніи записи ¹⁾. Если въ изложенныхъ нами до сихъ поръ случаяхъ власти принадлежала болѣе или менѣе значительная активная роль при совершеніи Verlassung, то, по нѣкоторымъ правамъ, Verlassung уже всецѣло совершается властью, которая выступаетъ какъ посредница между сторонами, придавая акту всю полноту официального значенія ²⁾.

Begeh vom Rathe verlassen, auch die Verlassenschaft sowohl, als das bezahlte Kauf-Geld, darnach in des Raths oder Stadt-Buch gezeichnet, und erlangt also der Kaeuffer die würekliche Possession“. Ribbenitz: „Der Verkäufer, so bald er den letzten Termin wegen der verkauften Güther erleget, und die ganze Kauf-Summe bezahlt, dem Kaeuffer solche Güter vor den Sitzenden Rath aufgetragen und verlassen werden; alsdenn und nicht eher wird solches ins Stadtbuch verzeichnet und hat der Verkäufer an den verkauften Güthern so lange diese Gerechtigkeit“; Woldeck, I, 2072: „und da solcher Kauf von dem Kaeuffer gerichtlich verlassen und in das gerichtliche Schöpfenbuch verzeichnet, als wird der Kaeuffer und seine Erben bey solchen Kauf billig geschützt und gelassen“; Malchimi: „wann Aecker, Gaerten oder Hauser erblich gekauft und bezahlt werden, dasz alsdann der Verkäufer dem Käufer dasselbe quit und frey ohne Einsage für uns verlassen und ins Stadt-Buch geschrieben werden muss“; въ этомъ же смыслѣ гласитъ заявленіе изъ Brühl, I, 2080 и друг. — Ср. также Stobbe, II, 193: „возникло правовозрѣніе, что право переходит не съ Auffassung передъ судомъ, а съ послѣдующей записью Auffassung въ книгу и что записанное въ судебную книгу право можетъ быть и утрачено только съ записью; Mascher, 53 стр.

¹⁾ Wittenberg [2089]: „Wann dieselben (т. е. liegende Güter) mit Vorwissen eines ehrbaren Raths und gericht, und ihrer Zugeordneten verkauft, Vertraege aufgerichtet und darnach Solcher Contract in Gegenwart bey der Partheyen, und zwey oder drey Bürgern umb Zeugnis willen fürn Stadt-Buch vollzogen, verlassen, aufgetragen und eingeschrieben wird, dasselbe wird für beständig gehalten, und die Parthen dabey geschützt. (Da aber sonst heimliche Contracten geschehen, und folgendes unter dem Kaeuffer und Verkäufer, oder derselbigen Erben Irrunge entstünden, und darüber geklaget wird, wird der Vertrag für nichtig gehalten)“; Teteraw, I, 2093: „Der Verkaeuffer ist schuldig... dem Kaeuffer das, was er ihm verkauft, auf Stadt-Buch quit und frey zu verlassen, auch aller Ansprache Noth und Schadloss zu halten“; Pentzlin, I, 2082: „...und so es aufm Stadtbuch verlassen, kann das nicht wieder gelöset werden“; Sternberg, I, 2062: „иногда Verlassung въ видѣ записи въ Stadt-Buch, куда записываются и всевозможныя условія сдѣлки“. — Свѣдѣнія изъ мекленбургскихъ городовъ не указываютъ на 3-й видъ соотношенія Verlassung къ записи, наиболее первобытный, известный другимъ германскимъ правамъ, именно, гдѣ запись Verlassung имѣла лишь подчлениное значеніе и предназначалась лишь для памяти и доказательства совершенія Verlassung, которой исключительно принадлежало все значеніе передаточнаго акта. См. Mascher 53 стр., Stobbe, 193 стр.

²⁾ Neu-Brandenburg, I, 2056: „bey Erlegung des letzten Termins Kauf-Gelds von dem Kaeuffern im Gericht und gehenden Dinge, die Immission der erkaufften Güther, durch den Gerichts Procuratoren, öffentlich bey dem Richter und Schoepffen gefodern, die der Richter auch Ampts halber, wann zuvorher der Verkaeuffer gefragt worden, ob er von seinen verkaufften Gütern ablaest, und dazu ja gesaget, auch niemandes verhanden, der dawieder Einrede haette, stipulata manu den Kaeuffern würeklich allda in der Gerichtsstelle, in Beyseyn des gantzen Umstandes thut, und behaelt der Verkaeuffer für solcher gerichtlichen Immission an die verkaufften und tradirten Güther keine andere Gerechtigkeit, den tacitam hypothecam et prioritatem des unbezahlten Kaufgeldes halber, be-

Мы указали то различное значение, какое запись имела при Verlassung. Содержание записи в то время было, видимо, довольно обстоятельное. Может быть, даже, в книгу заносилось все содержание письменного акта сделки ¹⁾. Тамъ, гдѣ Verlassung выступала в тѣсномъ соединеніи съ записью в книгу, и дѣйствіе ея, им. установленіе rechte Gewere, наступало

sage der Rechte, und koennen folgendс nach solcher Verlassung die verkaufte und verlassene Güter von niemandes belanget, oder besprochen werden“; Lage, I, 2086: „...so bald jemand etwas verkaufft, wird mit unsern Wissen und Willen ins Stadt Buch verzeichnet, und von dem ältesten Bürgermeister verlassen, und was er nach Verkaufung, es sey Acker oder Häuser, vor sich behaelt, wird er billig dabey geschützt“. — Ср. Stobbe, II, 193: Кое-гдѣ Auflassung получила квалицированное значеніе: право переходило не прямо отъ отчуждателя къ приобретателю, а сначала отъ отчуждателя къ судья, а потомъ отъ судьи къ приобретателю, какъ будто имѣла мѣсто судебный процессъ, гдѣ приобретатель получаетъ право такъ, какъ его провозглашаетъ судья. Именно, несмотря на недостатки права у отчуждателя, приобретатель получаетъ безпорочное право и неуязвимое, — rechte Gewere“.

1) По крайней мѣрѣ, донесенія изъ нѣкоторыхъ городовъ сообщаютъ, что в книгу заносились не только передачи собственности, но и разнаго рода побочная волеопредѣленія сторонъ, даже уплаты цѣны (Sternberg, I, 2063: „die Verlassung... in das Stadtbuch verzeichnet werde: Wäre es aber das etwa der Kaeuffer eine Bedingung sich vorbehalten wolte, wird solches verschrieben, und darüber gehalten“; Wittenburg, I, 2088; Plau, I, 2096). — Какое названіе носили книги и какъ онѣ были организованы, объ этомъ донесенія городовъ даютъ скудные указанія. Въ донесеніяхъ, касающихся Verlassung, книга называется общѣ-Stadtbuch (Parchim, I, 2052; Sternberg, 2062; Malchim, I, 2058; Brühl, I, 2079; Pentzlin, I, 2032; Lage, I, 2086; Wittenburg, I, 2088; Teteraw, I, 2092; Plau, I, 2095 и др.). Весьма возможно, что въ незначительныхъ городахъ одна общая книга служила для всякаго рода записей, а не только для записей, касающихся вотчиннаго оборота. У Stobbe, II, 562 и слѣд., Mascher, гл. 2, мы встрѣчаемъ случаи такихъ въ полной мѣрѣ неорганизованныхъ книгъ, куда записывались самыя разнообразныя сделки, въ хронологическомъ порядкѣ. И этотъ беспорядочный видъ книги былъ, повидимому, правиломъ въ первое время по возникновеніи ихъ. Но современемъ почувствовались неудобства такихъ книгъ, особенно въ городахъ съ живымъ оборотомъ (Mascher, 55), и тогда стали упорядочивать и специализировать книги. Именно, стали заводить особыя книги для разныхъ видовъ сделокъ: книги для отчужденій собственности, книги для обремененій недвижимостей залогомъ и т. д. (Stobbe II, 503, Mascher, 55 и слѣд.). Тогда специализировались и названія книгъ. Такъ, въ Гамбургѣ велась Erbe—Buch, или libri hereditatum, вотчинная книга, а рядомъ Rentenbuch, ипотечная книга (Mascher, 53 стр.); въ Ростоккѣ также: Erbe-oder Hausbuch, или libri hereditatum, т. е. вотчинная книга, и рядомъ Pfand—oder Rentenbuch, или liber reddituum et hereditatum obligatarum (см. Mecklenburger Urkundenbuch, I, XLVIII, II, 614а); въ Любекѣ: Ober-Stadtbuch, Niederstadtbuch и т. д. (Mascher, 55). Рядомъ съ этимъ предметнымъ дѣленіемъ стали вводить территориальное дѣленіе: въ Гамбургѣ—по приходамъ, въ Мюнхенѣ—по кварталамъ; особенно же развито было территориальное дѣленіе въ Кельнѣ. — Стали, въ известной мѣрѣ, добавляться и удобства при осмотрѣ правоотношеній по отдѣльнымъ участкамъ; для этого заводили алфавитные указатели участковъ, а въ Кельнѣ соединили въ одинъ волюмъ все акты, относящіеся до отдѣльныхъ участковъ, отчего получалась возможность легко осмотрѣть юридическую судьбу каждаго участка за известное время. Наконецъ, усовершенствовались веденіе книгъ и въ томъ отношеніи, что стали совершать записи въ экстрактивной формѣ, указывающей лишь сущность правоотношенія; такъ было, напр., въ Гамбургѣ (Mascher, 369 и слѣд.). Но все эти удобства совершались въ городахъ, подъ давленіемъ живаго оборота, въ провинціи же въ ср. вѣк. книги имѣли слабое развитіе, возникали лишь въ интересахъ верховныхъ собственниковъ, содержали лишь перечень оборочныхъ отношеній, имѣли беспорядочный видъ (Stobbe, II, 565).

съ записью в книгу ¹⁾. Гѣйствіе Verlassung, по общему правилу, наступаетъ немедленно ²⁾. И только по одному праву, родственникамъ (конечно, и другимъ интересентамъ) все еще принадлежало право оспариванія отчуждательной сделки въ теченіе Jahr und Tag, но истеченіи каковаго срока такое право отпадаетъ ³⁾.

§ 4. Правовыя формы реального кредита въ средневѣковой Германіи. Общая замѣчанія.

Ученіе германистовъ объ этихъ формахъ пережило длинную исторію, лишь до известной степени завершившуюся къ нашему времени. До начала 19 ст. романизованная теорія путалась въ объясненіи природы средневѣковыхъ формъ реального кредита, такъ какъ послѣднія слишкомъ рѣзко отличались отъ римскихъ организацій Юстиниановыхъ компиляцій. Aeltere Satzung, эту господствующую форму реального кредита среднихъ вѣв., юристы склонны были конструировать какъ продажу съ правомъ выкупа. И подтвержденіе этого взгляда не трудно было найти въ оборотахъ источниковъ. Neuere Satzung выдавали за реципированную изъ римскаго права ипотеку. Albrecht ⁴⁾ въ началѣ 19 ст. пытался доказать, что германское право знало кромѣ Eigenthumsgewere еще Pfandgewere и что въ Германіи уже въ средніе вѣв. было двѣ формы настоящаго залога: aeltere Satzung, гдѣ залогъ переходитъ въ пользованіе кредитора и гдѣ кредиторъ не имѣетъ права отчужденія залога, и neuere Satzung, гдѣ заложенаи недвижимостью остается у должника и гдѣ кредиторъ имѣетъ право отчужденія залога. Albrecht придалъ такое названіе обѣимъ формамъ реального кредита въ увѣренности, что между ними существуетъ историческая и генетическая преемственность, и что neuere Satzung не только явилась поздѣе, но и выродилась изъ aeltere Satzung и отличается отъ послѣдней только тѣмъ, что пользованіе недвижимостью принадлежитъ при ней залогодателю. Со временемъ, однако, набралась матеріалъ, на основаніи котораго были подвергнуты сомнѣнію какъ историческая преемственность обѣихъ Satzungen, такъ и внутреннее средство ихъ. И вотъ Meibom ⁵⁾ предпринимаетъ новую переработку ученія о формахъ реального кре-

1) Parchim, I, 2052; Sternberg I, 2062; Malchim, I, 2058; Brühl, I, 2079; Pentzlin, I, 2082; Lage, I, 2086; Wittenburg, I, 2088; Teteraw, I, 2092; Plau, 2096 и др.

2) Такъ рисуютъ его все донесенія мекленбургскихъ городовъ, кромѣ Wittenburg.

3) По праву Wittenburg, I, 2088. Замѣчательно, что свидѣнія изъ Wittenburg ничего не говорятъ ни о разсрѣдѣ цѣны на Jahr und Tag и публикаціяхъ о сделкѣ до предьявленія ея въ судъ (какъ въ Plau), ни о трехкратномъ оглашеніи сделки судомъ по предьявленіи ея въ судъ, но о заключеніи ея въ судъ (какъ во Friedland, I, 2075). Мо- жетъ быть, мы имѣемъ въ Wittenburg третью разновидность публикацій сделки, именно совершаемыхъ послѣ записи сделки въ книгу въ періодъ, когда сделка подвержена оспори- ванію (Jahr und Tag). Такая организація вотчиннаго режима не была рѣдкою въ то время, да и теперь известна нѣкоторымъ правамъ. У Stobbe (II, 192, 193) мы находимъ примѣры подобной оспориваемости записи для средневѣковаго права; изъ современныхъ же законодательствъ этой системы держится Австрійское право, которое, кстати замѣчу, усвоило ее изъ средневѣковой организація вотчиннаго режима ботемскихъ Landtfael (ниже).

4) Die Gewere. Königsberg 1826.

5) Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.

дита въ ср. вв. Въ результатъ своихъ изслѣдованій, Meibom приходитъ къ убѣжденію, что *aeltere Satzung* и *neuere Satzung* суть организаціи, по существу различныя. Первая является мѣновой сдѣлкой, *Tauschgeschäft*, обменомъ капитала за пользованіе недвижимостью; отсюда Meibom признаетъ существенное сходство *Satzung* съ *Verkauf auf Wiederkauf* и не только экономическое, но и правовое; различіе отношеній состоитъ лишь въ томъ, что при *Satzung* обменъ не затрагиваетъ субстанціи недвижимости. Отсюда же Meibom признаетъ и долю истины въ ученіи старыхъ германистовъ (до Альбрехта) ¹⁾. Напротивъ, *neuere Satzung* есть чисто кредитная сдѣлка, *Satzung im Schuld* и представляетъ договоромъ установленное перцепируемое состояніе экзекуціи недвижимости въ пользу кредитора. Первая *Satzung* есть вещное право, даетъ кредитору *Gewere*, возникаетъ путемъ *Auflassung*, прекращается выкупомъ или поступленіемъ недвижимости въ собственность кредитора; вторая не даетъ ни вещнаго права, ни *Gewere*, базируется (на судебномъ) запрещеніи собственнику отчуждать недвижимость, возникаетъ безъ *Auflassung*, путемъ частнаго или судебного акта и выполняется въ экзекуціи на недвижимость. Meibom внесъ много новаго въ уясненіе вопроса, но онъ все же не разрѣшилъ послѣдняго окончательно, напримѣръ, не выяснилъ истиннаго соотношенія *Satzung* къ *Kauf auf Wiederkauf*, какъ равно и того, почему обменъ капитала на пользованіе недвижимостью завершается при *aeltere Satzung* въ извѣстныхъ случаяхъ приобрѣтеніемъ самой субстанціи вещи кредиторомъ. Причиной этому служило отчасти то, что Мейбомъ безъ критики усвоилъ дѣленіе *Satzung* на *aeltere* и *neuere*, провозглашенное Альбрехтомъ. А между тѣмъ самое это дѣленіе оказывалось не точнымъ, и ключъ къ уразумѣнію вопроса находился въ предварительномъ установленіи понятія *Satzung* ²⁾. И вотъ *Franken* ³⁾ говоритъ послѣднее слово по разсматриваемому вопросу. Путемъ остроумнѣйшаго анализа французскихъ, нѣмецкихъ и англійскихъ средневѣковыхъ источниковъ права талантливѣйшій ученый пытается установить природу *Satzung* и этимъ путемъ дойти до уясненія истиннаго смысла организаціи *aeltere* и *neuere Satzung*. Хотя автору и не удалось докончить своего труда, такъ что мы имѣемъ отъ него только общее ученіе о *Satzung*, изслѣдованіе *aeltere Satzung* и общія замѣчанія о *neuere Satzung*, но и результаты этой работы получились самые блестящіе. Франкенъ остроумно доказалъ, что не только термины *aeltere* и *neuere Satzung* не вѣрны, такъ какъ *neuere Satzung* вовсе не есть *Satzung*, но что и классификація формъ реальнаго кредита на *aeltere* и *neuere Satzung* не вѣрна, не только потому, что въ основѣ ея не лежитъ точнаго признака дѣленія, но и потому, что *aeltere Satzung*, какъ ее принято понимать, не есть простое понятіе, а есть сложное явленіе, — именно комбинація чистой *Satzung* съ другимъ правоотношеніемъ,

¹⁾ Стр. 273, 353, 401. Berlin, 1873, стр. 2.

²⁾ Довольно распространеннымъ становится и тотъ взглядъ, что *neuere Satzung* вовсе не *neuere*, а такъ же стара, какъ *aeltere S.* и что обѣ онѣ служили только различнымъ бытовымъ условіямъ, причѣмъ *aeltere S.* больше отвѣчала деревенскому строю, а *neuere* — городскому. — См., напр., Heusler, Institutionen.

³⁾ *Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalt.* Berlin, 1879.

о которомъ скажемъ ниже. Положительные выводы, къ которымъ приходитъ Франкенъ, можно формулировать такъ.

Средневѣковое германское право имѣло два источника правообразования: *Volksrecht* и *Amtsrecht*: первый источникъ — древнѣйшій, второй — болѣе поздній. Правообразование *Volksrecht*, въ свою очередь, пережило двѣ стадіи развитія, древнѣйшую и позднѣйшую. Древнѣйшая стадія правообразования *Volksrecht* отражаетъ такую экономическую эпоху, когда право собственности на субстанцію недвижимости еще не выработалось и все отношеніе по недвижимости сводилось къ праву пользованія. Пользованіе было объектомъ всѣхъ отношеній по недвижимости. Эта-то эпоха и была не только колыбелью, но и ареной господства *Satzung* въ ея чистомъ и точномъ значеніи. Въ этомъ значеніи *Satzung* есть широкое понятіе, означающее неизмѣнно обменъ пользованія недвижимости на капиталъ. Такимъ образомъ, *Satzung* была не *species*, а *typus*, подъ который въ каждомъ случаѣ вкладывалось, по волѣ сторонъ, специальное содержаніе. Въ одномъ случаѣ *Satzung* играла роль купли, въ другомъ — *datio in solutum*, въ третьемъ — залога. Однако, во всѣхъ этихъ специальныхъ примѣненіяхъ типической *Satzung* правовое строеніе послѣдней оставалось неизмѣннымъ; варьировалось только намѣреніе сторонъ (*intentio*) да развѣ соотношеніе обменываемыхъ капитала и пользованія; такъ, при куплѣ покупатель выступалъ съ предложеніемъ, при *datio in solutum* — собственникъ предлагалъ *Satzung* въ уплату своего долга. Что же касается интересующаго насъ всего болѣе случая, когда *Satzung* являлась правовой формой реальнаго кредита, или, говоря болѣе обычнымъ въ литературѣ языкомъ, когда *Satzung* являлась *Pfandsatzung*, — то вся особенность этого случая примѣненія *Satzung* выражалась только въ томъ, что предоставленіе капитала имѣло значеніе аванса за пользованіе и что стороны имѣли въ виду: одна — кредитовать, а другая — за этотъ кредитъ предоставить пользованіе недвижимостью. Въ подробностяхъ различались три случая: 1) пользованіе идетъ въ %, 2) пользованіе идетъ на погашеніе кредитованной суммы, 3) пользованіе идетъ частью въ %, частью на погашеніе кредитованной суммы. Хотя эти случаи носили разное наименованіе, но правоотношеніе вездѣ было одинаковое. Только прекращеніе *Satzung* слѣдовало различными способами: въ первомъ случаѣ имѣлъ мѣсто выкупъ (*Einlösung*), во второмъ и третьемъ — возвращеніе права пользованія къ должнику, съ покрытіемъ изъ доходовъ отъ вещи кредитованной суммы (*Rückfall*). Но никогда *Satzung*, при которой право на субстанцію недвижимости вовсе не затрагивалось, не влекла перехода собственности на субстанцію къ кредитору. Отсюда, какъ бы долго *Pfandsatzung* ни существовала, при ней всегда пользованіе было только временнымъ. Отчуждатель пользованія всегда имѣлъ тутъ право востребованія, наличность котораго и указывала на срочность правоотношенія. Пользователь, конечно, имѣлъ *Gewere* на пользуемую недвижимость, ибо *Gewere* имѣла мѣсто вездѣ, гдѣ было на лицо живое отношеніе къ недвижимости, а особенно право извлеченія изъ недвижимости плодовъ. *Gewere* была защитной правомъ видимостью отношенія къ вещи. Изъ всего сказаннаго съ очевидно-

стью слѣдуетъ, что при *Satzung*, служившей роли залога, или *Pfandsatzung*, не имѣло мѣста никакое долговое отношеніе, какъ не имѣеть мѣста никакое долговое отношеніе при наймѣ недвижимости, когда наематель напередъ уплачиваетъ сумму наемной платы. *Satzung* есть самодовлѣющая, единая, двусторонняя сдѣлка, при которой за впередъ выдаваемый капиталъ предоставляется временное пользованіе недвижимостью. Выражаясь не совсемъ точно юридически, *Pfandsatzung* есть купля пользованія или купля натуральной ренты.

Позднѣе, когда выработалось понятіе права собственности на субстанцію недвижимости, *Satzung* все еще продолжала существовать, такъ какъ собственность на субстанцію все еще была оцутана массой социальныхъ связей, не допускавшихъ свободы оборота ея, какъ ленное отношеніе, право родственниковъ и т. д. Да и капиталовъ было еще мало для того, чтобы субстанція недвижимости могла быть часто отчуждаемой. Но все же, рядомъ съ *Satzung*, оперировавшей съ пользованіемъ недвижимости, на той же почвѣ *Volksrecht* выдвигается въ эту вторую эпоху и *Proprietät*, оперировавшій съ субстанціей недвижимости. Рядомъ съ *Nutzungsrecht* *dominium utile* обогатается новымъ правомочіемъ *Veräußerungsrecht*. Но и распоряженіе субстанціей недвижимости въ то время имѣло видъ типа и не получило еще для разныхъ самостоятельныхъ правовыхъ случаевъ распоряженія особыхъ и специальныхъ техническихъ-юридическихъ признаковъ. Поэтому, когда хотѣли привлечь самую субстанцію недвижимости къ служенію ея пѣли залога, тогда совершали такое же отчужденіе недвижимости, какое совершали въ случаѣ купли, *datio in solutum* и т. д. и лишь обставляли это отчужденіе соответствующимъ условіемъ: „*si non solvero, res tua erit*“ и совершали условную инвеституру. Приобрѣтатель и тутъ имѣлъ *Gewere*. Сдѣлка и тутъ была наличной, „*Vaargeschäft*“, „*Zug um Zug*“ и самостоятельной, рядомъ съ которой не существовало, да и не было мѣста никакому долговому отношенію, какъ ему нѣтъ мѣста при отчужденіи за наличныя деньги. Но это была уже организація реального кредита, базировавшая не на пользованіи, а на субстанціи недвижимости. Въ противоположность *Pfandsatzung*, или просто *Satzung*, это былъ *Proprietätspfand* въ его старинномъ подвидѣ — *Verfallpfund*, т. е. условное отчужденіе, завершавшееся, въ случаѣ неуплаты въ срокъ капитала, переходомъ недвижимости въ окончательную собственность условнаго приобретателя, или кредитора. До наступленія же условія собственникомъ былъ отчуждатель, а приобретатель имѣлъ лишь *jus ad rem*, лишь простую *Anwartschaft*, подобно *Eventualbelehnung*. Вотъ почему въ чистомъ видѣ, отрѣшенномъ отъ *Satzung*, эта форма реального кредита могла получиться только тамъ, гдѣ, съ одной стороны, актъ передачи собственности на недвижимость изъ конкретнаго сталъ абстрактнымъ, такъ что отчужденіе собственности было возможно безъ передачи самой недвижимости, но гдѣ, съ другой стороны, *jus ad rem* стало способнымъ къ *Gewere*, такъ что приобретатель, не имѣя непосредственнаго отношенія къ недвижимости, имѣлъ абсолютное, защищенное противъ 3-хъ лицъ право на недвижимость и не боялся отчужденія недвижимости со

стороны отчуждателя въ 3-и руки. Таковъ и есть англійскій *Mortgage*. На материкѣ Европы чистый видъ *Proprietätspfand* встрѣчается изрѣдка въ обычаяхъ странъ *nantissement* во Франціи, тоже конструируемый какъ условное отчужденіе.

Въ Германіи же намекъ на него мы встрѣчаемъ въ конструкціи *Kauf auf Wiederkauf*, которая, съ меньшимъ приближеніемъ къ истинѣ, чѣмъ англійскіе и французскіе источники, хочетъ выразить въ тѣхъ же римскихъ правовыхъ понятіяхъ тоже правовое явленіе, им. условное отчужденіе какъ форму реального кредита. Но на материкѣ встрѣчается часто комбинація *Proprietätspfand*, въ указанной выше формѣ условнаго отчужденія, съ *Pfandsatzung*, причеиъ, такая комбинація, гдѣ *Satzung* прекращается съ наступленіемъ условія, влекущаго превращеніе условнаго отчужденія въ окончательное отчужденіе. Эта комбинація двухъ разнородныхъ отношеній являлась не только на материкѣ, но и въ Англии, до образованія тамъ *Mortgage* чистаго вида, — истинной необходимостью. Необходимой была комбинація разнородныхъ отношеній потому, что *Gewere* была тогда необходимымъ предположеніемъ правовой защиты отношенія къ недвижимости противъ 3-хъ лицъ, а *Gewere* имѣла тогда своимъ предположеніемъ фактическое пользованіе недвижимостью: отсюда, отчужденіе субстанціи недвижимости, когда оно совершалось еще не абстрактно, а конкретно, являлось въ то же время отчужденіемъ пользованія; съ того же времени, когда отчужденіе стало абстрактнымъ актомъ, получилась въ принципѣ возможность отдѣлять условное отчужденіе субстанціи отъ отчужденія пользованія, но получавшееся условнымъ приобретателемъ *jus ad rem*, безъ одновременнаго полученія пользованія, не давало *Gewere* и не защищалось противъ 3-хъ лицъ, такъ что и тутъ, ради защиты противъ 3-хъ лицъ, условный приобретатель нуждался въ одновременномъ приобретеніи пользованія, которое только и сопровождалось *Gewere*. Лишь съ тѣхъ поръ, какъ абстрактное отношеніе *jus ad rem* само по себѣ сопровождалось *Gewere*, сталъ возможенъ разрывъ комбинаціи и возникновеніе чистаго вида *Proprietätspfand*. На материкѣ, повторяемъ, послѣдній рѣдко и встрѣчается. Изъ сказаннаго ясно, что первый шагъ къ *Verfallpfand* въ области дѣйствія *Volksrecht* долженъ былъ быть совершенъ черезъ *Nutzungs-pfand*. Отсюда и оправдывается въ извѣстной мѣрѣ мнѣніе, что *Eigentums-verpfändung* развилась изъ *nutzbare Satzung*. Англійскій *Mortgage* со временемъ превратился путемъ практики судовъ справедливости изъ *Verfallpfand* въ *Verkaufspfand* и сталъ настоящей, хотя и своеобразной, ипотекой, дѣйствующей и до сихъ поръ въ Англии ¹⁾.

Во Франціи *Proprietätspfand* издавна уступалъ чистой *Satzung* и рано встрѣтилъ сильнаго конкурента себѣ въ *Obligation* (= *neue Satzung*). Въ Германіи же, повидимому, дольше и распространяеиъ дѣйствовала комбинація, которая часто и принимается въ современной нѣмецкой литературѣ также за *altere Satzung*, какъ и чистая *Satzung*. Но и въ Германіи, со вре-

¹⁾ Мы еще встрѣтимся съ нею въ ученіи объ Автѣ Торренса.

917571

менемъ, рядомъ со старыми формами выдвинулась новая, получившая невѣрное названіе *neue Satzungen* (=Obligation), къ которой намъ и предстоитъ теперь перейти.

Выше мы уже сказали, что со временемъ на ряду съ *Volksrecht* выступилъ новый источникъ правообразования, *Amtsrecht*. Въ эпоху господства *Amtsrecht* недвижимость уже была менѣе связана социальными узми, капиталовъ было больше и движеніе собственности на недвижимости живѣе. Къ этому времени земля стала доступной процессуальному нападению по поводу иначе не полученнаго удовлетворенія по требованіямъ—и экзекуція на недвижимость развивалась. На почвѣ этого-то *Amtsrecht* и возникла совершенно новая и по существу отличная отъ выше очерченныхъ кредитная или залоговая организація, не точно названная въ Германіи *neue Satzungen*, а во Франціи—*Obligation*. Она имѣла общаго съ прежнимъ *Proprietätspfand* то, что она также базировала на субстанціи недвижимости и также, какъ тотъ подъ конецъ своего развитія, она съ самаго начала являлась *Veräußerungspfand*, т. е. завершалась отчужденіемъ. Но она была по существу отличной отъ старыхъ организацій. Именно, новая организація покоилась на *Bann*, въ то время, какъ старая—на формальномъ актѣ инвеституры (*Auflassung*); новая съ самаго начала не пуждалась въ *Gewere* и не давала *Gewere*, при ней все сводилось не къ правоотношенію къ вещи, а къ ограниченію воли собственника обремененной недвижимости. Запрещеніе отчужденія—вотъ юридическая сигнатура новой формы залога. Но это была связанность лица, а не связанность вещи. Никакого господства непосредственнаго ни фактическаго, ни юридическаго надъ вещью у кредитора не было. Идея вещной связанности вещи безъ всякаго вѣбнаго, видимаго воплощенія не была известна германскому правовоззрѣнію. *Gerichtsbann*, — этотъ корень экзекуціи недвижимости, есть вмѣстѣ съ тѣмъ и корень новой организаціи залога. Экзекуція и *neue Satzungen* шли въ правообразованіи общимъ путемъ. Но право отчужденія не есть существенный признакъ новой организаціи, ибо оно принадлежало тогда всякому кредитору *ipso jure* Сущность ея выступаетъ въ мѣрахъ предупрежденія несостоятельности должника, именно въ запрещеніи отчужденія опредѣленныхъ предметовъ.

Какъ бы то ни было, но эта новая организація есть уже специально-кредитная, или—специально залоговая.

Къ сожалѣнію, этими общими намеками Франкену только и пришлось ограничиться въ замѣчаніяхъ о *neue Satzungen*, точнѣе *neue Proprietätspfand*, или *Veräußerungspfand*. Предполагавшійся специальный очеркъ не состоялся.

Подводя итоги своей теоріи, Франкенъ намѣчаетъ такую схему залоговыхъ формъ средневѣковаго германскаго права. Прежде всего, мы имѣемъ дѣленіе формъ на двѣ главныя половины: I *Nutzungs*—или *Satzungspfand* и II *Veräußerung*—или *Proprietätspfand*. Тамъ—кредитъ базируется на пользованіи, тутъ—на субстанціи недвижимости. Первая группа имѣетъ разновидности: 1) амортизаціонная *Satzungen*, прекращающаяся, по правилу, возвра-

щеніемъ недвижимости собственнику и, въ свою очередь, подраздѣляющаяся на чисто амортизаціонную, гдѣ доходъ направляется всецѣло на погашеніе капитала—*Vifgage*“, *Todsate*“;—и на амортизаціонную, но связанную съ натуральнымъ % — *Antichrese*“; 2) *Zinssatzungen*, прекращающаяся путемъ выкупа только, *Mortgage*“ (противоположеніе нѣмецкой *Todsate*).

Вторая группа подраздѣляется: 1) на старую организацію *Proprietätspfand*, представляющую собою условную инвеституру, таковы: англійскій—*Mortgage*, французскій—*Nantissement*, нѣмецкій—*Pfandschaft*; эта старая организація имѣетъ подвидами: а) старѣйшую организацію—*Verfallpfand* и в) позднѣйшую организацію—*Distractionspfand*, и далѣе: а) такую, возникновеніе которой слѣдовало путемъ натуральной традиціи и в) такую, при которой традиція стала отвлеченной. 2) Новая организація *Proprietätspfand*, называемая Мейбомомъ: *Satzungen als Anweisung von Executionsobjecten*“, по правилу возникающая безъ всякой традиціи и, по правилу же, цѣпляющаяся на отчужденіе; во Франціи это—*Obligation*.

III. Наконецъ, комбинаціи 1 1 и 2 съ II 1.

Теорія Франкена, способна объяснить многое въ самыхъ запутанныхъ вопросахъ ученія о средневѣковыхъ формахъ залога. А данная имъ схема устанавливаетъ преемственность между его теоріей и классификаціей и такими же—его предшественниковъ. Необходимо только помнить, что понятія *aelttere* и *neue Satzungen*, по утверженію Франкена, не вскрываются этими выраженіями и что первое выраженіе иногда означаетъ простую организацію (*Satzungen*), иногда же—и сложную (*Satzungen* съ *älteres Proprietätspfand*).

Почему, въ конспективномъ очеркѣ, какимъ невольно является настоящей очеркъ, я лишь отгѣчаю внесенному Франкеномъ поправку въ ученіе о формахъ средневѣковаго залога и, въ цѣляхъ понятныхъ удобствъ, буду держаться обычной схемы, не забывая лишь ея истиннаго значенія.

§ 5. *Aelttere Satzungen*.

I. 1. *Aelttere Satzungen*, несомнѣнно, институтъ древній и всецѣло носитъ печать натурального строя хозяйства и примитивнаго правовоззрѣнія. Это подтверждается всѣмъ строеніемъ ея. Она происходитъ, какъ утверждаютъ некоторые ¹⁾, изъ той глубокой древности, когда земля еще не была отчуждаема и когда собственникъ распоряжался только пользованіемъ земли, которое было основой и реальнаго кредита. Въ мою задачу, однако, не входитъ изслѣдованіе развитія института въ средніе вѣка, а лишь изображеніе его наканунѣ реценціи римскаго права ²⁾. Сначала *aelttere Satzungen* была об-

¹⁾Franken, Das französische Pfandreht im Mittelalter. Berlin 1879, Viollet, Précis de l'histoire du droit français. Paris 1883.

²⁾ И здѣсь главнымъ источникомъ мнѣ будетъ служить тотъ же „Codicillus“.—Для ознакомленія съ развитіемъ *aelttere Satzungen* въ средніе вв. могу отослать читателя къ Мейбому, Das deutsche Pfandreht. Marburg 1867; Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalter Berlin 1879; Mascher, Das deutsche Grundbuch.—и Н. Wesen. Berlin 1869, 49 стр.; конспектъ этого у Stobbe, II, 293 и слѣд. и друг.

шей и единственной формой реального кредита. Позднѣе она удержалась, главнымъ образомъ, только въ провинціи. Въ городахъ же она была, по общему правилу, вытѣснена neuere Satzung.

2 Aeltere Satzung поля, по правилу, устанавливалась на 3 года, точнѣе, на 3 носѣва; залогъ огорода, сада, луга—до перваго сбора плодовъ ¹⁾: Этотъ срокъ, какъ минимальный, связывалъ должника въ интересъ кредитора ²⁾. Обычный минимальный трехлѣтній срокъ при трехпольномъ хозяйствѣ былъ какъ нельзя болѣе выгоднымъ для обѣихъ сторонъ. Кредиторъ могъ въ такой періодъ извлечь для себя вполне достаточную выгоду въ вознагражденіе за лишеніе капитала ³⁾. А должникъ въ полномъ хозяйственномъ оборотѣ могъ достаточнымъ образомъ использовать кредитъ, если онъ употребленъ на производительныя цѣли, и легче могъ скопить платежную сумму, если кредитъ былъ потребительный. Вотъ почему трехлѣтній срокъ не только былъ законнымъ minimum и применимымъ всюду, гдѣ стороны открыто не установили иного срока по договору, но, обыкновенно, и въ договорахъ устанавливался онъ же ⁴⁾. Максимальнаго предѣла срокамъ законъ не ставитъ, такъ что отношеніе могло затянуться на долгое время, разъ только должникъ не пользуется истеченіемъ 3-хъ лѣтъ принадлежащимъ исключительно ему правомъ востребованія ⁵⁾. По договору сроки устанавливались, конечно, произвольные. Впрочемъ, и обычный минимальный трехлѣтній срокъ встрѣчается не во всѣхъ правахъ. Можно думать, что въ нѣкоторыхъ правахъ онъ уступилъ договорному сроку, болѣе гибкому и болѣе подходящему къ условіямъ городской жизни, гдѣ трехпольное хозяйство играло меньшую роль въ экономическомъ оборотѣ. По крайней мѣрѣ, нѣкоторые городскія права знаютъ востребованія по полугодіямъ и даже четвертямъ года ⁶⁾.

3. Сущность правоотношенія aeltere Satzung состоитъ, въ общемъ, въ томъ, что установитель Satzung получаетъ напередъ известную сумму денегъ,

¹⁾ Сообщение изъ Parchim, Westphalen, I, 2033; Sternberg. erd. I, 2063; Grabau, I, 2079, „Ausgesetzte und verpfändete Aecker sollen vor Lichtmessen, die Wiesen aber vor Philippi Jacobi, eingelöset werden“. Такая тѣсная связь инстатута съ трехпольной системой сельскаго хозяйства!

²⁾ Parchim, I, 2053: „... kann der Verpfaender in dreyen Jahren... den Acker nicht wieder bekommen, sondern muss dem Pfander denselben drey Sath gebrauchen lassen, nach Verflussung dreyer Jahre mag der Verpfaender seinen Pfand-Schilling wieder erlegen, und seinen Acker zu sich nehmen...“; также Sternberg, I, 2063.

³⁾ Иногда эта выгода была, действительно, солидная: „Wegen Verpfaending der liegenden Güther haben wir grossen Verdries, sonderlich mit den Bauern, dieselben, wenn sie einen armen Bürger in seiner Noth vor zwei, drey, fünf oder zehn Gulden leihen, wollen sie keine gebührliche Zinsen davor nehmen, sondern er muss ihnen so viel Acker dafür einthuen zu gebrauchen, davon sie zur ersten Sath mehr als ihr ausgeliehen Geld wieder bekommen können: durch solch unbillig Aussangen werden auch unsere arme Bürger so herunter beraubet werden.“ (Teteraw, I, 2093).

⁴⁾ Sternberg, I, 2063.

⁵⁾ Brühl: „Der Pantner das Unterpfand so lange vor sein ausgeliehen Geld gebraucht, bis er seines Pfandschillings wiederum befriediget ist“.

⁶⁾ Friedland, I, 2075.

а приобретатель Satzung—получаетъ иногда временное пользованіе недвижимостью, иногда же, сверхъ того, еще условное право собственности на самую субстанцію недвижимости. Развитію заслуживаетъ, конечно, отношеніе къ недвижимости.

а) Кредиторъ получаетъ заложенное имѣніе въ пользованіе ¹⁾. При этомъ пользованіи кредиторъ перѣдко имѣлъ широкія полномочія ²⁾. Онъ могъ вести улучшительную систему хозяйства ³⁾. И едва-ли онъ могъ быть учтенъ въ хозяйственномъ веденіи хозяйства ⁴⁾.

Иногда кредиторъ обращалъ весь доходъ съ имѣнія на мѣсто однихъ только % съ капитала, имъ сеуженнаго, не взирая на соотношеніе размѣра капитала и размѣра доходовъ съ имѣнія ⁵⁾. Тогда залогъ называли Pfandschaft (въ противоположность Totpfand, Todsate, амортизаціонному, при которомъ имѣніе было способно погасить лежащее на немъ бремя изъ своихъ продуктивныхъ силъ) ⁶⁾. Этотъ видъ залога былъ особенно распространенъ въ глубокую старину. Позднѣе онъ преслѣдовался, особенно церковной властью, и карался какъ преступленіе. Но и въ эпоху преслѣдованія онъ, очевидно, все же практиковался, хотя, можетъ быть, и рѣже, чѣмъ прежде ⁷⁾.

Иногда же весь доходъ поступаетъ въ видѣ % съ капитала лишь при томъ условіи, что ссуда равна цѣнѣ заложеннаго имѣнія ⁸⁾. Конечно, это уже смягченіе суровыхъ отношеній перваго типа. Но это все еще Pfandschaft.

Иногда кредиторъ получаетъ точно опредѣленный %, но все же онъ

¹⁾ „Bleibt das verpfandete Guth mit allen darauf liegenden Bürden, und nieslichen Gebrauch den Pfandhaber“, Woldeck, I, 2072 и друг.; „to bruckliken pande“, Stobbe, II 298. См. также выше, цитату объ эксплуатаніи бюргеровъ въ Teteraw.

²⁾ Mascher, 50 и слѣд.

³⁾ Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalt. Berlin 1879, особенно § 13.

⁴⁾ По крайней мѣрѣ Polizei-Ordnung 1516 г. (Bärensprungsche Sammlung Meckl Landesgesetze, IV, 14), запрещающая установленіе aeltere Satzung безъ разрѣшенія власти мотивируетъ свою мѣру тѣмъ, что „dardorch (т. е. отъ уступки имѣній на права aeltere Satzung) solche Güder meriglich geschwecket, und undertyden entlick vorwüstet werden“.

⁵⁾ См. выше объ эксплуатаніи бюргеровъ въ Teteraw. Ср. также Mascher, 50 и слѣд.; Stobbe, II, 300 и слѣд. Особенно же у Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalt. рядъ главъ, и Meibom, das Deutsche Pfr. главу объ aeltere Satzung.

⁶⁾ Franken, § 8.

⁷⁾ Сообщение изъ Мекл. городовъ, говоря о предоставленіи кредиторю пользованія, перѣдко упоминаютъ о томъ, на что идетъ пользованіе, по открыто провозглашаютъ начало, что имѣніе остается у кредиторовъ до выплаты долга. Woldeck, I, 2072: „bleibt das verpfandete Guth mit allen darauf liegenden Bürden, und nieslichen Gebrauch den Pfandhaber, bis ihme die Schuld, darumb es ihm eingesetzt worden, wiederumb bezahlt“; Flau, I, 2095; кратко и категорически заявляетъ: „одна сторона пользуется деньгами, другая вещь“. Изъ вышеприведенной цитаты объ эксплуатаніи бюргеровъ въ Teteraw не видно, чтобы эта эксплуатанія третиновалась какъ запрещенное дѣланіе, скорѣе же напротивъ.

⁸⁾ Wann aber der Ausleihen keine Zinse für sein Geld nimbt, sondern den Acker dafür im Gebrauch hat, muss er auch so viel Geldes darein thuen, als der Acker kau verkauft werden“ (Teteraw, I, 2093). Это начало, кажется, проводилось церковью. Franken, § 13.

держитъ имѣние въ своемъ пользованіи ¹⁾. Въ этомъ случаѣ открывалось широкое поле договорнымъ отношеніямъ. Договоръ долженъ былъ опредѣлять высоту $\%$, способъ покрытія $\%$ изъ дохода имѣнія, случаи, когда дохода почему либо недостаточно на покрытіе $\%$, а особенно случаи, когда доход превышаетъ $\%$. Излишекъ могъ выплачиваться должнику; или онъ могъ быть употребленъ на погашеніе требованія. Излишекъ могъ третироваться неодинаково въ зависимости отъ того, полученъ ли онъ отъ обыкновенной хозяйственной дѣятельности, или отъ особыхъ индивидуальныхъ заботъ и дарованій кредитора и т. д. Въ этихъ случаяхъ было уже больше элемента *Todtpfand*. Однако, и тутъ на дѣлѣ было крайне трудно добиться безобиднаго для сторонъ отношенія. Слишкомъ деликатенъ вопросъ объ объективномъ доходѣ, о зачетѣ его въ $\%$, объ употребленіи остатка на ту или другую цѣль. Чтобы оцѣнить продуктъ, вездѣ тутъ надо было прибѣгать или къ легкой, но грубой мѣрѣ разъ навсегда установленной таксаціи или къ хлопотливой мѣрѣ *ad hoc* налагаемой экспертизы черезъ посредство совѣстныхъ и свѣдущихъ лицъ и т. п. Въ концѣ концовъ добиться «амортизаціоннаго залога» недвижимости было почти невозможно ²⁾. Потому *aeltere Satzung* является формой, крайне благоприятствующей хитринскому ростовщичеству. Власть не заромъ заботилась о томъ, чтобы къ этому институту граждане не обращались «*ane alle Notdurfft*» ³⁾. Уже по этому одному, она должна была бы уступить со временемъ мѣсто болѣе тонкой организаціи *neuer Satzung* или *Ben-tenkauf* вездѣ тамъ, гдѣ это становилось возможнымъ благодаря укрѣпленію правового порядка и росту капиталовъ.

4. Но, кромѣ полного и безконтрольнаго хозяйствованія, кредиторъ получалъ при *aeltere Satzung* такое же полное юридическое господство на заложенное имѣніе. Именно, онъ получалъ *rechte Gewere* ⁴⁾. Во вѣщныхъ отношеніяхъ къ 3-мъ лицамъ онъ за все время кредитнаго отношенія выступалъ какъ наиболее близкій къ недвижимости субъектъ, и право его пользовалось абсолютной защитой ⁵⁾. Въ отношеніи къ должнику онъ былъ прежде всего связанъ личной обязанностью вернуть имѣніе по удовлетвореніи ⁶⁾.

¹⁾ Teteraw, I, 2093; жалуясь на лихоимство, сообщеніе замѣчаетъ: „wollen sie (лихоимцы) keine gebührliche Zinsen davor nehmen... Sonsten wenn unsere Bürger einer der andern ein Stück Ackers verpfändet und Geld darin thut, so geschieht die Verpfändung auf etzliche Jahre, ...also wann die gemachte Jahrschaaren verflossen, dass alsdann derjenige, dem der Acker verpfändet, gegen Empfangung seines Pfandschillings den Acker abzutreten schuldig, wann aber der Ausleiher keine Zinse für sein Geld nimbt, sondern den Acker dafür im Gebrauch hat, muss er...“.

²⁾ Вѣстникъ развитіе этой идеи см. у Franken, das franz. Pfr. im Mittelalt. § 13 и др.

³⁾ Poliz-Og. 1516 г., цит. выше.

⁴⁾ Stobbe, II, 299, Mascher, 50, Meibom, Das d. Pfr. 341. Особено Franken, стр. 5 и 6, § 7. Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, 169 стр.: „Der Bezug der Früchte ist das durchschlagende Beweismoment für die Gewere am Gut...“.

⁵⁾ Mascher, 50 стр.—Brunner, Geschichte u. Qu. des d. R. въ Holtz. Encycl. III. Aufl. 204 стр. „Германская система правоотношеній была больше системой жилищныхъ отношеній, чѣмъ отвлеченно-юридическихъ, — экономической системой“.

⁶⁾ Eod. Также Meibom, 377.

Но, сверхъ того, у должника все это время оставалось и отвлеченное право собственности на недвижимость; у него только не оставалось на вещь никакой *Gewere* и потому, кажется, никакой абсолютной защиты противъ 3-хъ лицъ ¹⁾. Близость кредитора къ недвижимости, данная съ *Gewere*, была такъ значительна, что тамъ, гдѣ чистая *Satzung* комбинировалась съ условнымъ отчужденіемъ субстанціи недвижимости и гдѣ стороны устанавливали точный срокъ для размѣна капитала и пользованія недвижимостью, — съ пропусценіемъ должникомъ срока уплаты долга, кредиторъ становился прямо собственникомъ, безъ какихъ-либо новыхъ юридическихъ дѣйствій съ чьей-либо стороны ²⁾. Вотъ почему отношеніе при *aeltere Satzung* и третируется въ источникахъ то какъ обмѣнъ имѣнія за капиталъ ³⁾, то какъ купля имѣнія съ правомъ выкупа его должникомъ ⁴⁾; стороны называются продавцомъ и покупателемъ ⁵⁾; долгъ—*Pfandschilling* ⁶⁾.

Вотъ почему и въ литературѣ мы встрѣчаемъ конструкцію *aeltere Satzung* какъ *Kauf auf Wiederkauf*, продажу съ правомъ выкупа ⁷⁾. Однако, въ очерченномъ правоотношеніи не трудно угадать развитую Франкеномъ комбинацію чистой *Satzung* со старѣйшей формой *Proprietätspfand*, именно, *Verfallpfand* ⁸⁾, ибо, съ одной стороны, только вмѣстѣ обѣ правовыя фигуры давали кредитору столь широкія полномочія во время существованія кредитнаго отношенія и только при наличности обѣихъ, отношеніе завершалось поступленіемъ недвижимости въ окончательную собственность кредитора; а, съ другой, только при нихъ должникъ могъ до времени сохранить собственность на заложенную вещь.

5. Возникла *aeltere Satzung* путемъ *Auflassung*, по крайней мѣрѣ, по

¹⁾ Mascher, 50, вступая за Альбрехтомъ, приписываетъ *Proprietäts-Gewere* должнику рядомъ съ *Pfand-Gewere* кредитора. Но Meibom, 353 и Franken, стр. 5, 6 и § 7 убѣдительно отвергаютъ это дробленіе *Gewere*.

²⁾ Mascher, 50. Эта точка зрѣнія ясно высказывается и въ *Behemische verneuerte Landes-Ordnung v. 10 Mai 1627*, см. въ арт. K XXIX въ связи съ арт. XXXIII—XXXV. Art. K XXIX: (Von Verschreib- und Verpfändung der Erbgüter) „Im Fall einer jemanden sein Erbgut mit der Land-Tafel, jetzt oder ins künftig versetzte vnd verschriebe, Dabey aber ihme den Wiederkauf vnd die Ablösung, innerhalb bestimmter Zeit vorbehalten hette... A въ арт. XXXIII—XXXV устанавливается, что если должникъ своевременно не выкупитъ имѣнія, онъ утрачиваетъ право выкупа, а при извѣстныхъ условіяхъ это право гаснетъ за давностью 3-хъ лѣтъ 18 нед. Этимъ и завершается все. Кредиторъ — полный собственникъ.“

³⁾ Plau, I, 2097.

⁴⁾ См. цитату изъ *Behem. LOg.*

⁵⁾ *Pfand-Kaufer. Pfand-Verkäufer* (Neu-Brandenburg I, 2056).

⁶⁾ Teteraw, I, 2092.

⁷⁾ Mascher, 50; Viollet, Précis d'Histoire du droit français, 733 и др., особенно же въ старой нѣмецкой литературѣ до Альбрехта. Того же взгляда держится, съ извѣстной оговоркой, и Meibomъ. Именно, Meibomъ относитъ *Kauf auf Wiederkauf* не къ субстанціи, а къ пользованію недвижимостью; переходъ же субстанціи въ собственность кредитора Meibomъ производитъ изъ особаго договора, — *lex commissoria*.

⁸⁾ См. общія замѣчанія. У Franken эта идея проходитъ черезъ весь его трудъ.

общему правилу ¹⁾. Auffassung сопровождалась тутъ тѣми же мѣропріятіями, какъ въ случаѣ пріобрѣтенія собственности ²⁾, и тѣми же послѣдствіями ³⁾. По нѣкоторымъ правамъ, aeltere Satzung возникла съ записью въ судебныхъ книгахъ ⁴⁾. Иногда же она возникала, повидимому, даже по частной письменной сдѣлкѣ ⁵⁾.

6. Прекращалась aeltere Satzung прежде всего съ обоюднымъ возстановленіемъ капитала и имущества. Востребованіе составляло исключительное право должника ⁶⁾. По общему правилу онъ былъ воленъ избрать моментъ погашенія отношенія, насколько право не ставило тутъ точныхъ границъ. Отношеніе не измѣнялось и установленіемъ срока въ видѣ dies a quo. Но опредѣленіе срока въ видѣ „dies ad quem“, имѣвшее мѣсто при комбинаціи чистой Satzung съ Verfallpfand, измѣнило отношеніе. Пропущеніе такого срока влекло утрату права выкупа. И кредиторъ ipso jure становился собственникомъ недвижимости ⁷⁾. О правѣ кредитора на востребованіе и въ случаѣ «dies ad quem» ничего не говорится въ источникахъ; ему не принадлежало права на принудительное возвращеніе капитала ⁸⁾. Кредиторъ долженъ былъ довольствоваться тѣмъ, что онъ имѣетъ. Todsate прекращалась путемъ возврата вещи должнику, за покрытіемъ капитала изъ доходовъ имѣнья ⁹⁾.

7. Изъ сказаннаго, ясно, что на одну вещь не могло быть болѣе одной aeltere Satzung.

8. Satzung чистаго вида была обмѣномъ капитала на пользование, а комбинируемое съ нею отношеніе Verfallpfand было условнымъ отчужденіемъ недвижимости; отсюда, не только не было мѣста при aeltere Satzung какому-либо долговому отношенію, но aeltere Satzung не была вовсе специально кредитной правовой организаціей; она служила дѣлу кредита лишь косвенно и между прочимъ ¹⁰⁾.

¹⁾ Woldeck 2072; Gustraw, I, 2060; Ribbenitz, I, 3064 и др. Ср. Stobbe, II, 304. Meibom, 319, Franken, § 11 и 12.

²⁾ Сдѣлка также свачада предлагалась родственникамъ, Marlaw, I, 2083; власть также вслѣдовала сущности сдѣлки и пригизанія 3-хъ интересентовъ, v. Gustraw, I, 2060; ср. еще сообщенія изъ Woldeck, I, 2072, Ribbenitz, I, 2064 и др. ср. Meibom, 319 и др.

³⁾ Parchim, I, 2053, Neu-Brandenburg, I, 2056; Woldeck I, 2072; Wittenburg, I, 2088 и др.

⁴⁾ Особенно въ позднѣйшую эпоху. См. сообщенія изъ Parchim, Neu-Brandenburg, Brühl, Wittenburg и др. Запись была тутъ еще болѣе обстоятельной, по существу отношеній. Neu-Brandenburg (договоръ) mit allen sein'n Umständen, in Gegenwart des Raths in derselben Memorialbuch durch den Stadtschreiber verzeichnet, und eingeschrieben werden“. Мотивъ „umb verhütung willen, Betrug und anderer Unrichtigkeit“ (Parchim, 2052). Запись въ книгу по нѣкоторымъ правамъ имѣла значеніе Auffassung.

⁵⁾ Частныя сдѣлки, вонечно, не давали отношенію абсолютнаго обезпеченія. Meibom, 324.

⁶⁾ На это указываетъ: 1) выраженіе „выкупъ“ (см. выше), 2) обычная формулировка права кредитора „пользуется имѣньемъ до выплаты долга“ (Woldeck, Friedland, Teteraw), ср. также Mascher, 50, Meibom, 398 и слѣд., Franken, § 10 и др.

⁷⁾ Beheim, vernew. LOg. K XXXIII—XXXV. Также Meibom, 401, Franken, § 11.

⁸⁾ Eod. См. также Mascher, 50.

⁹⁾ Meibom, 398, Franken, § 10.

¹⁰⁾ Franken, особ. § 15. Этотъ выводъ вытекаетъ и изъ всего ученія Meibom о Satzung als Tauschgeschäft—Кассо признаетъ наличность некоего долговаго отношенія при организаціи aeltere Satzung. Этотъ взглядъ не отвѣчаетъ существу института.

§ 6. Neuere Satzung.

1. Neuere Satzung представляетъ форму залога болѣе поздняго происхожденія и носящую черты болѣе развитаго экономическаго оборота и болѣе тонкаго и развитаго правоваго мышленія и общаго культурнаго состоянія народовъ. И дѣйствительно, сомнѣнію не подлежитъ, что она возникла позднѣе ¹⁾. Отсюда она правильно называется «новѣйшей». Одно время думали, что она представляетъ вырожденіе aeltere Satzung, за что и дали ей названіе «Satzung». Однако, благодаря новѣйшимъ изслѣдованіямъ, установлено, что это не совсѣмъ вѣрно ²⁾. Институтъ neuere Satzung, какъ мы уже видѣли, лишь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ могъ быть подсказанъ организаціей aeltere Satzung, точнѣе организаціей стараго Proprietätspfand въ его позднѣйшей формѣ Veräußerungspfand. Но въ общемъ и цѣломъ neuere Satzung возникла самостоятельно и независимо отъ aeltere Satzung. Постѣднія могла служить возникновенію neuere Satzung и отрицательно, им. своими разнообразными неудобствами для возникающаго болѣе развитаго оборота городовъ, такъ какъ 1) она чрезмѣрно поражала право собственности, что, позднѣе, оказалось вовсе не такъ нужнымъ для обезпеченія кредита; 2) она вредила уснѣшному и правильному хозяйству, даже влекла опустошеніе имѣній, такъ какъ кредиторъ, временный пользователь, имѣлъ мало интереса щадить производительныя силы имѣнья; 3) въ городахъ она была связана и съ тѣмъ еще неудобствомъ, что уступка недвижимости въ пользованіе кредитора, въ данномъ случаѣ дома, влекла такія лишенія должника, которыя не отвѣчали выгодамъ кредитора; первый лишался жилища, въ которомъ второй не нуждался... Но другой вопросъ—возникла-ли neuere Satzung самостоятельно на германской почвѣ или она навѣяна римскимъ правомъ, хотя бы и задолго до общей его рецепціи. Мнѣнія ученыхъ расходятся по этому вопросу. Нѣмецкіе ученые болѣе склонны видѣть самостоятельное возникновеніе (Stobbe, Meibom, Franken и др.), французскіе же ученые стоятъ хотя и за самостоятельное происхожденіе (Esmeine), но все же не безъ римскаго вліянія (Esmeine, Viollet, Lescene и др.). Добиться истины въ этомъ вопросѣ крайне трудно, въ виду того, что римскія правовыя идеи проникали въ возрѣвнѣе новыхъ народовъ слишкомъ съ ранняго времени. Несомнѣнно то, что если тутъ и было римское вліяніе, то оно было крайне слабое, и neuere Satzung была организована до эпохи дѣйствительнаго римскаго вліянія очень самобытно и мало походила на римскую ипотеку ³⁾.

Распространеніе свое neuere Satzung получила болѣе всего въ городахъ, для которыхъ она была болѣе подходящей въ виду и болѣе развитаго

¹⁾ См. Franken, введеніе п § 15, Meibom, стр. 407.

²⁾ Franken, § 15; между ними—существенное различіе: одна поражаетъ субстанцію—другая—пользованіе недвижимостью.

³⁾ Происхожденіе возникновенія neuere Satzung прекрасно освѣщенъ у Esmeine, Traité sur les contrats dans le très ancien droit français; Meibom, Das deutsche Pfandrecht, отчасти Kohler, Pfandrechtliche Forschungen; кое-что у Mascher, цит. сод.; кое-что у Sobin въ Grünhuts Zeitschrift и др.

общаго культурнаго состоянія ихъ, и болѣе окрѣпшаго правового строя ихъ и большаго запаса капиталовъ въ нихъ и, наконецъ, въ виду особыхъ экономическихъ свойствъ городскихъ недвижимостей.

2. Недвижимость остается въ хозяйствѣ собственника. Собственникъ сохраняетъ и юридическое господство надъ имѣниемъ, *Gewere*. Кредиторъ, по системѣ вещнаго права среднихъ вѣв., не пользуется имѣниемъ, не получаетъ и *Gewere*; а, не получая *Gewere*, не получалъ на заложенное имѣние и абсолютнаго, защищеннаго противъ 3-хъ лицъ, вещнаго права, признакомъ котораго въ то время, по общему правилу, была *Gewere*¹⁾. Кредиторъ получалъ по договору въ цѣляхъ обезпеченія удовлетворенія по своему требованію лишь такое право на имѣніе, какое онъ получилъ-бы тогда, когда на это имѣніе было-бы направлено взысканіе въ порядкѣ исполнительнаго прописывающаго; при *neue Satzungen* стороны заранѣе и по договору устанавливали «состояніе исполнительнаго производства»²⁾; это право дѣйствовало, по своему, и противъ 3-хъ лицъ, но это было дѣйствіе не вещнаго права, а процессуальной мѣры запрещенія должнику распорядиться данною недвижимостью въ ущербъ кредиту. *Neue Satzungen* можно признать уже специфически залоговой или специфически кредитной организаціей; она и возникала ради обезпеченія личнаго долговаго отношенія; но отношеніе ея къ личному требованію было инымъ, чѣмъ при римскомъ залогѣ, именно, это отношеніе было такъ же мало аксессуарнымъ, какъ исполнительное состояніе, возникшее при осуществленіи личнаго требованія не есть аксессуарій послѣдняго. *Neue S.* была перципированнымъ исполнительнымъ состояніемъ по осуществленію обезпечиваемаго ею требованія.

3. Возникла *neue Satzungen*, обыкновенно, актомъ въ судѣ или со-вѣтѣ и записью въ городскую или судебную книгу; когда книги специализировались, она заносилась въ книгу залоговъ³⁾. Кредиторъ получалъ о томъ свидѣтельство⁴⁾. *Auflassung* не имѣла мѣста при возникновеніи *neue Satzungen*⁵⁾. Иногда же *neue Satzungen* возникала и по частному соглашенію; но это было уже не такъ надежно⁶⁾.

1) Meibom, Das d. Pfr. 432; Franken, введение, § 7 и 15; Brunner, цитаты на 22 стр. прим. 4 и 5. Кассо утверждаетъ, что *Gewere* и абсолютное право принадлежали кредиту въ *neue S.* Но источникъ, на который онъ ссылается, сомнителенъ. Стр. 79 прим. 1.

2) Meibom, нит. соч. 402 и слѣд. 432, 34. Franken, введение, § 7 и 15. Esmaïne, цит. трудъ. Различіе взглядовъ всѣхъ этихъ писателей на *neue S.* заключается развѣ въ томъ, что Esmaïne усматриваетъ въ договорномъ установленіи состоянія исполнительнаго самое зарожденіе исполнительнаго на недвижимости, тогда какъ Meibom и Franken признаютъ, что исполнительнаго могла совершиться и безъ особаго соглашенія о томъ старомъ, соглашеніе же направлялось на то, чтобы предупредить растрату должникомъ своихъ вещей и обезпечить вѣрнѣе осуществленіе требованія, такъ что корень *neue S.* не въ правѣ исполнительнаго, а въ запрещеніи, цѣлящемся обезпечить матеріальный успѣхъ исполнительнаго.

3) Stobbe II, 306. Meibom, 415 и слѣд.

4) Eod.

5) Eod. Это опять косвенное доказательство того, что *neue Satzungen* не была вещнымъ правомъ. Meibom, 415.

6) Stobbe, eod. Meibom, 415 и слѣд.

4. Правоотношеніе *neue Satzungen* всецѣло подтверждаетъ данную выше конструкцію института. Кредиторъ имѣлъ право направить на заложенный предметъ взысканіе въ случаѣ неполученія отъ должника удовлетворенія по требованію, обезпеченному заложеннымъ предметомъ¹⁾. Такъ какъ это право кредитора было ничѣмъ инымъ, какъ правомъ на продолженіе исполнительнаго, заранѣе открытой, то кредиторъ былъ связанъ своимъ выборомъ предмета исполнительнаго. Онъ не имѣлъ выбора между осуществленіемъ своего права на опредѣленный договоромъ о *neue Satzungen* предметъ и другими предметами изъ имущества должника. Онъ не только имѣлъ право, но и былъ обязанъ направить взысканіе прежде всего на предметъ залога; и лишь настолько, насколько онъ не получалъ удовлетворенія этимъ путемъ, — онъ могъ осуществить свое требованіе путемъ направленія взысканія на прочее имущество должника. Таково было, повидимому, правило. Нѣкоторые же права и вовсе ограничивали ответственность должника передъ кредиторомъ однимъ только избраннымъ заранѣе предметомъ залога. Эта преимущественная или даже исключительная ответственность передъ кредиторомъ предмета залога является особенностью германскаго залога сравнительно съ римскимъ залогомъ, при которомъ ответственность заложеннымъ предметомъ была всегда только субсидіарной²⁾. Чтобы обезпечить кредитору успѣхъ въ осуществленіи избраннаго имъ обезпеченія должнику запрещалось совершать такіа распоряженія недвижимостью, которыя грозили кредиту ущербомъ, — особенно же — отчужденіе и новыя залогов. ³⁾. Но если, тѣмъ не менѣе, должникъ отчуждалъ недвижимость, отчужденіе не признавалось ничтожнымъ, только кредиторъ могъ требовать отъ должника отчужденія втеченіе *Jahr und Tag*. По истеченіи же этого срока новый собственникъ былъ обезпеченъ отъ всякихъ нападеній со стороны залоговаго кредитора въ силу приобретаемой имъ *rechte Gewehre*⁴⁾.

Послѣдующіе залогов, установленные вопреки запрещенію, также не были ничтожными, только осуществленіе ихъ не должно было вредить старѣйшему залогу⁵⁾. Позднѣе и вовсе стали допускать послѣдующіе залогов⁶⁾, вѣдѣнія должнику въ обязанность сообщать послѣдующему кредитору о существующихъ уже залоговахъ⁷⁾.

При конкуренціи, по общему правилу, старшее правоотношеніе предпо-

1) Stobbe, II, 305. Meibom, § 8.

2) Stobbe, II, 305. Особенно Meibom, § 8.—Кассо, однако, выдаетъ за правило тѣ права, по которымъ кредиторъ, принимая залоговое обезпеченіе, утрачивалъ искъ изъ личнаго требованія.

3) Stobbe, eod.—Franken 6, 7 и § 15 и Meibom, § 8, видѣли въ этомъ юридическую сигнатуру п. S.

4) Stobbe, eod. Meibom утверждаетъ, что кредиторъ въ такомъ случаѣ могъ осуществить свое право и противъ 3-го лица, такъ какъ въ отношеніи его отчужденіе не имѣло дѣйствія, какъ неправильное § 8.

5) Meibom, § 8, 9.

6) Stobbe, II, 307, 8. Meibom, § 8, 9.

7) Stobbe, II, 307, 308.

читалось младшему ¹⁾. Но, по некоторым правам, преимущество принадлежало тому кредитору, который раньше вчинял искъ и приступалъ къ экзекуціи, не встрѣчая возраженій со стороны старшихъ кредиторовъ ²⁾.

Издальна были извѣстны и генеральныя ипотеки ³⁾. Законныхъ ипотеку германское право вообще не знало ⁴⁾.

5. *Осуществленіе залога* совершалось въ порядкѣ исполнительнаго судебного производства. Судъ троекратно публиковалъ объ экзекуціи. И затѣмъ, по большинству правъ, слѣдовала продажа; но должнику иногда предоставляется право выкупа имѣнія. По некоторымъ правамъ, кредиторъ могъ дальше заложить имѣнье и только въ случаѣ, когда не найдется лица, желающаго ссудить перваго кредитора подъ залогъ недвижимости, слѣдовала продажа послѣдней. Иногда же имѣнье прямо присуждалось въ собственность кредитора ⁵⁾. Иногда стороны имѣли право договариваться о томъ, чтобы, въ случаѣ просрочки, кредиторъ могъ отчудить залогъ безъ всякихъ формальностей ⁶⁾.

Полученный, за удовлетвореніемъ кредитора, остатокъ цѣны имѣнья идетъ должнику ⁷⁾.

6. *Особая организациа, возникшія около neuere Satzung въ некоторыхъ герм. городахъ.* Въ некоторыхъ городахъ около neuere Satzung возникли интересныя организациа, напр., въ Аугсбургѣ. Именно, въ Аугсбургѣ развился обычай выдачи кредитору, при залогѣ недвижимости, Kauf-Brief, какъ символа вещи. Такой кредиторъ, по мѣстному обычаю, имѣлъ преимуществва передъ всеми прочими, даже старѣйшими; позднѣе институтъ развился до того, что и при вторыхъ и 3-хъ ипотекахъ выдавались кредиторамъ аналогичные документы съ Kauf-Brief, носившіе названіе Uebertheuerung. И эти кредиторы, уступая кредиторамъ старѣйшимъ, обладавшимъ Kauf-Brief или Uebertheuerung, тѣмъ не менѣе шли впередъ прочихъ ипотечныхъ кредиторовъ, не получившихъ Kauf-Brief или Uebertheuerung. Получилась своеобразная система строгаго приоритета. Ипотеки такого рода назывались Handvesten и о нихъ велась особая книга въ Stadt-Kanzlei. Въ каждый Brief вносились свѣдѣнія, обременено ли имѣнье ипотекой и въ какой суммѣ. Такъ образовалась смѣлая и образцовая ипотечная система. Но римское вліяніе убило ее. Въ 1718 г. Rathsdekret, увлеченный романистическими теоріями, повелѣваетъ, — по точному разуму juris communis, особ. 1: 6, 7 C. qui pot., впередъ въ конкуресъ предпочитается creditor, so tempore prior, будетъ ли на его сторонѣ генеральная, специальная ипотека или Handveste, будетъ ли молчаливая или открытая ипотека ⁸⁾; и система пала ⁹⁾.

¹⁾ Eod.

²⁾ Meibom, 454.

³⁾ Stobbe, II, 313.

⁴⁾ Stobbe, II, 308, 308.

⁵⁾ Stobbe, II, 311.

⁶⁾ Eod.

⁷⁾ Stobbe, II, 312. Meibom, 424.

⁸⁾ Verhandlungen der zweyten Kammer der Ständeversammlung v. Bayern. 1819. Bd. XIII стр. 335 и слѣд.

§ 7. Rentenkauf.

1. Происхожденіе этой формы реального кредита объясняютъ тѣмъ, что $\frac{1}{2}$ -ный заемъ и aeltere Satzung преслѣдовались церковной властью за ихъ ростовщическій характеръ, тогда какъ neuere Satzung или еще вовсе не являлась, или же имѣла примѣненіе только въ городахъ ¹⁾. Рента, подъ личной купли, скрывала $\frac{1}{2}$ -ный заемъ. Впрочемъ, рента и безъ того имѣла почву въ условіяхъ средневѣковаго оборота и могла успѣшно дѣйствовать при дозволеніи $\frac{1}{2}$ -ныхъ займовъ, такъ какъ она, давая кредитору равную по энергіи съ aeltere Satzung обезпеченность, имѣла для должника удобства, равныя съ neuere Satzung ²⁾. Некоторые усматриваютъ въ рентѣ переходную форму отъ aeltere Satzung къ neuere Satzung ³⁾. Рентный долгъ, по утвержденію некоторыхъ, началъ свое распространеніе въ деревнѣ, но потомъ пользовался немалымъ успѣхомъ и въ городѣ ⁴⁾.

2. Сущность рентнаго долга заключалась въ слѣдующемъ: землевладѣлецъ, ищущій капитала, добывалъ его тѣмъ, что продавалъ кредитору ренту съ своего имѣнія. Землевладѣлецъ обязывался платить капиталисту, въ вознагражденіе за лишеніе капитала, извѣстную ренту въ опредѣленные сроки. Но рента не была личнымъ долгомъ землевладѣльца; это было реальное бремя, возложенное на опредѣленную недвижимость, капиталистъ имѣлъ Renten-Gewere, — это вышнее выраженіе вещнаго правоотношенія. Рента была національной германской правовой организацией, гдѣ вещное право, ius in re aliena, направлялось не на воздержаніе собственника вещи, а на положительное дѣйствіе съ его стороны.

Ренты были вѣчныя, Ewiggeld, и временныя ⁵⁾.

3. Возникла рента, подобно заемъ вещнымъ правамъ, путемъ Auflassung и записи въ книгу, а со введеніемъ специализаціи книгъ — въ книгу долговъ и рентъ. Кредиторъ получалъ рентное свидѣтельство ⁶⁾.

4. Правоотношеніе: а) кредиторъ имѣлъ Gewere на недвижимость, обремененную рентой. Это было Gewere не собственника, а рентнаго управомоченнаго ⁷⁾. Кредиторъ имѣлъ право на полученіе ренты. Это право характеризуется суровыми чертами. Если рента не уплачивается своевременно, кредиторъ въ правѣ на двойную уплату. При упорствѣ же должника, управомоченный можетъ добиваться присужденія себѣ въ собственность самаго участка. И тогда не принимается въ соображеніе и цѣна участка, такъ что должникъ не получаетъ и той доли изъ цѣны имѣнія, которая превышаетъ

¹⁾ Mascher, гл. 3.

²⁾ Stobbe 1897 v. Lehmann, II 2, 92.

³⁾ Mascher гл. 3. Связь neuere Satzung и Rentenkauf видна и изъ ученія Franken o satzung, какъ Naturalrentenkauf.

⁴⁾ Mascher, eod. — Подробности о происхожденіи ренты читатель отчасти найдетъ у Mascher, указ. соч. гл. 3, и Stobbe, 1897 v. Lehmann, II а. 89—111.

Mascher, 68, Stobbe, 1897 v. Lehmann, II а, 94 стр.

⁵⁾ Stobbe, 1897, II а. 95 стр., Mascher, 381.

⁶⁾ Stobbe, 1897, II а. 96.

должную капиталисту сумму ¹⁾). Кредиторъ, далѣе, имѣлъ право не допускать установленія дальнѣйшихъ рентъ ²⁾, а при переходѣ имѣнія въ 3-й руки кредиторъ принадлежало *Näherrecht* ³⁾.

б) Должникъ, по крайней мѣрѣ позднеѣ, имѣлъ право востребованія; кредиторъ это право не принадлежало ⁴⁾. Одностороннее право должника на востребованіе рентнаго отношенія было выгодно должнику. Разъ должникъ аккуратно выполняетъ нетрудную обязанность уплаты ренты, онъ можетъ не бояться внезапнаго взысканія капитальной суммы долга, всегда разрушительно дѣйствующаго на имущественное положеніе лица въ условіяхъ сельскохозяйственныхъ отношеній. Но эта особенность ренты была невыгодна кредиторю, такъ какъ онъ окончательно лишался распоряженія капиталомъ на неопредѣленное время и не могъ уже въ будущемъ найти капиталу лучшее помѣщеніе, хотя бы къ тому и представлялись благоприятныя условія. Неудобства рентной организаціи реального кредита должны были сказаться особенно позднеѣ, когда развилась промышленная дѣятельность, капиталъ находилъ себѣ новыя сферы примѣненія, и капиталистъ, въ виду колебаній ренты на капиталъ и доходности отъ помѣщенія его въ разныя предпріятія, былъ заинтересованъ въ томъ, чтобы всегдѣ имѣть возможность распоряжаться капиталомъ въ зависимости отъ колебаній условій рынка и перемѣщать его изъ одной промышленной сферы въ другую, руководясь единственно личнымъ интересомъ. Уже одно это обстоятельство, помимо вліянія римскаго права, могло вызвать и дѣйствительно вызвало постепенное охлажденіе общества къ институту ренты и предпочтеніе ей ипотечнаго долга ⁵⁾.

в) Въ принципѣ допускалось установленіе нѣсколькихъ рентъ на одно имѣніе. Тогда отношеніе усложнилось. При установленіи слѣдующихъ рентъ требовалось согласіе обладателей предшествующихъ рентъ ⁶⁾. При осуществленіи предшествующимъ управомоченнымъ своего права судебнымъ порядкомъ и при слѣдующемъ за нимъ прируженіи имѣнія истцу, послѣдующіе рентно-управомоченные должны были, подъ страхомъ лишиться своего права, принять имѣніе на себя обремененнымъ старѣйшими рентами (но не младшими). Право вступленія въ обладаніе имѣніемъ предлагалось по порядку отъ младшихъ къ старшимъ кредиторамъ ⁷⁾.

¹⁾ Stobbe, eod. 97; Mascher, 69.

²⁾ Stobbe, eod. 100; Mascher, 71.

³⁾ Fod.

⁴⁾ Mascher, 68; Stobbe, 1897, II а, 100, 101.

⁵⁾ Лишь во второй половинѣ 19 ст. рентный принципъ реального кредита снова является себѣ. Но теперь условія иныя, напр., весьма значительно накопленіе капиталовъ, ищущихъ надежнаго помѣщенія, хотя бы и на скромныхъ условіяхъ. Однако, и для нашего времени позволительно утверждать, что только организованный кредитъ (черезъ посредство рентныхъ банковъ) можетъ еще принять къ землевладѣнію на рентномъ началѣ, неорганизованный же—едва ли пойдетъ на ренту и теперь. Ср. *Derbung, Das bürgerliche Recht des deutsch. Reichs. Halle 1898, III 667* и слѣд.

⁶⁾ Mascher, 71; Stobbe, 1897, II а, 100.

⁷⁾ Mascher, 69; Иначе Stobbe, 1897, II а, 100: Соизволеніе кредитора на установле-

5. Прекращалась рента удовлетвореніемъ кредитора, по востребованіи со стороны должника; или— по судебному приговору, который имѣлъ мѣсто при неаккуратности должника и выполнялся присужденіемъ имѣнія управомоченному по рентѣ, а, при конкуренціи нѣсколькихъ кредиторовъ, младшему, желающему принять на себя рентное бремя въ пользу старѣйшихъ рентныхъ кредиторовъ.

6. Въ нѣкоторыхъ городахъ рента, подобно *peuere Satzung*, послужила отправнымъ пунктомъ для крайне интересныя организаціи. Въ Бременѣ еще въ давнее время изъ рентныхъ свидѣтельствъ образовались знаменитыя *Handvesten*. При установленіи ренты, какъ мы знаемъ, собственникъ выправлялъ рентное свидѣтельство на имя кредитора. Когда, позднеѣ, рядомъ съ рентами были допущены займы съ %, выправленіе рентныхъ свидѣтельствъ, само по себѣ очень важное для городскаго оборота, постепенно отрѣшалось отъ дѣйствительнаго установленія ренты. Въ процессѣ отрѣшенія сначала прибѣгали къ подстановкѣ на мѣсто приобретателя ренты нотариуса или судебного чиновника, фактивно покупавшаго ренту. Но скоро перестали требовать и этого и удовлетворялись одностороннимъ заявленіемъ собственника о томъ, что онъ устанавливаетъ ренту опредѣленной величины на предъявителя рентнаго свидѣтельства. Эти то свидѣтельства на предъявителя и назывались въ Бременѣ *Handvesten*. Собственникъ заранее, въ виду лишь будущей потребности въ кредитѣ, выправлялъ *Handvesten* на пергаментѣ, по иравилу въ круглой суммѣ, въ городскомъ совѣтѣ или судѣ; *Handveste* удостоверяла, что собственникъ извѣстной недвижимости отчуждаетъ другому, именно держателю рентнаго свидѣтельства, право полученія изъ недвижимости извѣстной годовой ренты. Выправлялись ренты лишь въ два опредѣленныхъ періода въ году, что, вмѣстѣ съ изслѣдованіемъ судомъ или совѣтомъ обстоятельствъ дѣла, правоотношенія по недвижимости и т. п., служило гарантіей какъ обезпеченности ренты, такъ и интересовъ 3-хъ лицъ, прикосновенныхъ къ недвижимости.

Handvesten, послѣ того, какъ въ основѣ ихъ уже не лежала никакая дѣйствительная купля ренты, обратились въ бумаги на предъявителя съ реальнымъ обезпеченіемъ имѣніемъ, а когда позднеѣ и рента конструировалась какъ долгъ, обезпеченный имѣніемъ,—въ закладные листы на предъявителя, покоившіеся на одностороннемъ, абстрактномъ, формальномъ волеизъявленіи собственника. Собственникъ могъ распоряжаться *Handvesten* самымъ различнымъ образомъ и въ любое время. Онъ могъ передать ихъ личному кредитору въ закладъ, для обезпеченія личнаго требованія, потомъ могъ выкупить ихъ, и, затѣмъ, снова отдать въ закладъ. *Handvesten* циркулировали какъ движимая вещь, при переходѣ ихъ не требовалось ни *cessio*, ни *indossamentum*. Рангъ *Handvesten*, тяготеющихъ на одной и той же недвижимости, опредѣлялся не временемъ выправленія ихъ и не временемъ врученія 3-му лицу, а

не слѣдующей ренты означало готовность кредитора, въ случаѣ взысканія, уплатить слѣдующую ренту ⁴⁾.

исключительно указанием, которое делалось об этом в самом документе: „первая“, „вторая“ и т. д. Handveste. % не ограничивался указанным в Handveste „5%“; он определялся по соглашению сторон при заключении займа под заклад Handveste. Handvesten пережили в Бремене благополучно эпоху римского влияния; они действуют там и поныне. Они-то, как увидим современем, и вдохнули Торренсу идею его акта и послужили в Германии образцом для организации рентного долга имперского гражданского уложения.

Аналогичные явления встречались и в других значительных средневековых городах: в Гамбурге, Мюнхене, Цюрихе и т. д.¹⁾

ГЛАВА II.

Организация вотчинно-ипотечного оборота во Франции в ср. вв.

§ 8. Общая организация вотчинного оборота в среднев. Франции. Nantissement.

I. Французское национальное право германского происхождения²⁾, как и следовало ожидать, очень близко подходит по своим основным началам к германскому праву, но французское право очень рано восприняло римские правовые учреждения. Очень рано Франция разделилась в правовом отношении на две более или менее значительно отличные одна от другой половины: pays de droit écrit (где действовало относительно в более широких размерах римское право) и pays de droit coutumier (где действовало относительно в более широких размерах национальное французское право германского происхождения). Из этих последних областей на северо-восток Франции выделялись pays des coutumes de nantissement, где национальное французское право германского происхождения сохранилось еще больше, чем в других pays de droit coutumier. Но и сюда даже римское право проникло в более или менее значительном объеме³⁾. И очень рано из соединения германских и римских правовых идей всюду во Франции сформировались довольно самобытные правовые организации.

II. Производный способ отчуждения права собственности на недвижимость, как и вообще установления на недвижимость вещных прав, по сделкам между живыми, в развитом средневековом французском праве распадался, подобно германскому, на два момента: а) личную обязательственную сделку и в) торжественный акт, соответствующий германской Auflassung и выполняющий роль римской традиции. Как первая, так и вторая совершались так же в общем, как и в Германии⁴⁾, хотя действие

¹⁾ Очерк Handvesten заметку у Mascher, стр. 74, 75, 369—380, 380 и след.

²⁾ Краткий, но отчетливый очерк у Viollet, Précis de l'histoire du droit français. Paris, 1893 г., стр. 91 и след.

³⁾ См. Viollet, 1893, стр. 149 и след.

⁴⁾ Торжественная традиция во Франции носила название nantissement, vcture или veste et devest. Впрочем, сначала и она совершалась на участках; позднее она обращается в символический акт, совершающийся перед судом. Еще позднее, она отрывается, по видимому, от символизма и в coutumes de nantissement мы видим ее уже вполне

торжественного акта во Франции не везде было сходно с действием германской Auflassung.

1. Всего более родственно германской Auflassung по своему действию организация производного способа отчуждения недвижимостей и установления вещных прав на них в Бретани, носящая название Arrpropriance. Сущность ее заключается в следующем¹⁾. О переходе всякого вещного права, будь то собственность, рента, ипотека, совершается через особого судебного чиновника, Sergent, троекратная публикация, в три воскресных дня, после воскресного богослужения, когда народ собран в наиболее многочисленном составе; публикация совершается в том приход, в округ которого находится недвижимость, и на строго определенном месте. Публикации называются bannies. После троекратной публикации, и не ранее недели после последней публикации, приобретатель через того же sergent и 2-х records заявляет о сделке суду, в области ведомства которого находится имение, или Juge superior. Перед этим судом происходит затем выяснение существующих правоотношений по недвижимости и их ликвидация, носящая название affranchissement, purge. Если нет на отчуждение возражений со стороны 3-х лиц или если такие возражения улажены, суд провозглашает факт приобретения и записывает его в особую книгу. И тогда приобретатель является неуязвимым собственником или реально-управомоченным, и никакие споры о правах не допускаются более ни с чьей стороны²⁾.

2. Очень близко к праву coutume de Bretagne стоит право Coutume d'Ardenbourg. Всякое отчуждение вещного права на недвижимость, при котором недвижимость остается, по какому нибудь основанию, в руках прежнего ее собственника и где, следовательно, нет возможности третьим лицам распознать правоотношение по недвижимости, подлежит записи в особую судебную книгу по месту нахождения недвижимости. Запись должна быть совершена не позднее 6 месяцев со дня отчуждения. Она-то и дает право приобретателя действительным и неоспоримым в отношении 3-х лиц. В ближайший воскресный день, по совершении записи, о последней совершаются публикации в церкви, для осведомления о сделке всех заинтересованных³⁾.

3. В других coutumes de nantissement те же начала выражены уже в несколько ослабленной степени. Именно, публикации, по видимому, уже не

отвечающей германской Auflassung развитого средневекового германского права. Процесс правообразования в ср. вв. во Франции излагается у Besson, Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Paris, 1891, гл. IV, V и др. и Viollet, стр. 607 и след.

¹⁾ См. Coutume de Bretagne, art. 269.

²⁾ Ср. также Besson цит. соч., стр. 62—66.

³⁾ Coutume d'Ardenbourg, VIII, art. 7, 8, 9, находится в Anciennes coutumes de la Belgique. Coutumes des pays et comté de Flandre. Bruxelles, 1890, I, 372. Мотив: „ten fine een yder Kennis hebben mag van de selve transporte, verkoping ofte Verpau-dinge...“ (art. 9).

имѣли мѣста¹⁾. Но отчужденіе всякаго рода вещныхъ правъ: собственности, ренты, ипотеки, и тутъ совершается торжественно, путемъ *nantissement*. *Nantissement* есть торжественная передача владѣнія недвижимости въ судъ, „dans l'auditoire même du tribunal foncier“, чинами сеньориальной юстиціи. *Nantissement* состоитъ изъ двухъ частей: *dévest*, или *déshéritance*, какъ бы уступка владѣнія отчуждателемъ въ руки власти, и *vest* или *adhéritance*, — уступка владѣнія властью пріобрѣтателю²⁾. Съ 13 в., по крайней мѣрѣ, и тутъ входитъ въ обычай запись *nantissement* (тогда носившая названіе *ensaisinement*, инвеституры) въ реестры, ведущіеся въ канцеляріяхъ феодалныхъ судовъ³⁾. При *nantissement* всегда имѣло мѣсто изслѣдованіе сдѣлки по существу⁴⁾. Тѣмъ не менѣе, *nantissement*, повидимому, не давала такого обезпеченія пріобрѣтѣнія, какое давала британская *appropriance* или арденбургская записъ. *Nantissement*, по крайней мѣрѣ позднѣе, повидимому, не исключала возможности виндикаціи имѣнья третьимъ интересентомъ⁵⁾.

§ 9. Формы реального кредита въ средневѣковой Франціи. *Engagement*.

1. Полное сходство французскаго и германскаго права замѣчается и въ древнѣйшей организаціи реального кредита, — французская *Engagement* есть та же германская *aelttere Satzung*⁶⁾.

2. Возникаетъ *engagement* по праву *coutumes de nantissement* тѣмъ же торжественнымъ способомъ, какъ и пріобрѣтеніе собственности, т. е. путемъ *nantissement* (или *ensaisinement*)⁷⁾, въ Бретани — путемъ *appropriance*⁸⁾, въ

1) Besson, 65.

2) Этотъ порядокъ известенъ *Coutumes de Picardie, Vermandois, Pontieu, Cambrésis Amiens, Péronne, Reims, Valois, Boulonnais, Belgique* и др. Besson, гл. V. См. еще *Loysseau, Les oeuvres, Paris M. DC. LXVI* стр. 82: „эта форма *nantissement* собственно называется *ensaisinement*; она когда-то практиковалась и въ *coutume de Paris*, но была отменена и отъ нея остались только нѣкоторые слѣды“.

3) См. *Coutumes de Vermandois Metz, M. DC. LXXXVIII art. C. XIX* и друг. Какъ будто запись не практиковалась въ *Pontieu*, см. *Coûtumes... de Pontieu, Paris* (годъ не указанъ). I art. CXI и слѣд., гдѣ о записи не говорится. Besson, 55.—Besson говоритъ, что сначала *ensaisinement* имѣла цѣлью охранять интересъ сеньоровъ, получавшихъ при отчужденіи недвижимости известную пошлину, но позднѣе мѣра цѣлилась и за ея услугу интересамъ оборота, такъ какъ въ сеньориальномъ судѣ сформировалась естественно связдвѣя о правовомъ положеніи недвижимости. Правильность этого подтверждается и у *Lesneve, Exposé de la législation coutumière de l'Artois, Paris. MDCCCLXIX*, стр. 329: „Слословія Артуа въ cahier отъ 1674 г. просили даже отменить *nantissement*, какъ обременительной мѣры“. См. также *Loysseau*, ц. с., 80, 82 стр.

4) *Coutumes* всегда говорятъ о *nantissement*, какъ мѣрѣ противъ нарушенія сдѣлки и интересовъ 3-хъ лицъ. См. цит. мотивировку записи изъ *C. d'Ardenbourg VIII art. 9* и друг.

5) Besson, 66.

6) За подробностями могу отослать читателя къ той же литературѣ, которая была упоминана въ очеркѣ объ *aelttere S.*, и еще къ *Loysseau, Les oeuvres, 79* и *Viollet, 1893-* стр. 733.

7) *Loysseau, 79*.

8) *Coutume de Bretagne, art. 269*.

Арденбургъ—записью въ судебную книгу¹⁾, при тѣхъ же мѣропріятіяхъ²⁾ и съ тѣми же послѣдствіями.

3. Правоотношеніе при *engagement* то же, которое мы имѣемъ при *aelttere Satzung*³⁾. И во французской литературѣ мы встрѣчаемъ ту же конструкцію *engagement*, какую придали въ нѣмецкой литературѣ *aelttere S.*, т. е. конструкцію продолжи съ правомъ выкупа, „*vente à réméré*“⁴⁾, „*vente à faculté de rachat*“⁵⁾. Эта конструкція особенно примѣняется къ случаю, гдѣ весь доходъ идетъ въ видѣ % на капиталъ, т. е. къ наиболее лихоимственному виду *engagement*, носившему во Франціи обратное германскому названіе *Mortgage*, въ противоположность *Vifgage*, гдѣ доходъ погашаетъ и долгъ⁶⁾. Однако, и для французской *engagement* правильнѣе та конструкція, какую даетъ *Franken*⁷⁾, такъ какъ и во Франціи собственность на заложенную недвижимость оставалась до времени у должника, что было-бы нѣмыслимо при *vente à réméré*.

4. Прекращалась *engagement* такъ же, какъ и *aelttere Satzung*: выкупомъ или поступленіемъ вещи окончательно въ собственность кредитора. *Vifgage*, конечно, прекращался возвратомъ вещи должнику, послѣ того какъ капиталъ погашенъ доходами съ имѣнья.

§ 10. Французская „ипотека“, или *obligation*.

1. Общая характеристика французской *obligation*, или *hypothèque*⁸⁾, опять сходна съ германской *neueere Satzung*: тѣ же условія для ея появленія на свѣтъ, та же первоначальная организація перципированнаго состоянія экзекуціи на недвижимость, устанавливаемого по соглашенію сторонъ⁹⁾, тѣ же чер-

1) См. *C. d'Ardenbourg, art. 7—9*.

2) *Loysseau, eod.*

3) *Franken, Das franz. Pfr. im Mittelalter*.

4) *Viollet, 1893, стр. 734*.

5) *Loysseau Les oeuvres, 79*.

6) *Franken, § 8, Viollet, стр. 734, 35*.

7) См. *Franken*: о неправомерности другой конструкціи — § 13, о его събтвенной конструкціи § 15. Это та же конструкція, которая нами изложена въ ученіи объ *aelttere S.*

8) Названіе *obligation*, видимо, болѣе древнее. *Franken*, цит. с. § 2, *Viollet, 736*. Названіе „ипотека“ болѣе позднее. *Franken—eod.* Но оно уже вытѣсняетъ первое въ *coutumes*. См. *coutumes des pays de Vermandois par Beauteemps-Beaupré, Paris. 1858, art. 79*; *Coûtumes... de Pontieu et d'Abbeville, Paris. I art. CXI* и сл. *Coûtumes de Vermandois. Metz, M. DC. LXXXVIII, art. CXVI* и сл. Ср. *Viollet, стр. 736*.

9) Уже *Franken, § 1*, ставитъ *obligation* въ связь съ организаціей экзекуціи въ первобытныя времена. *Esmein, 174* и друг., и за нимъ *Viollet, 735* и друг., формулируютъ отношеніе такихъ образомъ: въ ту пору должникъ отвѣчалъ за долгъ своей личностью. Чтобы кредиторъ могъ направить взысканіе на имѣнье, онъ долженъ былъ спеціально обязать недвижимость должника путемъ соглашенія съ послѣднимъ, — разъ только онъ не получалъ имѣнія во владѣніе, какъ это имѣло мѣсто при *engagement*. Эта *clausula exécutionis*, полагаютъ, и была заимствована у римлянъ, изъ ихъ *obligatio bonorum*. Сущность разплагасія *Esmein, Franken* и *Meibom* см. на стр. 26 прим. 2.

ты позднѣйшаго происхожденія¹⁾. Но рядомъ съ чертами сходства мы встречаемъ и важныя черты различія, отчасти послѣдовавшія отъ болѣе ранняго усвоенія во Франціи римскаго права, отчасти же отъ особенностей, которыя получило направленіе правообразованія во Франціи вообще. Такъ, во Франціи ипотека рано стала абсолютнымъ, вещнымъ правомъ, какимъ она и выступаетъ въ coutumes. Кажется, издавна она стала и акцессорной, какъ въ Римѣ.

2. Возникла ипотека сначала всюду во Франціи²⁾, а позднѣе въ coutumes de nantissement, подобно всѣмъ вещнымъ правамъ, путемъ nantissement³⁾. И при установленіи ипотеки эта торжественная форма требовалась, очевидно, въ интересъ публицитета, еще строже, чѣмъ при установленіи другихъ вещныхъ правъ⁴⁾.

Иногда ея требуютъ даже тѣ права, по которымъ установленіе другихъ вещныхъ правъ обходилось безъ nantissement⁵⁾. Наконецъ, въ нѣкоторыхъ coutumes, nantissement выродилась въ запись въ судебную книгу (registre du greffe)⁶⁾. Nantissement была не простой формой, а элементомъ приобретательнаго акта⁷⁾. Въ Бретани ипотека устанавливалась путемъ arpropriance⁸⁾.

3. Правоотношеніе. Французская ипотека, по крайней мѣрѣ во всѣхъ coutumes de nantissement, подобно германской, допускается только на недвижимости. Les meubles n'ont point de suite вообще⁹⁾, и — de suite par hypothèque въ особенности¹⁰⁾. Состояла она, въ общемъ, въ такомъ же правѣ

1) Franken, § 1.

2) Viollet, 737, 38.

3) Coutumes des pays de Vermandois, par Beauteemps-Beaupré. Paris. 1858, art. 79; Anciennes coutumes de la Belgique. I Coutumes... de Flandre. Bruxelles 1890. R. VIII. Coutumes... de Pontieu... et d'Albeville. Paris. I art. CXI и савд. Coutumes... de Vermandois. Metz. M. DC. LXXXVIII. art. C. XIX и друг., Lecesne, Exposé de la législation coutumière de l'Artois. Paris. MDCCC LXIX, стр. 328, 29. Ср. Loysseau, Les oeuvres, 79, 82. Besson, 61. Viollet, 737, 38. Нѣкоторыя coutumes даютъ намъ перечень разновидностей производства nantissement, встречающихся и въ другихъ перечисленныхъ coutumes, именно: dessaisine, main-mise, mise de fait, — варианты, представляющие символизацию когда-то реальныхъ дѣйствій. См. Coutumes... de Pontieu, I art. CXI и савд., Coutumes... de Vermandois, art. CXIX и друг.

4) Coutumes содержать открытое указаніе на этотъ мотивъ. Coutumes d'Ardenbourg. VIII § 9: Ten fine een yder Kennis hebben mag van de selvo... verpandinge, Coutumes de Vermandois, art. 79: "...manier qui est plus seure pour l'acheteur..." Ср. также Loysseau, Les oeuvres, 80, 82 и друг.

5) Besson, 61: въ châtellenie de Lille.

6) Besson, 61. Это мы встречаемъ и въ coutume d'Ardenbourg. R. VIII, art. 8.

7) Coutume d'Ardenbourg, R. VIII. art. 8: „Alle... verpanding... sullen om realiteit ofte affectatie te verkrijgen moeten op-geteikent ende ter griffie geregistreert werden“, Cout. de Vermandois, Metz. art. CXIX: „Hypothèque ne se constitué par le seul consentement, mais est requis nantissement du jour duque elle doit avoir cours et non plutot.“ (Ср. тотъ же Cout. de Vermandois, par Beauteemps-Baupré, art. 77). Ср. Besson, 61.

8) Coutume de Bretagne, art. 269.

9) Viollet, 740.

10) Eod. 741.

удовлетворенія кредитора изъ заложеннаго имѣнія, какъ и въ Германіи. При наличности нѣсколькихъ ипотекъ приоритетъ опредѣлялся старшинствомъ nantissement¹⁾. Французское право издавна знало оба вида ипотеки: генеральную и специальную, сначала различавшихся по кругу полномочій, по позднѣе уравнившихся въ этомъ отношеніи²⁾. Однако, въ странахъ, гдѣ дѣйствовали coutumes de nantissement или arpropriance, генеральная ипотека была мыслима только въ моментъ титула. При обремененіи же недвижимости и она должна была разбиться на рядъ специальныхъ ипотекъ. Иноу никакая ипотека не могла быть тамъ, такъ какъ nantissement могла совершаться только на отдѣльныхъ конкретныя недвижимости³⁾. Общее право pays des coutumes de nantissement уже вовсе не допускало молчаливыхъ законныхъ ипотекъ⁴⁾. Не извѣстна была въ этихъ странахъ вообще и судебная ипотека⁵⁾.

4. Прекращалась ипотека, подобно германской, съ удовлетвореніемъ кредитора или съ принудительнымъ отчужденіемъ недвижимости, слѣдующимъ на требованіе кредитора⁶⁾.

§ 11. Р е н т а.

1. Французская rente constituée sur le fond развилась, подобно германской Rentenkauf, благодаря тому, что церковь запрещала процентный заемъ и engagement⁷⁾, и также представляла скрытую форму такого займа подъ

1) Coutumes de Vermandois, Metz, art. CNIX: „... dorénavant (т. е. по установленіи ипотеки путемъ nantissement) il ne reçoive aucun autre nantissement, que ce ne soit à la charge de soudit dû ou rente, et priorité de son droit... и ниже тамъ же: „et leur (Justiciers) fera défense, que dorénavant ils n'ayent à faire autre nantissement sur ledits héritages, que ce ne soit à charge de ce, pourquoy il fait ledit nantissement... et prejudiciera tel nantissement aux subséquents faits sur mêmes héritages, de fort que le dernier nanty perdra sa dette ou rente si la valeur des dits héritages est totalement employé et entrée au payement et acquit de tout, ou de partie de la dette ou rente du premier nanty“. Ср. еще Lecesne, Exposé de la c. de l'Artois, 332.

2) Viollet, стр. 737.

3) „Актъ nantissement подъ страхомъ недействительности долженъ былъ ограничить дѣйствіе ипотеки одной опредѣленной недвижимостью. Когда жъ ипотека по договору должна была обременить всѣ недвижимости должника, тогда для каждой недвижимости требовался особый установительный актъ. Недвижимости индивидуализировались par leur contenance et l'indication de leurs limites“, говоритъ Besson, 61, о Coutumes d'Amiens, art. 137, Cout. de Cambresis tit. V, art. 11.

4) „ni pour dot, ni pour donation en faveur de mariage, ni pour conventions matrimoniales, ni pour donaire prêtis, ni pour reliquat de tutelle“. Besson, 61. Coutume de la Châtellenie de Lille, XX, art. 3: „Par la coutume générale ne sont aucunes hypothèques tacites, sauf le privilège du prince“. Но Coutume d'Artois знала нѣкоторыя законныя ипотеки, им. жены на имущество мужа и еиска на имущество контаблей, см. Lecesne, стр. 333, 334.

5) Besson, 61: исключая позднѣйшаго времени, но и то лишь для Пикардіи и Vermandois. См. еще Lecesne, стр. 335.

6) Viollet, 745.

7) Viollet, 680, 81. Авторъ полагаетъ, что рента выродилась изъ engagement или изъ купли съ правомъ выкупа такимъ образомъ, что имѣнье, при engagement или куплѣ,

видомъ купли $\frac{1}{6}$ а ¹⁾. Она также была не личнымъ долгомъ, а вещнымъ бременемъ на недвижимость, и каждый данный владѣлецъ отвѣчалъ за ренту только какъ владѣлецъ ²⁾.

2. Устанавливалась рента и во Франціи тѣмъ же путемъ nantissement ³⁾, или arrorgiance ⁴⁾, или замѣнившей ихъ записью въ судебную книгу ⁵⁾, какъ и всѣ вещныя права, — при тѣхъ же мѣропріятіяхъ и съ тѣми же послѣдствіями.

3. То же было, въ общемъ, и правоотношеніе ренты во Франціи, какъ и въ Германіи ⁶⁾.

4. Сходно было и прекращеніе ренты въ обѣихъ странахъ.

Г Л А В А III.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ Австріи въ ср. вв.

§ 12. Общія замѣчанія.

Коренныя австрійскія земли едва-ли чѣмъ отличались отъ германскихъ областей того времени какъ по культурѣ, такъ и по праву ⁷⁾. Поэтому мы и не будемъ на нихъ останавливаться.

Въ соединенныхъ теперь съ Австріей областяхъ мы встрѣчаемъ опять аналогичныя явленія въ области организаціи вотчиннаго оборота, иногда очень интересныя ⁸⁾. Среди нихъ особенно выдающіеся и обще-интересное историческое явленіе представляютъ знаменитыя Богемскія Landtafel, — и не только по роли ихъ въ исторіи права Австріи, но и по вліянію ихъ на позднѣйшія образованія въ области изслѣдуемаго вопроса для всей Западной Европы.

оставлялось у должника, случившаго уже за него дѣгу, на правѣ прескрипціи (prière), что скоро стало невѣжливъ, такъ какъ люди правыли представлять себя дѣло гораздо проще, въ смыслѣ продажи изъ недвижимости известнаго дохода. Ср. Viollet, 735 съ 680 и слѣд.

¹⁾ Но первою дозволяла только rente constituée sur un fond и преслѣдовала rente constituée sur la personne.

²⁾ Viollet, 683.

³⁾ Coutumes de Vermerdois, par Beauteemps-Baupré, art. 77. Coutumes de Pontien et d'Abbenille, art. CXI и слѣд.

⁴⁾ Coutume de Bretagne, art. 269.

⁵⁾ Coutume d'Ardenbourg, VIII, art. 8.

⁶⁾ Viollet, 683.

⁷⁾ Въ научныхъ историческихъ работахъ въмѣстѣ ученые никогда не различаютъ для среднихъ вѣговъ странъ, входящихъ теперь въ Австрію, отъ странъ, образующихъ современную Германію. См. Stobbe, Mascher и др.

⁸⁾ Нѣкоторыя данныя о нихъ читатель найдетъ у Exner, Das oesterreichische Hypothekenrecht, Leipzig, 1876—81, стр. 7 и слѣд.; Naan, Studien über Landtafelwesen, Wien, 1866 г., въ обширныхъ примѣчаніяхъ, образующихъ большую половину книги, дѣлаетъ постоянныя экскурсіи въ область мѣстныхъ австрійскихъ правъ провинціальныя и городскихъ; кое-что найдется и у Maasbourg, Die Entwicklung des Institutes der öffentlichen Bücher in Böhmen. Prag, 1877.

§ 13. Богемскія Landtafel.

1. Landtafel, tabulae terrae, dsky zemské въ Богеміи, несомнѣнно, очень древняго происхожденія. Но установить моментъ ихъ возникновенія очень трудно, особенно потому, что въ 1541 г. въ большомъ пражскомъ пожарѣ сгорѣли старыя акты ¹⁾. Повидимому, Landtafel обязаны своимъ возникновеніемъ, подобно всѣмъ такого рода учрежденіямъ той эпохи, гораздо больше судебной практикѣ и обычаю, чѣмъ писанному праву ²⁾. А, съ другой стороны, первоначально и въ задачу института входило служеніе не только цѣлымъ вотчинно-ипотечнаго, а, напротивъ, всего гражданскаго оборота, даже съ преобладаніемъ процессуальныхъ интересовъ ³⁾. Утверждаютъ, что первыя записи, приведшія къ позднѣйшему институту Landtafel, совершались уже въ древнихъ Zupengerichte; предметомъ ихъ было все, что въ этихъ судахъ происходило; и тогда уже они назывались tabulae terrae provinciales.

Въ 13 в., съ упадкомъ Zupengerichte, съ централизацией судебного дѣла и съ учрежденіемъ grösseres Landrecht (высшій судъ), изъ книгъ и реестровъ прежняго пражскаго Zupengericht образуется königlich böhmische Landtafel, общій всей странѣ ⁴⁾.

Съ самаго начала Landtafel представляли собою архивъ страны ⁵⁾, — гдѣ хранились важнѣйшіе акты, исходящіе отъ главы государства, рѣшенія ландтага, пожалованія дворянства, подданства и домицилія; онѣ же стояли въ тѣснѣйшей связи со всѣмъ судебнымъ управленіемъ страны, — и въ нихъ заносили вызовы въ судъ, искъ, постановленія и распоряженія суда; наконецъ, — онѣ же были архивомъ и гражданско-правовыхъ актовъ ⁶⁾. Эти разнообразныя функціи LT. возникали въ послѣдовательности, какъ нельзя болѣе подтверждающей данную выше характеристику первоначальной организаціи института. Древнѣйшій разрядъ книгъ, входящихъ въ кругъ вѣдомства Landtafel, — это реестръ вызововъ въ судъ — dsky puhonné, Citationsquaterne ⁷⁾ Но надежность установленія постепенно привлекла къ нему и гражданскія сдѣлки. Послѣднія, въ свою очередь, нарастали въ постепенности, замѣчаемой всюду въ то время въ данной области. Пленно, дѣло началось съ регулированія оборота имѣній, принадлежащихъ главамъ государства, какъ ленному господину и даже какъ политической власти, — что совершилось къ концу 13 в. ⁸⁾.

¹⁾ Maasbourg, 2—4 стр.

²⁾ Naan, 1—2 стр. Exner, Das östr. NR., 2 стр. Это подтверждаютъ и источники писаннаго права о LT., напр., Behaimische Verneuerte Landesordnung v. 1627 и Behaimische Log. v. 1565, часто ссылаются на обычай, какъ источникъ права о LT. (объ этихъ кодификаціяхъ ниже).

³⁾ Naan, стр. 1 и 2.

⁴⁾ Maasbourg, 2—4; Naan, 2, Exner, 2.

⁵⁾ Такъ онѣ и называются въ Verneu. LOg. Th. II, стр. 294 и друг.

⁶⁾ Maasbourg, 4—5 стр.

⁷⁾ Maasbourg, 5—6 стр.

⁸⁾ Naan, стр. 2 и слѣд., за нимъ Exner, стр. 2.

А в началѣ 14 в., именно въ 1320 г., былъ начатъ разрядъ книгъ, которому въ будущемъ пришлось сыграть столь важную роль въ исторіи вотчинно-ипотечной организаціи въ Австріи, и даже за сѣ предѣлами, именно разрядъ dsky trhové, Kaufquaterne, но содержацію шедшій гораздо дальше наименованіи и означавшій въ дѣйствительности вотчинно-ипотечную книгу ¹⁾. Позднѣе были организованы и другіе разряды книгъ, какъ-то: Gedenkquaterne, Schuldverschreibungsquaterne и т. д. ²⁾.

Вслѣдъ за обычаемъ и судебной практикой, этими первоначально-главнѣйшими источниками правообразованія въ области ЛТ, время отъ времени появлялись и законодательные акты. Послѣдніе, впрочемъ, больше фиксировали практику и обычай, чѣмъ творили новое право. Такъ, 7 апр. 1348 г. Карлъ IV издаетъ законодательный актъ, носящій названіе Majestas Carolina, который главнымъ образомъ регулируетъ функцію ЛТ., какъ организацію оборота ленныхъ имѣній, принадлежащихъ въ верховную собственность коронѣ, — но содержитъ кое-что и объ общей организаціи ЛТ ³⁾.

Послѣ этого проходитъ долгій періодъ времени, ничѣмъ не проявившійся въ области законодательства о ЛТ. ⁴⁾, но далеко не потерянный для развитія института, — когда, наконецъ, въ половинѣ 16 в. и черезъ 25 лѣтъ послѣ пражскаго пожара издается кодексъ, который снова подводитъ итоги предшествующему правообразованію какъ вообще, такъ, въ частности, и о ЛТ. Это именно Beheimische Land-Ordnung 1565 ⁵⁾. Въ этомъ памятникѣ ЛТ. выступаетъ уже въ значительно большей степени какъ вотчинно-ипотечное установленіе, завѣдующее оборотомъ не только королевскихъ, но и частныхъ имѣній, не утративши, однако, и другихъ своихъ функцій. Памятникъ страдаетъ, впрочемъ, крайней казуистичностью и безвкусіемъ.

Спусти менѣе 100 лѣтъ по изданіи этой кодификаціи Богемія дѣлается ареной смуты и войны („отъ вторженія Фридриха Пфальцграфа“), во время которыхъ ЛТ. подвергаются значительной порчѣ ⁶⁾. Вскорѣ по умиротворе-

¹⁾ Это видно изъ LOg 1565. E. XXXVI—FI и Vernew. LOg 1627. K. XXIX и слѣд. гдѣ продажа, aeltere Satzung, законный залогъ, вдова доля, легать, обращеніе лева въ аллодь и друг. записаны одинаково въ этотъ разрядъ.

²⁾ Maasbourg, 7 стр.

³⁾ Мною не найдены, но подробно изложены у Хаан, 2—5.

⁴⁾ Если не считать изданнаго тѣмъ же Карломъ IV Majestatis - Brief отъ 9 февр. 1359 г., которымъ ЛТ. вводятся и въ Моравію, съ нѣкоторыми усовершенствованіями. См. Хаан, 5—6 стр.

⁵⁾ Полный титулъ: „Beheimische Land-Ordnung sampt erneuerten, reformirten Artickeln vund Satzungen... durch Ferdinandum... Behaimischen König... auf gemeinem Landtag im Jar 1565 mit Verwilligung der Stände dessen Königreichs auffgerichtet vnd bestättiget... Ietzund ausz der Behaimischen Sprach in die Teutsche Sprache ubersetzt... durch Petrum Starba. Gedruckt zu Franckfurt am Mayn. MDC. IV.“

⁶⁾ Это видно изъ Kaiserliche Rescript v. 20 sept. 1623, находящагося въ Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus... mit grosser Mühe und Fleisz zusammen getragten v. Johann Jacob, Equite de Weingarten. Prag. MDCCXX. Num. 18., а также изъ предисловія къ Vernewerte LOg 1627.

ніи Богеміи, именно 20 сент. 1623 г., издается императорскій рескриптъ, принимающій мѣры къ возстановленію испорченныхъ ЛТ. ¹⁾, а въ 1627 г. 10 мая издается для Богеміи новая кодификація, Vernewerte Landes-Ordnung ²⁾. Эта кодификація, послѣдняя передъ эпохой значительнаго вліянія римскаго права въ Богеміи, представляетъ важный шагъ впередъ въ дѣлѣ формальной обработки права, сравнительно съ LOg 1565 г., вообще, и въ области ЛТ. въ особенности. Но и она все еще далеко не удовлетворительна.

2. Послѣ краткой вышней исторіи ЛТ. за эпоху до римскаго вліянія, обратимся теперь къ процессу внутренняго ихъ образованія за это время, и прежде всего къ самому установленію, завѣдующему ЛТ.

Установленіе ЛТ. находилось сначала въ королевскомъ дворцѣ въ старомъ городѣ Прагѣ, но очень рано, имъ въ царствованіе короли Владислава, было переведено въ замокъ, гдѣ затѣмъ и оставалось все время разсматриваемаго періода ³⁾.

Личный составъ установленія, Landtafelamt, или просто Landtafel ⁴⁾, urad desk, время отъ времени измѣнился. По Majestas Carolina завѣдуетъ установленіемъ и ведетъ книги, Landtafel—Landes-Notar, который и живетъ въ замкѣ. По надзоръ и охрана ЛТ. ввѣрена, на-ряду съ этимъ нотариусомъ, еще нѣсколькимъ высшимъ правительственнымъ лицамъ: Ober-Kammerer, Ober-Land-Richter и бургграфу Пражскаго замка, за солидарной ихъ отвѣтственностью. Книги и открывались для совершенія въ нихъ записей только въ присутствіи всѣхъ этихъ чиновниковъ ⁵⁾. По LOg 1565 г. составъ чиновниковъ уже почти совпадаетъ съ тѣмъ ⁶⁾, который окончательно былъ установленъ Vern. LOg 1627 г. и который существовалъ, кажется, безъ измѣненій до конца 18 ст. Этотъ окончательный составъ представляли: Vice-Landkammerer, Vice-Landrichter, Vice-Landschreiber, Vice-Amtmann der Königin и Unter-Kämmerling; далѣе, der Schreiber der Kleinern Landtafel, der Elteste vber die Cämmerling (Starosta), der Ingrossator der grössern Landtafel, Ingrossator der kleinern ЛТ., Registrator bey der ЛТ., Messer des Lands, die Cämmerling der ЛТ., Declamator desz Landts ⁷⁾. Изъ нихъ первыя пять лицъ были

¹⁾ См. предш. примѣч.

²⁾ Полное названіе: „Der Röm. Kai. auch zu Hung. vnd Böheimb, et. König: Maj: Ferdinandi desz Andern, et. Vernewerte Landes-Ordnung. Derselben Erbköinigreichs Böheimb.—какъ Majestas Carolina была распространена на Моравію, такъ и LOg 1627 г.; им. 10 мая 1628 г. для Моравіи издана erneuerte LOg, леате ионаия, чѣмъ богемская, но не выходящая изъ круга идей послѣдней. (Хаан, 10—11 стр.).

³⁾ Vern, LOg 1627. J I.—Maj. Car. 1348 г. знаетъ ихъ уже въ замкѣ Хаан, 5 стр.

⁴⁾ Какъ ихъ называть, напр., LOg 1565 г. E. XVII и ми. друг.

⁵⁾ Хаан, 5.

⁶⁾ LOg. 1565. LII—LIV: „Vice Landt-Richter, Vice-Landt-Schreiber des Gönigr. Beheim Amtman der Königin, Ampt desz Unter-Cammerers, der Schreiber der Kleinern Landtafel, der Elteste vber die Cämmerling (genant starosta) der Ingrossator der grössern Landtafel, Ingrossator der Kleinern ЛТ., vnd Registrator bey der ЛТ., Messer des Lands, die Cämmerling der ЛТ., Declamator desz Landts“.

⁷⁾ VLOg. 1627. J. III.

въ то же время членами судебной коллегіи 1-й инстанціи, носившей название *Kleines Landrecht*, завѣдывавшей подъ предѣдательствомъ *Unter Burggrafa*, малонажными дѣлами¹⁾. Прочіе же чиновники занимали положеніе подчиненныхъ членовъ, имѣющихъ спеціальныя функціи²⁾.

Чтобы придать установленію наивысшій авторитетъ, какой былъ необходимъ въ виду важности ввѣренныхъ ему функцій, чиновники, образующіе *LTamt*, издавна назывались лично королемъ³⁾, давали торжественную присягу на вѣрность служенія⁴⁾ и пользовались усиленной охраной закона отъ посягательствъ на ихъ личность, особенно при отправленіи ими служебныхъ обязанностей⁵⁾. Соответственно этому и выборъ и отвѣтственность самихъ чиновниковъ за ихъ дѣйствія были не менѣе строги⁶⁾. Наконецъ, установленіе было поставлено въ связь съ Богемскимъ помѣстнымъ классомъ. *Ober-Land-Richter* и *Ober-Kämmerer* назначались изъ Богемскихъ помѣщиковъ⁷⁾. Предѣдательство въ засѣданіяхъ вотчинной коллегіи принадлежало *Oberland-schreiber'u*, а за его отсутствіемъ — *Vicelandrichter'u* или *Vicelandkämmerer'u*.

Былъ болѣе или менѣе тщательно урегулированъ и внутренній порядокъ производства, распредѣленіе функцій между членами коллегіи и подробности обихода⁸⁾. Учрежденіе *LT* стояло въ тѣсномъ взаимодействіи съ судами какъ 1-й инстанціи (*kleineres Landrecht*), такъ и 2-й (*grösseres Landrecht*), а также и въ зависимости отъ *Ландтага* и главы государства. *LT* было ипотечнымъ установленіемъ при обоихъ судахъ⁹⁾. Книги открывались для записи только во время сессій суда¹⁰⁾. Кажется, самая запись признавалась правильной, лишь когда совершалась по приказу короли, *Ландтага* или одного изъ судовъ¹¹⁾. Съ другой стороны, практика *LT* признавалась руководящей для производства дѣлъ въ судѣ 1-й инстанціи¹²⁾. О другихъ функціяхъ *LT* уже говорилось¹³⁾.

1) VLOg. 1627. F. XVI—тоже и соотв. чиновники по LOg. 1565. LX MI.

2) Landtliche Instruction v. 1652. Nov. 21 въ Codex Ferd.-Leop.-Jos.-Car. № 162.

3) Такъ было уже по Maj. Car., см. Naan, стр. 5. Такъ же было и по Deklarationen u. Novellen v. 1640. Ее I.

4) Maj. C. у Naan, 5; VLO. 1627. J. III.

5) LO. 1565. L. LVII: за посягательство на такихъ чиновниковъ — смертная казнь. VLO. J. I: кто въ установленіи. L. T. Amt, вынетъ мечъ или иное оружіе, дашается правой рукой; eod. J. II. Кто совершитъ обиду такому чиновнику при отправленіи имъ обязанности или кто будетъ обвинять его въ нарушеніи обязанностей службы — повиненъ смерти.

6) Чиновники назначались изъ лицъ, выдающихся нравственными качествами. Maj. C. у Naan, 5. VLO. J. III.—Нарушеніе чиновникомъ обязанностей вѣрной службы, измѣненіе и исправленіе записи безъ соблюденія законныхъ формъ карается смертной казнью. VLO. J. II, XVIII.

7) Maj. Car. у Naan, 5.

8) Landt. Instruktion v. 1652. Nov. 21, Codex F.-L.-J.-C. № 162.

9) Maasbourg, 18.

10) Maj. C. у Naan, LO. EIII, VLO. B., K. XXIV и я. др.

11) LO. FXV, VLO. KXXIV, Maasbourg, 22.

12) Landt. Instruktion. 1652.

13) Также экзекуція суд. приговоровъ и даже суд. функціи. Maasb., 18 стр.

3. Ведущіяся въ *LT* книги назывались тоже *LT*, и дѣлились на разряды, называвшіеся *Quaternen*. Въ концѣ-концовъ утвердились слѣдующіе разряды. извѣстные LO. 1565: *Kauftafel*, *Verschreibung-und Pfand-Tafel*, *Ladungs-Tafel*, *Gedächtnis-tafel*¹⁾. Эти разряды книгъ, судя по ихъ названію, претендовали на предметное подраздѣленіе. До извѣстной степени это и достигалось, и не только въ разрядахъ, столь рѣзко различныхъ, какъ напр., *Kauftafel* и *Ladungstafel*, но и въ такихъ близкихъ, какъ *Kauftafel* и *Pfand-tafel*²⁾. Предметное подраздѣленіе выступаетъ особенно остроумно при размѣщеніи такихъ правъ, какъ рента, вдовья доля (*Leibgeding*), приданое: рента заносится въ *Pfand-tafel*, ипотечную книгу³⁾. Но вдовья доля и приданое, если онѣ установлены въ формѣ долга, — заносится въ ипотечную книгу⁴⁾; а, установленныя въ видѣ вѣчного права, онѣ же заносится въ *Kauftafel*, вотчинную книгу⁵⁾.

Отдѣльные разряды *LT* подраздѣлялись, сверхъ того, еще на *grosse* и *kleine Tafel*⁶⁾, по значенію объекта записи⁷⁾. Впрочемъ, всѣ эти подраздѣленія имѣли, всего скорѣе, лишь значеніе внутренняго распорядка въ установленіи, важное для чиновника да развѣ въ цѣляхъ удобства, а не какос-либо вѣщное, и тѣмъ менѣе юридическое⁸⁾.

Разряды, вотчинныхъ и ипотечныхъ книгъ, которые насъ только и занимаютъ, велись не по предметной системѣ, т. е. не по имѣніямъ, и не по личной, т. е. не по именамъ собственниковъ, а по хронологической, опредѣляемой моментомъ поступленія сдѣлки въ установленіе. Эта система, общая тому времени, могла быть терпима только благодаря малой подвижности оборота и фактической вѣчности владѣнія. Вотчинный и ипотечный разряды книгъ содержали картину всѣхъ правоотношеній по недвижности, въ частности вскрывали движеніе собственности и реальный кредитъ.

1) LO. 1565. F. VII, VLO. C. II, J. VI.

2) См. наприм. казуистику LO. 1565. E. XXXVI—XXXVII, F. IX—XIV.

3) LO. F. XI.

4) LO. F. XII.

5) E. XXXVI—XXXVIII.

6) Источники съ точностью относятъ это дѣленіе къ родовому понятію *LT* и къ видовому *Pfand-tafel*. LO. F. XI, XII. Несомнѣнно, что и *Kauftafel* знали это подраздѣленіе. О другихъ разрядахъ трудно сказать что-л. положительное.

7) LO. 1565. F. XI—XIV ставятъ предѣломъ дѣленія ипотечной книги на большую и малую 100 *Schock Groschen*. Eod. F. IX, исвидѣмому, для вотчинной книги ставятъ предѣломъ дѣленія 10 *Schock Groschen*. *Maasbourg* утверждаетъ (22 стр.): *Grosse Tafel* велись на пергаментѣ для извѣстныхъ высшихъ сословій, для всѣхъ важнѣйшихъ вѣщныхъ сдѣлокъ; *Kleine-Tafel* — для мелкаго землевладѣнія свободныхъ лицъ и для сдѣлокъ не свыше 10 *Schock*, которые заносились въ *Schuldverschreibungsquaternen*.

8) По крайней мѣрѣ законъ говоритъ о разрядахъ лишь при регламентаціи внутренняго обихода въ установленіи и распредѣленія функцій чиновниковъ (*Landt. Instruktion* v. 1652. Nov. 21. i. f.), но никогда не говоритъ иначе, какъ вообще о *LT*, регулируя возникновеніе правъ по записи въ *LT*. См. LO. F. XVI, E. XVII, XXVI, XXVII, XXXIV и друг. или VLO. J. IX, I, XV, XVII, K. XXIX и друг.

4. *Имъня*. Имъня привлекались къ вотчинно-ипотечному режиму ЛТ, лишь по мѣрѣ совершенія о нихъ сдѣлокъ; одновременнаго подчиненія ихъ ЛТ. не могло и быть. Но такъ какъ въ ЛТ. заносились переходы имъней и установленія вѣщныхъ правъ по всякимъ титуламъ подъ страхомъ педѣвительности, то очень быстро должны были подчиниться ихъ режиму все недвижимости въ странѣ, способныя къ ЛТ. Однако, этотъ вопросъ о способности имъней къ ЛТ. разрѣшался неодинаково въ разное время. *Majestas C.* урегулировала запись въ ЛТ. имъней, принадлежащихъ главѣ государства и передаваемыхъ за услуги рыцарскому классу въ ленъ. Затѣмъ наступило время, когда къ ЛТ. допускались сдѣлки о всякаго рода недвижимостяхъ: крупныхъ, мелкихъ, дворянскихъ и крестьянскихъ. Но уже въ 15 в. кругъ такихъ недвижимостей былъ ограниченъ. Способными къ ЛТ. стали признаваться только рыцарскія имъня; допущеніе прочихъ имъней зависѣло отъ воли государя. Исключеніе было сдѣлано только для горожанъ Праги и Куттенберга¹⁾. Отсюда институтъ становится изъ вотчинно-ипотечной системы—официальной книгой для реалитетовъ привилегированныхъ лицъ²⁾.

5. *Лица*, имѣющія доступъ къ ЛТ. И въ этомъ вопросѣ о специальной правоспособности къ ЛТ. мы встрѣчаемъ колебанія. Правоспособность эта постепенно становилась привилегіей рыцарства да еще гражданъ нѣкоторыхъ городовъ³⁾. Лишь позднѣе привилегія была нѣсколько расширена и распространена на духовенство и профессоровъ Пражскаго университета⁴⁾. Но и за всѣмъ тѣмъ рамки ея были тѣсны. Доступъ къ ЛТ. былъ обусловленъ строго-католическимъ вѣроисповѣданіемъ. Протестанты и евреи не имѣли доступа къ ЛТ.⁵⁾ Иностранцы должны были получить для того право домицилія (*Inkolat*)⁶⁾. Молодые дворянскіе роды нуждались для того въ соизволеніи государя⁷⁾. Граждане городовъ для полученія правоспособности къ ЛТ. должны были доказать, что они родились, имѣютъ гражданство и осѣдность въ данномъ городѣ и владѣютъ тамъ недвижимостью⁸⁾. Полученіе правъ гражданина города еще не давало само по себѣ такой правоспособности⁹⁾. Вездѣ тутъ правоспособность разумѣется какъ активная, такъ и пассивная¹⁰⁾.

1) Maasbourg, 8, 9.

2) Eod. 10.

3) Maasbourg, 8, 9; только жители Праги и Куттенбурга. Источники говорятъ ясно, см. Codex F.-L.-I.-C. №№ 18, 152, 162, 169, 177, содержащіе импер. рескрипты, декларации и инструкции отъ 1623 сент. 20, 1630 мая. 27, 1653 мая. 28 и друг.

4) Maasbourg, 11.

5) Landt. Instruktion v. 1652. Nov. 21: „се католикъ, получившій титулъ на вѣщное право, долженъ или принять католичество или уступить титулъ католику“. См. еще Deklar. и Nov. M. DCXXX. Ee IV.

6) Maasbourg, 11.

7) Eod.

8) Императорскіе рескрипты отъ 1623, 1630, 1653 и 1654 г. въ Codex F.-L.-I.-C. №№ 18, 48, 169, 177.

9) Maasbourg, 12.

10) Landt. Instruktion 1652. Maasbourg, 12.

Законодательство ставитъ, далѣе, условіемъ такой правоспособности правоспособности лица. Безправственные не имѣютъ доступа къ ЛТ.¹⁾ Физическія недостатки не мѣшали²⁾.

6. Со временемъ вырабатываются *условія и формы производства* въ вотчинномъ установленіи, гарантирующія матеріальную истину, обеспеченность правъ, точность воли сторонъ и обусловливающія дѣйствительность предпринятаго акта.

а) Требуется личное присутствіе сторонъ, или, по крайней мѣрѣ, обзывающагося по сдѣлкѣ. Это требованіе встрѣчается издавна и повторяется настойчиво въ каждомъ значительномъ законодательномъ актѣ³⁾. Самая запись совершается въ присутствіи сторонъ или хотя обзывающейся стороны, и стороны являются контролерами правильности записи⁴⁾. Требованіе личного присутствія понималось такъ строго, что не допускалось, по общему правилу, и представительство на сторонѣ обзываемаго сдѣлкой лица⁵⁾. Управомочиваемый записью могъ послать и представителя⁶⁾. Лишь по исключенію допускается отступленіе отъ этого начала, и эти исключенія регулируются въ духѣ общаго правила.

а) Въ случаѣ болѣзни обзываемаго записью, вотчинное установленіе отряжаетъ чиновниковъ къ постели больного для выслушанія его воли, и письменный отчетъ о томъ записывается въ ЛТ.⁷⁾

б) Въ случаѣ отсутствія обзываемаго изъ страны допускается представительство. Но, по возвращеніи обзываемаго записью на родину, онъ все же долженъ лично явиться въ установленіе и подтвердить свою волю⁸⁾.

в) Третье исключеніе установлено на случай, когда обзываемая сторона является въ установленіе не въ періодъ открытія ЛТ. для записи. Тутъ обзывающійся можетъ взять изъ установленія *list priznavací*, рекогницію, удостоверяющую, что онъ выразилъ уже свою волю въ установленіи,—и передать ее потомъ управомочиваемому по сдѣлкѣ. Послѣдній является съ этимъ актомъ въ ближайшую сессию установленія, когда происходитъ запись въ ЛТ. и въ пользу его запись совершается уже на основаніи рекогниціи. Но рекогниція дѣйствуетъ съ момента ея выдачи лишь до ближайшей сессіи суда, во время которой только и происходитъ запись въ ЛТ. Возобновленіе рекогниціи допускается⁹⁾.

1) LO. E. XXVII: „Öffentliche Banckharben und Huren“. Тоже VLO. J. XLII.

2) LO. XXVI: „Нѣмые допускаются“. VLO. J. XV.

3) LO. E. III, V. VLO. J. XI, XII, XVIII.

4) Eod.

5) Eod.

6) Eod.

7) LO. E. XXXIV; VLO. J. XIV.

8) VLO. J. XI, XII.

9) LO. E. III. — Въ этомъ институтѣ зложена идея, которая открывалась и въ Бременскихъ *Handvesten* и которая лишь въ наше время получила свое развитіе въ знаменитомъ Актѣ Торренса, им. идея одностороннаго волеизъявленія управомоченнаго, какъ основы оборота;—но тутъ идея выражена въ самомъ зачаткѣ.

2) Четвертое исключение допускалось в случае, когда письменный долговой акт подтвержден 2—3 лицами из высшего сословия, путем подписи или приложения их печати, когда в акте этом открыто устанавливается ипотека и выражается позволение на запись акта в ЛТ. в отсутствие должника. Это относилось и к куплѣ¹⁾.

Какъ при установлении правоотношения требовалась личная явка обязываемого имъ контрагента, такъ при кассации записи требовалась явка управомоченнаго по записанному правоотношению. Никакая запись не кассируется, пока она не прочтена управомоченному по ней²⁾. Изъ этого правила допускались лишь ничтожныя исключения³⁾.

2. Въ изложении записей выработаны были техническия формулы, стиль⁴⁾.

3. Погашение записей, сначала совершавшееся перечеркиваниемъ записи, потомъ стало выполняться погасительной отмѣткой per juxtam⁵⁾.

4. Урегулирована была общая тщательность вышшняго ведения книгъ⁶⁾.

5. Предписано было строгое соблюдение приоритета при совершении записей⁷⁾.

6. Определенъ былъ языкъ, на которомъ должны были вестись записи. Въ древнее время записи велись на латинскомъ языкѣ⁸⁾, какъ и всюду. LO. 1565 вводитъ богемскій языкъ⁹⁾. VLO. 1627 вводитъ на-ряду съ богемскимъ и нѣмецкій¹⁰⁾.

7. Особенно строго было урегулировано исправление ошибокъ, допущенныхъ при записи въ ЛТ. По своему почину чиновникъ не могъ исправить ошибки, подѣ страхомъ смертной казни. Онъ могъ это сдѣлать лишь съ согласія сторонъ, если стороны еще присутствуютъ и ошибка замѣчена непосредственно при записи; по истеченіи же 24 часовъ послѣ записи исправление допускается лишь съ разрѣшеніи вышшаго суда (grösseres Landrecht). Всегда отмѣчается дата поправки и имя чиновника, совершавшаго поправку¹¹⁾.

8. Въ цѣляхъ обезпеченія матеріальной истины законъ требовалъ, чтобы подлежащія записи сдѣлки были облечены въ письменную форму, обладающую свойствами официальныхъ актовъ¹²⁾. Опытъ показываетъ, что одного

1) VLO. I. VI. Naan, 8, Maasbourg, 26. — Исключение могло стать поздаѣ правиломъ. — Были и еще спеціальныя исключенія, незначительныя. См. LO. F. II. — Едва-ли представлялъ исключеніе случай VI.O. K. XXIV.

2) VLO. J. XVI. Naan, 8.

3) VLO. K. XXV.

4) Maasbourg, 23.

5) Eod.

6) Landtäfliche Instruktion v. 1652.

7) Eod.

8) Maasbourg, 27.

9) LO. F. VII: кромѣ случая, когда акты подлежатъ записи полностью и изложены на латинскомъ или нѣмецкомъ языкѣ.

10) VLO. C. II, J. VI: это „потому, что послѣ смутъ и войнъ въ Богеміи поселилось много нѣмцевъ, вѣрныхъ подданныхъ“.

11) VLO. J. XVIII. LO. E. V, Declar. u. Nov. Ee. III.

12) VLO. J. XII.

присутствія сторонъ въ установлении недостаточно для обезпеченія ихъ интересовъ. И вотъ, въ виду рокового дѣйствія записи въ ЛТ. сдѣлки, особенно въ эпоху и въ странѣ, гдѣ население не настолько развито, чтобы вполне ориентироваться въ тонкостяхъ правовыхъ организацій, законодательство требуетъ, чтобы при самомъ возникновеніи отношенія стороны пользовались помощью свидущихъ лицъ и предъявляли въ вотчинное установление акты сдѣлокъ, заключенныхъ ими по зрѣломъ и тщательномъ ознакомленіи съ послѣдствіями такихъ сдѣлокъ¹⁾.

9. Законодателя занимаетъ и забота о коллегіальности засѣданій и солидарной отвѣтственности вотчинныхъ чиновниковъ за цѣлость и надежность ведения книгъ, такъ какъ онъ видѣлъ въ этомъ сугубую гарантію правильности производства²⁾.

10. Еще болѣе законодатель настаивалъ на принципѣ публичности ЛТ. Этотъ принципъ проводился издавна и въ различныхъ направленіяхъ.

а) Публичны были засѣданія коллегіи, въ которыхъ торжественно открывались книги, заносились въ нихъ сдѣлки, извлекались изъ нихъ данныя и, наконецъ, книги снова закрывались³⁾.

б) Книги были доступны осмотру всѣхъ гражданъ, а не только интересентовъ.⁴⁾ Но осмотръ („in den Schriften umbzustüren oder zu blättern“) совершался не непосредственно публично, а черезъ посредство чиновника⁵⁾, — мѣра въ то время неизбежная.

в) Изъ книгъ выдаются выписи, но только съ разрѣшенія короля, суда или старшихъ чиновниковъ установленія⁶⁾.

д) Вводъ во владѣніе имѣниемъ, приобретеннымъ записью въ ЛТ., сопровождается троекратными публикаціями, имѣвшими цѣлью вызвать интересентовъ къ предъявленію ихъ возможныхъ правъ на имѣнье, въ теченіе перѣторнаго срока 3 л. 18 нед.⁷⁾.

11. Надежности учрежденія, безъ ущерба обороту того времени, служило и то, что книги открывались для записи лишь въ опредѣленные періоды времени, именно въ періоды сессій высшаго суда (grosses Landrecht)⁸⁾.

12. Формально-правовыя начала, на которыхъ покоился вотчинно-ипотечный режимъ ЛТ., характеризуютъ послѣдній, какъ зрѣлый уже въ то время.

1) Вопросъ о свойствахъ актовъ наполняетъ всю исторію режима: только перемена общахъ возрѣвній на отношеніе власти къ подданнымъ влекла тутъ значительныя измѣненія, но и то не всегда къ лучшему и не всегда на долгое время.

2) Maj. C. и Majestätsbrief v. 1359 у Naan, 5 и слѣд., LO и VLO во многихъ мѣстахъ

3) Уже Maj. C. у Naan, 6 стр., LO и VLO множество статей.

4) VLO. B. IX. Это начало дѣйствуетъ и до сихъ поръ въ Австріи, см. Эп. 4871, § 7.

5) Eod.

6) LO. F. XV.

7) Уже въ Maj. C. у Naan, 4—5 стр.

8) LO и VLO: рядъ статей.

а) Въ законодательствѣ о ЛТ. уже издавна мы встрѣчаемъ выраженіе начала публицитета. Уже въ Majestas C. запись въ ЛТ. влечетъ, по общему правилу, безповоротность устанавливаемаго записью отношенія, разъ только истекъ срокъ въ 3 г. 18 нед. и не поступило въ установленіе притязаній со стороны 3-хъ лицъ. Это начало дѣйствовало даже въ отношеніи притязаній королевской камеры на имѣнья, принадлежащія въ собственность верховной власти и переданныя на правѣ лена рыцарямъ ¹⁾. Исключеніе дѣлается только для случаевъ формально-неправильной записи ²⁾. Гораздо уже рѣзче начало публицитета выражается въ LO. 1565: „Какъ въ книгахъ написано, такъ потому и быть должно“. Оспариваніе записи, какъ неправильной, карается 2-хъ-недѣльнымъ тюремнымъ заключеніемъ ³⁾. VLO. 1627 г. повторяетъ начало въ тѣхъ же формахъ, но за оспариваніе устанавливаетъ уже 2-хъ-годичное тюремное заключеніе ⁴⁾. Но послѣднее слово принадлежало по вопросу о дѣйстви публицитета позднѣйшему законодательству.

Однако, начало публицитета терпитъ ограниченіе. Именно, неоспоримость записи наступала не съ самаго момента совершенія записи, а лишь по истеченіи 3 л. 18 нед. Въ теченіе же этого времени допускались возраженія на запись, называемыя одрог; предъявлялись возраженія въ самое вотчинное установленіе, гдѣ и записывались противъ оспариваемой записи. Записи возраженія приостанавливала дѣйствіе оспариваемой записи впередъ до выясненія спора. А это выясненіе, точнѣе, оправданіе возраженія должно было осуществиться въ теченіе того же срока 3 л. 18 нед., иначе возраженіе гасло само собою ⁵⁾. Но и записанный уполномоченный можетъ вызвать совершившаго одрог на скорѣйшее осуществленіе имъ своей претензій въ судебномъ порядкѣ ⁶⁾.

¹⁾ Naan, 4—5.

²⁾ Eod.

³⁾ LO. F. XVI: „... Die Landtafel kan niemandt vberzeugen vnd dieweil sich dieser vnderfangen ein Gezeugnus zu führen, soll er darumb vierzehen Tag im Thurm sitzen“.

⁴⁾ VLO. II: „Vnd was also vnd solcher Gestalt auff dergleichen Bekantnus. wie obgemelt, vor den Pragerischen Vuter Ambleütthen in die Land Tafel einverleibt vnd eingeschrieben würdet, biy demselben solle es ohn Widerred oder aintzige Auszflucht verbleiben, sintemal kein Mensch die Land Tafel überzeugen kan, Wie dan ein jeder, so sich dessen vnterstehen vnd wider die Land Tafel Zeügnusz führen wolte, mit zwey Jähriger Gefängnus gestrafft werden solle“.

⁵⁾ Такъ было уже по Maj. C. у Naan, 4—5. Обстоятельнее институтъ развитъ въ VLO. B. XIII, 5, J. XX—XXII.

⁶⁾ Eod. — Однако, возраженіе не вредитъ 3-му добросовѣстному пріобрѣтателю (законъ говорить объ aeltere Satzung). Въ случаѣ званія, такой 3-й пріобрѣтатель возвращаетъ имѣнье лишь за полное удовлетвореніе его. LO. Q. II—III, VLO. K. XXX—XXXII. — Замѣтимъ, что срокъ 3 г. 18 н. есть и срокъ гражданской давности (LO. E. XVII, F. XXIII; VLO. B. XIII, 5, J. XX, O. XIX, M. XXVIII, XXXIX). И это обстоятельство смущало до самаго издавія Зак. 1871 г. юристовъ при рѣшеніи вопроса о юридической вѣрности записи въ ЛТ. См. Exner, Publicitätsprinzip, Wien, 1870.

б) Умѣренный легалитетъ былъ положенъ въ основу организаціи, какъ вездѣ въ то время ¹⁾.

в) Специалитетъ при залогѣ недвижимости вытекалъ уже изъ самой природы залога того времени, представленнаго, по общему правилу, инстинктуомъ aeltere Satzung ²⁾.

г) Начало пріоритета записанныхъ правъ по моменту записи провозглашается неоднократно, въ теченіе всего разсматриваемаго періода ³⁾.

§ 14. И т о г и.

Мы прослѣдили въ существенныхъ чертахъ правовую организацію вотчиннаго оборота и реального кредита въ ср. вв. Эта организація, какъ мы видѣли, стояла въ тѣсной связи какъ съ общимъ культурнымъ строемъ того времени, такъ, въ особенности, со строемъ экономическихъ отношеній, точнѣе, со строемъ натурального хозяйства въ провинціи и зачатками денежнаго и даже кредитнаго хозяйства въ городахъ.

Громоздкія и сопряженныя съ медлительностью выполненія, правовыя формы вотчиннаго оборота ср. вв. были направлены на полную обеспеченность его и, достигая обеспеченности оборота, они, при медлительности оборота, не давали чувствовать своей громоздкости. Право и жизнь, право и оборотъ находились въ то время въ гармоническомъ сочетаніи.

Въ деталяхъ національное право новыхъ народовъ покоилось тогда на четырехъ коренныхъ формально-правовыхъ максимахъ: публицитетѣ, специалитетѣ, легалитетѣ и пріоритетѣ.

Что касается организаціи матеріальнаго кредитнаго отношенія, то тутъ мы встрѣчаемъ въ средніе вв. главнымъ образомъ формы строго-реального кредита, гдѣ довѣріе оказывается не лицу, а недвижимости. Исключеніе составляетъ лишь pevere Satzung, при которой довѣріе къ недвижимости лишь стояло на первомъ мѣстѣ, часто не устраняя и личной ответственности собственника недвижимости.

На рубежѣ среднихъ вѣковъ и новаго времени, когда оживляется общій оборотъ, — и средневѣковыя организаціи вотчиннаго оборота приворачиваются къ этому оживленію. Торжественный обрядъ передачи вѣщаго права вырождается въ простую запись въ вотчинную книгу, вооруженную абсолютной fides publica и т. д. Такъ что основы организаціи удерживаются, лишь формы ихъ упрощаются. Въ городахъ, гдѣ оборотъ былъ особенно живой, мы встрѣчаемъ смѣлыя по идеѣ организаціи реального кредита (Handvesten). Насколько средневѣковыя формы оборота обладали гибкостью и способностью прино-

¹⁾ Deklaratorien u. Novellen MDC XXXX. Ee VI—VIII: устанавливають обязанность чиновника изслѣдовать существенные моменты сдѣлки, безъ чего не можетъ послѣдовать и запись ея.

²⁾ LO. E. XVII, F. XIV, VLO. K. XXIX и слѣд. Deklaratorien u. Novellen, Ee V.

³⁾ LO. F. III, VLO. K. XIX, Deklaratorien und. Novellen Ee XVIII, Landtäfliche Instruction 1652.

влени къ измѣняющимся условіямъ жизни, не отступая отъ 4-хъ основныхъ максимумъ, показываетъ то, что въ срединѣ 19 ст., приспособленные къ современнымъ условіямъ, онѣ составляли предметъ удивленія и подражанія въ глазахъ юристовъ тѣхъ странъ, которыя ихъ утратили.

Но на томъ же рубежѣ среднихъ вѣковъ и новаго времени въ жизни европейскихъ народовъ совершается рядъ другихъ величайшихъ событій, которыя содѣйствовали грандіозному въ исторіи права явленію, — рецепціи римскаго права *in pleno*. И эта рецепція нарушила самобытное развитіе права европейскихъ народовъ, а съ нимъ и національную правовую организацію вотчиннаго оборота.

О Т Д Ъ Л Ъ П.

Эпоха рецепціи римскаго права.

§ 15. Общія замѣчанія.

Что рецепція римскаго права имѣла въ общемъ и цѣломъ безконечно громадное благотворное вліяніе на правообразованіе у новыхъ народовъ, въ этомъ едва ли кто можетъ сомнѣваться въ наше время. На римскомъ правѣ, обладавшемъ тонко развитыми правовыми понятіями, точной терминологіей, безукоризненной системой, какъ нельзя легче могла возродиться и окрѣпнуть наука права у новѣйшихъ народовъ. А роль науки права для правовой жизни народа слишкомъ громадна.

Не менѣе благотворно было въ общемъ и цѣломъ вліяніе римскаго права и на положительное право новыхъ народовъ. Какъ громадно было его вліяніе на правовую технику, лучше всего указываетъ сравненіе юридическихъ памятниковъ эпохи, предшествующей рецепціи, и эпохи рецепціи. Первые памятники, по общему правилу, вѣдѣны-беспорядочны, нерѣдко лишены всякой системы, страдаютъ казуистичностью предписаній, отсутствиемъ общихъ принциповъ; вторые же, напротивъ, отличаются вѣдѣнной строгостью, прозрачной системой; предписанія ихъ имѣютъ характеръ общихъ нормъ, изъ которыхъ не трудно извлечь правовой принципъ. Первые регулируютъ институтъ случайно, въ наиболѣе выдвинутыхъ практикой моментахъ, вторые содержатъ законченные образы cadaго института цѣльными и прозрачными ¹⁾.

Самымъ содержаніемъ римское право оказало, въ общемъ, безконечныя услуги правообразованію новыхъ народовъ. Стоитъ вспомнить, что обширная область права требовалій представляется у новыхъ народовъ всецѣлое заимствованіе изъ римскаго права, чтобы въ этомъ не сомнѣваться болѣе.

И въ кругъ институтовъ вещнаго права римское право внесло много положительнаго. Самое возникновеніе института ипотеки, на которомъ теперь

¹⁾ Ср. напр. *Beheimische Landordnung 1565* съ *Deklaratorien und Novellen 1640*; *Lübches Recht 1240*, *Rev. Lüb. R. 1586* и проектъ мекл. Ландрегта Мевуса отъ 1589 г.

покоится зданіе реального кредита, по мнѣнію многихъ, обязано римскому вліянію. Но послѣдовательную и законченную внутреннюю обработку современная ипотека уже, несомнѣнно, получила въ огромной долѣ изъ римскаго права. Тоньше и послѣдовательнѣе были переработаны подъ вліяніемъ римскаго права и другіе институты вещнаго права.

Во всѣхъ областяхъ права и на цѣлый рядъ тонкихъ вопросовъ, которые ставили юристу условія новаго времени, онъ находилъ въ римскомъ правѣ готовый и образцовый отвѣтъ, — чѣмъ и объясняется общее влеченіе къ римскому праву въ то время ¹⁾.

Но если столь громадно было благотворное значеніе вліянія римскаго права, то не маловажно было и зло, причиненное имъ отъ неумѣнія и непониманія насадителей его.

Ослѣпленные гениальными правовыми организаціями римскаго права, юристы новыхъ народовъ мало вникали и мало понимали въ эпоху рецепціи внутренней смыслъ, заложенный въ римскія организаціи, коренное различіе условій римской жизни, отраженныхъ въ римскомъ правѣ, отъ условій жизни новыхъ народовъ. Съ другой стороны, они не различали въ римскомъ правѣ здоровыхъ организацій отъ больныхъ, искаженныхъ въ эпоху упадка античной культуры, и не заботились ни о томъ, чтобы претворить римское право въ примѣненіи къ новымъ условіямъ, ни о томъ, чтобы отдѣлить въ немъ положительное и отрицательное. Въмѣсто этого юристы увлеклись пересадкой чужого права *in pleno* на новую почву.

Отсюда-то и происстекли тѣ печальныя послѣдствія, которыя имѣла рецепція римскаго права для правообразованія новыхъ народовъ. Въ концѣ концовъ римское право нарушило естественный и здоровый ростъ національнаго правообразованія новыхъ народовъ, изувѣчило національныя правовыя организаціи, а въ интересующую насъ область организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота внесло такія начала, которыя дорого обошлись народамъ и устраненіе обѣдствій отъ которыхъ наполняетъ всю новѣйшую исторію права европейскихъ народовъ, вплоть до сего дня.

Г Л А В А I.

Организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ римскомъ правѣ.

§ 16. Общая организація вотчиннаго оборота по римскому праву. Традиція.

Производный способъ пріобрѣтенія права собственности былъ организованъ въ римскомъ правѣ, редицированномъ новыми народами, въ общемъ, такъ. Актъ пріобрѣтенія состоялъ изъ личной сдѣлки между отчуждателемъ

¹⁾ Что не одни правящіе классы, но и общество нерѣдко предпочитало римское право родному, мы находимъ, между прочимъ, доказательство у *Lessesne, Exposé du droit coutumier de l'Artois*, стр. 330, гдѣ сообщается, что сословія Артуа просили Людовика XIV въ 1674 г. о замѣнѣ *nantissement* римской традиціей, т. е. *nantissement* слишкомъ дорогая ибра.

и приобретателем и изъ вещнаго договора, традиціи. Личная сдѣлка является титуломъ для вещнаго договора, традиціи. Собственность приобретена, когда обязанный по личной сдѣлкѣ отчуждатель совершилъ традицію отчужденнаго предмета. И личная сдѣлка, и вещный договоръ лишены всякой формы, по которой можно было бы распознать 3-му лицу совершившейся актъ отчужденія. Но зато всякій 3-ій заинтересованный не былъ лишенъ права осуществленія своихъ притязаній на отчуждаемый предметъ противъ 3-го приобретателя предмета. Этотъ порядокъ былъ общимъ какъ для движимостей, такъ и для недвижимостей.

У новыхъ народовъ эта организациа имѣла не мало сторонниковъ, особенно во время господства идеи естественнаго права. И, дѣйствительно, ей нельзя отказать въ простотѣ, стройности, послѣдовательности и логичности. Все вещное право покоится при ней на единыхъ началахъ. Кромѣ того, она какъ нельзя болѣе выражаетъ и матеріальную истину въ правѣ. При обсужденіи Code Napoléon во французскомъ государственномъ совѣтѣ и даже при обсужденіи Прусскаго закона 1872 г. въ прусской палатѣ господъ ей было высказано не мало похвалъ. Что можетъ быть естественнѣе и что можетъ больше отвѣчать матеріальной истинѣ въ правѣ, какъ не начало свободнаго волеопредѣленія сторонъ и осуществленія волеопредѣленія въ фактической передачѣ предмета. А если 3-е лицо имѣетъ право на вещь, правомѣрно ли и справедливо ли отказать ему въ осуществленіи его правъ противъ приобретателя вещи? Юристы естественнаго направленія въ правѣ усматривали, поэтому, въ римской организации идеаль права, который долженъ быть насаждаемъ всюду и всегда, какъ сама справедливость.

И тѣмъ не менѣе, если изъ области грезъ о естественномъ состояніи людей и царствѣ справедливости на землѣ мы перейдемъ на болѣе трезвую почву дѣйствительности, на почву практической жизни съ ея борьбой страстей и интересовъ, съ ея мѣстными и временными условиями, — то противъ римской организации придется многое возразить. Прежде всего жизнь не оправдываетъ схоластическаго приема уравниенія передъ правомъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей, кореннымъ образомъ различныхъ какъ по экономическому значенію, такъ и по самой природѣ своей. Перечислять здѣсь всѣ черты различія обѣихъ категорій вещей излишне. Лучше сослаться на исторію права всѣхъ народовъ, включая и римскій въ эпоху его національной жизни, и установить, что вездѣ тамъ оборотъ движимостей и недвижимостей покоился на различныхъ основаніяхъ. Оборотъ движимостей нуждался всегда въ организации, имѣющей главной задачей облегченіе его; оборотъ недвижимостей, даже въ эпохи мобилизации, когда сказывалась потребность въ облегченіи формъ, организовался на началахъ, преслѣдующихъ обеспеченность и надежность его. Уравниеніе обѣихъ категорій въ отношеніи организации оборота ихъ вызывало, какъ увидимъ, застой въ оборотѣ; напротивъ, путемъ приноравлиенія организации оборота къ каждой категоріи вещей съ ея специфическими свойствами, достигалось дѣйствительное уравниеніе оборота обѣихъ категорій вещей, и тамъ,

гдѣ условія благопріятствовали тому, достигалось даже превращеніе земли въ товаръ и монетизація земли ¹⁾.

Не болѣе отвѣчаетъ потребностямъ практической жизни и крайняя матеріализація права въ римской организации. Отсутствие публичнѣта при переходѣ собственности совершенно не обезпечиваетъ приобретателя отъ ущерба, связаннаго съ полной или частичной эвикціей вещи. Конечно, приобретатель имѣетъ право требовать отъ отчуждателя вознагражденія за понесенный отъ эвикціи ущербъ. Но это право требованія ущерба больше можетъ утѣшить юриста, создавшаго его, чѣмъ приобретателя, вынужденнаго вести дорогой и всегда длинный процессъ, издержать на него, можетъ быть, послѣднее состояніе и въ концѣ-концовъ ничего не добиться за несостоятельностью отвѣтчика. Человѣкъ жизни смотритъ на отвлеченное право иначе, чѣмъ юристъ. Онъ нерѣдко отказывается, особенно при плохо организованномъ процессѣ, отъ попытки осуществить свое отвлеченное право, чтобы сохранить остатки своего конкретнаго состоянія. А какъ страдаетъ реальный кредитъ отъ такой системы, гдѣ кредиторъ не увѣренъ въ томъ, съ кѣмъ онъ имѣетъ дѣло: съ собственникомъ или съ простымъ пользователемъ имѣнья или даже съ де-тенторомъ, или неправомѣрнымъ владѣльцемъ. Ниже мы увидимъ яркіе примѣры бѣдствій, которыя внесла римская негласная организациа приобретенія собственности въ жизнь новыхъ народовъ.

§ 17. Организациа реального кредита въ римскомъ правѣ.

Но если столь сомнительна практически была организациа вотчиннаго оборота въ римскомъ правѣ, — то уже совершенно пагубна была римская организациа реального кредита, отлитая въ форму ипотеки, какъ подвидъ болѣе широкаго понятія залога, другимъ подвидомъ котораго былъ залогъ въ тѣсномъ значеніи слова. Различіе подвидовъ состояло лишь въ томъ, что при ипотекаѣ предметъ, каковъ бы онъ ни былъ, оставался въ рукахъ установителя ипотеки, а при залогѣ — поступалъ въ руки кредитора. Но это различіе въ Римѣ вообще не отражалось на тождествѣ правоваго строенія залога въ обѣихъ разновидностяхъ его. Былъ еще частный случай залога, называвшійся антихрезой, когда кредиторъ по договору получалъ право пользоваться предметомъ залога съ тѣмъ, чтобы зачитать плоды въ % или въ погашеніе долга.

Впрочемъ, и римская ипотека, какъ и вообще римскій залогъ, имѣла здоровое ядро, которое и осталось вѣчнымъ; римская ипотека была абсолютнымъ вещнымъ правомъ, въ силу котораго кредиторъ удовлетворялъ себя изъ цѣны заложеннаго предмета. Абсолютная природа римской ипотеки, дозволявшая, въ противоположность neuere Satzung, свободную циркуляцію недвижимостей безъ ущерба для ипотеки, и то, что послѣдняя поражала цѣновую сторону предмета, и представляють, въ своемъ сочетаніи, здоровое и вѣчное въ римской ипотекаѣ.

¹⁾ Вѣроятно и римское право пришло къ традиціи въ процессъ какого-нибудь специфическаго нездороваго перерожденія, какъ объ этомъ и высказываютъ догадки Roscher, Mascher и Willmaus, впрочемъ, догадки, мало объясняющія дѣло.

Самобытную особенность римской ипотеки, какъ и залога вообще, составляло то, что кредиторъ имѣлъ непосредственное отношеніе къ заложеному предмету, при случаѣ отбиралъ его и самъ своими средствами отчуждалъ. Кроме того, въ Римѣ право ипотеки, какъ и залога вообще, было аксессуарнымъ къ личному требованію, обеспеченному ипотекой или залогомъ. Такъ что реальная обеспеченность была субсидіарной къ личному кредиту.

Но уже совершенно страннымъ представляется въ римскомъ правѣ то, что и въ отношеніи ипотеки римское право не различаетъ движимостей и недвижимостей, хотя различіе обѣихъ категорій вещей въ дѣлѣ обеспеченности кредита уже совсѣмъ очевидное. На этомъ, отъ рожденія хрупкомъ, тѣлѣ постепенно въ эпоху упадка римской культуры выросли неизлѣчимые нарывы, отъ которыхъ и послѣдовало банкротство всей организаціи въ самомъ Римѣ.

Въ римскомъ правѣ эпохи упадка ипотека была организована слѣдующимъ образомъ. Ипотека возникала въ силу простого соглашения установителя ипотеки, собственника обременяемаго ипотекой предмета, и кредитора. Никто посторонній не имѣлъ никакой возможности узнать, что на томъ или другомъ предметѣ покоится право ипотеки. Если и существовала обязанность собственника объявить пріобрѣтателю предмета или новому ипотечному кредитору о лежащихъ уже на предметѣ ипотекахъ, то это не спасало пріобрѣтателя или слѣдующаго ипотечнаго кредитора отъ ущерба, разъ только собственникъ умалчивалъ о лежащихъ на имѣньѣ ипотекахъ. Новый собственникъ не менѣ отвѣчалъ по лежащей на предметѣ ипотека, хотя-бы послѣдняя и не была ему вовсе известна до момента предъявленія ипотечнымъ кредиторомъ своего ипотечнаго притязанія на имѣнье. Послѣдующій ипотечный кредиторъ также не болѣе имѣлъ правъ изъ пріобрѣтенной имъ послѣдующей ипотеки оттого, что собственникъ умалчивалъ о ранѣе установленныхъ на имѣнье ипотекахъ въ пользу другихъ кредиторовъ. Приоритетъ договорныхъ ипотекъ всегда опредѣлялся моментомъ установленія ихъ.

Но, кроме договорныхъ ипотекъ, римское право знало цѣлый рядъ законныхъ ипотекъ; эти ипотеки были дѣйствительны и тогда, когда собственникъ самъ не зналъ объ нихъ ничего.

Многія законныя ипотеки были генеральными ипотеками, поражавшими все имущество должника.

Многія законныя генеральныя ипотеки были привилегированными, т. е. удовлетворялись при конкуренціи напередъ всѣхъ, даже раньше ихъ установленныхъ договорныхъ ипотекъ. Отсюда—собственникъ, самый добросовѣстный, не имѣлъ никакой возможности предостеречь кредитора отъ ущерба. Пусть онъ открыто и честно заявилъ кредитору, что на его имѣньѣ не покоится ни одной ипотеки или покоится столько-то ипотекъ; пусть кредиторъ именно въ расчетъ на это ссудилъ его суммой подъ обеспеченіе известнымъ предметомъ,—разъ только наступили въ лицѣ собственника условія, влекущія привилегированную ипотеку на его имущество,—все измѣнилось: собственникъ могъ стать банкротомъ, и самые строгіе расчеты кредитора рушатся.

Зло отъ безпорядочной организаціи ипотеки заявило себя уже въ Римѣ, и тамъ уже императоръ Левъ дѣлаетъ шагъ къ системѣ публицитета ипотекъ, имъ въ конституціи отъ 469 г. (L. 11 C. qui pot. in sign. 8, 18). Но шагъ былъ крайне неудачный. Конституція объявляетъ за привилегированную ипотеку, совершенную въ судѣ или передъ 3-мя свидѣтелями, ипаче *hypotheca publica* и *quasi publica*. И въ то же время конституція не принимаетъ никакихъ мѣръ къ тому, чтобы этотъ публицитетъ оказывалъ услуги обороту; она не опредѣляетъ, какія установленія и по какой формѣ совершаютъ акты ипотеки, даже не пріурочиваетъ совершенія ипотечныхъ актовъ къ мѣсту нахождения недвижимостей. И уже вовсе конституція не затрагиваетъ законныхъ и привилегированныхъ ипотекъ. Словомъ, она совершенно не даетъ организаціи, при которой получилась бы легкая обзорность полного состава правоотношеній по недвижимости, а только это дѣлаетъ обеспеченнымъ оборотъ реального кредита. Мѣра сводилась къ простой регистраціи, въ доказательной формѣ, установленія ипотеки. Но конституція внесла еще новую категорію привилегированныхъ ипотекъ. И если римская ипотека и безъ того уже не имѣла жизненной атмосферы, то конституція Льва уже вовсе добила продуктивную силу живого права и привела къ полной безкредитности¹⁾. Привилегія одна за другой, привилегія одна надъ другой такъ продырявили систему обеспеченности, что законодательство римское само, въ концѣ концовъ, должно было выдать себѣ *testimonium paupertatis*, имъ въ Nov. 72, которая запрещаетъ опекунамъ помѣщать деньги подопечныхъ подъ какия-либо залоговыя обеспеченія, изъ опасенія утраты капиталовъ, вслѣдствіе ненадежности такихъ обеспеченій. Лучшимъ средствомъ сбереженія Nov. признаетъ храненіе капиталовъ малолѣтнихъ въ сундукахъ опекуновъ безъ всякой пользы, такъ какъ тогда малолѣтній получить хотя то, что онъ имѣетъ. „So stockt bei einem schlechten Hypothekensystem das Blut in den Adern des Staates, während kräftige, einfache Gesetze über diesen Punkt Regsamkeit und frisches Leben durch alle Theile des Ganzen verbreiten“ (Thibaut, Civ-Abh. Heidelberg 1814, стр. 309).

Въ виду такой-то организаціи римской ипотеки, въ литературѣ вопроса мы и встрѣчаемъ совершенно вѣрную точку зрѣнія, что римляне вовсе не знали настоящаго реального кредита (гдѣ капиталистъ вѣритъ имѣнью), а знали только личный кредитъ, гдѣ должникъ представляетъ чисто личныя гарантіи капиталисту и, лишь для усиленія личныхъ гарантій, обязывается и имѣньемъ²⁾.

И этотъ плодъ разлагающейся античной культуры получилъ, вмѣстѣ съ другими римскими правовыми организаціями, въ началѣ новаго времени доступъ въ право новыхъ народовъ. Посмотримъ теперь, какъ римское право повліяло въ изслѣдуемой области на право новыхъ народовъ.

¹⁾ Mascher, 84.

²⁾ Dernburg, Das preuss. HR. Leipzig. 1891, II стр. 2.

Г Л А В А II.

Вліяніе римскаго права на національное французское.

§ 18. Судьбы Nantissement.

Во Франціи римское право водворилось гораздо раньше, чѣмъ въ 2-хъ другихъ, разсматриваемыхъ нами, странахъ, и пустило наиболѣе глубокіе корни, особенно на югѣ и въ центрѣ страны. Именно въ процессѣ рецепціи римскаго права и образовалось дѣленіе Франціи на *paus de droit écrit*, область наибольшаго господства римскаго права, и *paus de droit coutumier*, гдѣ вліяніе римскаго права было нѣсколько слабѣе¹⁾.

Производный способъ приобрѣтенія собственности на недвижимости потерпѣлъ въ области дѣйствія римскаго права прежде всего то коренное измѣненіе, что онъ пересталъ быть публичнымъ. *Nantissement* палъ на югѣ и въ центрѣ Франціи, уступивъ мѣсто негласной римской традиціи²⁾. Получила полное дѣйствіе и эвкція.

Но и на этомъ процессѣ измѣненій не остановился. Традиція заступила мѣсто національной *dessaisine-saisine*. Но какъ *dessaisine-saisine* ко времени вліянія римскаго права была отвлеченной операцией, такъ и римская традиція. И не стоило многихъ усилій, чтобы эти отвлеченности замѣнить новыми, еще болѣе отвлеченными. Это и произошло. Постепенно традиція превращалась въ одну только оговорку, помѣщаемую въ личномъ договорѣ о приобрѣтеніи недвижимости, — превратилась въ *clause de desaisine-saisine*. Вѣрность оборота не проигрывала отъ того больше, чѣмъ отъ традиціи, а хлопоты по традиціи сберегались. Къ этой оговоркѣ иногда присоединялась въ договорѣ купли оговорка о *constitutum possessorium* или о прекаріи — *clause de constitue, clause de précaire*. А когда оговорки вошли въ обычай, ихъ стали просто подразумѣвать молчаливо и вездѣ тамъ, гдѣ ихъ пропускали. И вотъ, уже *Domat*³⁾ подразумѣваетъ *la clause de précaire* въ договорѣ купли и тамъ, гдѣ она не выражена, а о куплѣ говоритъ, что она „*transfere la propriété*“, что она „*renferme le consentement du vendeur que l'acheteur se mette en possession*“. Такому теченію юридической мысли содѣйствовало и вновь народившееся научное теченіе естественнаго права. Гроціи и Пуфендорфъ съ точки зрѣнія естественнаго права проповѣдывали правильность перехода собственности путемъ простаго соглашенія. Эта идея проникла и въ нѣкоторые *coutumes*, напримѣръ, *coutume de Châlons*, которые признавали, что, по крайней мѣрѣ, недвижимости-аллоды могутъ быть передаваемы въ собственность приобрѣтателю путемъ простаго соглашенія отчуждателя.

¹⁾ См. къ настоящему очерку общія замѣчанія у *Viollet*, стр. 17, 149, 604, 680, 731 и друг.

²⁾ *Viollet*, 610.

³⁾ *Domat*, *Lois civiles*, part. I. liv. I. tit. 11. sect. 2 n^o 8.

Этому господствующему теченію уже не могли противиться отдѣльныя личности, хотѣвшія стоять на строго римской точкѣ зрѣнія, какъ, напр., *Pothier*¹⁾. И *Code civil* не оставалось ничего иного, какъ провозгласить господствующее мнѣніе (*arts. 1188, 1583*)²⁾. Все это теченіе не затронуло лишь феодальныя отношенія. Переходъ феодальныхъ имѣній былъ дѣйствителенъ въ отношеніи феодальнаго господина только тогда, когда онъ сопровождался *ensaisinement*. Но послѣдній уже не имѣлъ значенія публичности и не оказывалъ дѣйствія на отношенія 3-хъ лицъ, а только на отношенія сеньора и вассала³⁾.

§ 19. Судьбы Engagement.

Engagement, въ свою очередь, потерпѣлъ подъ вліяніемъ римскаго права коренныя измѣненія. Мы уже видѣли раньше, какъ изъ этого института, черезъ посредство прекарія, образовалась рента. Но и рядомъ съ рентой онъ продолжалъ еще существовать до времени. Подъ сильнымъ вліяніемъ римскаго права онъ выродился въ двѣ организациі. Суровый *engagement*, или *Mortgage* выродился въ настоящую продажу съ правомъ выкупа, а мягкій видъ его, или *Vifgage* — въ римскую организацию-антихрезу. Публичность установленія института палъ еще раньше, до перерожденія. Практическаго значенія, однако, эти выродки не имѣли. Все значеніе переходило издавна уже къ *ипотека*⁴⁾.

§ 20. Судьбы французской ипотеки.

Этотъ институтъ уже совершенно романизовался въ странахъ писаннаго права⁵⁾.

1. Прежде всего ипотека стала тамъ негласной и устанавливалась простымъ соглашеніемъ сторонъ. *Nantissement* — палъ⁶⁾.

Но развитіе идеи пошло дальше. Въ то время, какъ сначала требовалось хотя выраженіе воли для созданія ипотеки спеціальной и генеральной, потомъ укоренился обычай вставлять въ договоръ объ обязательствѣ оговорку о генеральной ипотека. Со временемъ оговорка стала простой *clause de style*, и стали принимать ее подразумѣвающейся само-собою даже тамъ, гдѣ ее пропустили. Отсюда народились принципъ: всякое обязательство само собою влечетъ генеральную ипотеку. Но для этого обязательство должно быть облечено въ официальную форму.

Рядомъ съ этимъ продолженіемъ римской идеи шла другая вѣтвь образованія, родственная. Именно, частный актъ обязательства, самъ по себѣ уже

¹⁾ *Pothier*. *Traité du droit de domaine de propriété* n^o 245.

²⁾ Весь очеркъ процесса изложень у *Viollet*, 609—611

³⁾ *Viollet*, 610.

⁴⁾ См. *Viollet*, 735—36.

⁵⁾ Яркую картину романизациі представляетъ трактатъ *Negusantius*, *Tractatus perutilis de pignorbis et hypothecis...* in *vico Bercariali*. 1540.

⁶⁾ *Viollet*, 737, 38.

лишенный способности влечь ипотеку ipso iure, будучи явленъ въ судъ и подтвержденный въ судъ должникомъ или провозглашенный судомъ за подлинный, влечетъ впредь ипотеку. Но судъ не творитъ тутъ ипотеки, онъ только провозглашаетъ ипотеку, содержащуюся въ частномъ актѣ ¹⁾. Послѣ же признанія генеральной ипотеки, вытекающей изъ судебного акта или явленного акта, было не далеко и до признанія генеральной ипотеки за приговоромъ суда всякаго рода, если только приговоръ осуждаетъ сторону къ уплатѣ денежной суммы ²⁾.

Изъ римскаго права были усвоены во Франціи и законныя генеральныя привилегированныя ипотеки, возникающія уже въ силу самого закона ³⁾.

2. Римское начало, что ипотека мыслима одинаково на недвижимости и движимости, тоже нашла себѣ примѣненіе въ странахъ писаннаго права и въ нѣкоторыхъ странахъ обычнаго права, но, въ общемъ, слабое. Именно, оно было ослаблено началомъ французскаго права: *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque*; ипотека на движимость давала только право предпочтенія, но не давала права преслѣдованія вещи кредиторомъ въ 3-хъ рукахъ. Въ большинствѣ же странъ обычнаго права удержалось французское начало, по которому ипотека допускается только на недвижимость.

Сначала различались по своему дѣйствию генеральная и специальная ипотека. Первая давала въ ограниченныхъ предѣлахъ право преслѣдованія вещи и вовсе не давала права предпочтенія. Вторая давала издавна оба правомочія. На рубежѣ 16—17 вв. оба вида ипотеки были уравнины по своему дѣйствию, такъ что въ специальной ипотека не было болѣе рѣшительно никакой надобности.

3. Осуществленіе ипотеки сохранилось національное: недвижимость отчуждалась по требованію кредитора въ порядкѣ судебного исполнительнаго производства ⁴⁾.

§ 23. Р е н т а.

Римское право не знало этого института; условія перестали ему благоприятствовать съ развитіемъ ипотеки,—и вотъ институтъ ренты, подъ влияніемъ римскаго права, начинаетъ превращаться въ ипотеку. Какъ мы уже знаемъ, рента издавна допускалась церковью только на землю; рента на лицо запрещалась, какъ лихоимство, и была рента, по общему правилу, вѣчной, по исключенію—пожизненной. Но вотъ *du Moulin* первый допускаетъ ренту на лицо, а въ то же время провозглашаетъ и ренту на землю за личный долгъ, которому недвижимость служить только обезпеченіемъ. Парижскій парламентъ въ 1557 г.

¹⁾ Ordonnance de Villers-Cotterets, 1539.

²⁾ Ordonnance de Moulins, 1566.

³⁾ Ко всему сказанному см. Viollet, 741—44.

⁴⁾ См. къ изложенному Viollet, 736—737, 740—745.

подтвердилъ идею *du Moulin* о природѣ ренты. Церковь была безсильна въ своихъ протестахъ. Реформированныя *coutumes* примыкаютъ къ новой идеѣ,—и рента исчезаетъ во Франціи, превратившись въ ипотеку ¹⁾.

Но въ страхахъ обычнаго права съверо-востока Фрипціи средневѣковая организація вотчинно-ипотечнаго режима удержалась до самой революціи.

Г Л А В А III.

Вліяніе римскаго права на германское.

§ 22. Судьбы *Auflassung*.

Въ Германіи римское право водворилось сравнительно позднѣе, но влияніе его и тутъ было не менѣе колоссальное.

Римская негласная традиція заступила и тутъ мѣсто германской публичной *Auflassung*. Получила полное дѣйствіе и эквиція. *Gerege* превратилась въ *possessio* ²⁾. Дальше этого въ Германіи дѣло не пошло, хотя уже въ 1865 г. Берлинское юридическое общество, въ критикѣ на проекты вотчиннаго режима 1864 г., предлагало ради принципіальнаго объединенія права всѣхъ вещей, движимыхъ и недвижимыхъ, усвоеніе французскаго начала, по которому всѣ вещи пріобрѣтались бы по одному простому соглашенію сторонъ, безъ всякой традиціи и записи въ книгу ³⁾. Но это было уже такъ несвоевременно, что предложеніе не имѣло никакихъ послѣдствій.

Исчезла и запись въ книгу, а гдѣ она еще удержалась,—она романизовалась, т. е. превратилась въ регистрацію съ доказательной силой, и не была обязательна. Самыя книги приходили въ упадокъ, не содержали полной картины правоотношенія имѣній и, конечно, не обезпечивали вѣрности оборота ⁴⁾.

Лишь въ исключительныхъ случаяхъ средневѣковая организація благополучно пережила натискъ римскаго права,—это главнымъ образомъ на сѣверѣ Германіи, въ Мекленбургскихъ городахъ ⁵⁾, отчасти въ Бременѣ.

§ 23. Судьбы *aetere Satzung*.

Эта форма реального кредита и въ Германіи постепенно превращается въ антихрезу и конструируется какъ антихреза, при чемъ, первое время

¹⁾ См. ко всему изложенному Viollet, 682 - 83.

²⁾ Mascher, 79, 91; Stobbe, 196.

³⁾ См. Bericht der Commission des Berliner Juristischen Gesellschaft. Berlin 1865.

⁴⁾ Mascher 91—92.

⁵⁾ Mevius Comm. in ius iud. Francofurti ad Moenum. M. DC. LXIV. III. 4 Art. I. n. 64—65, стр. 75, констатируетъ тамъ практику *Verlassung* и вызывнаго производства въ теченіе Jahr. u. Tag. съ прекаюзіей правъ вещно-управомоченныхъ. Также art. II. n. 50, стр. 82: даже ардіюдикація недвижимости для дѣйствительности своей сопровождается *abdicatione coram senatu et inscriptione in librum publicum*.—Ср. также Stobbe, 194 — 196, Mascher, 88—89.

установительный акт еще снабжается оговорками, отличающими послѣдствія *aelttere Satzung* отъ послѣдствій антихрезы ¹⁾.

1. Возникаетъ теперь *aelttere Satzung*, по общему правилу, простымъ соглашеніемъ сторонъ; запись въ книгу не обязательна болѣе, и, совершенная, запись имѣетъ то же значеніе регистраціи и тѣ же послѣдствія, какія уже отмѣчены въ очеркѣ *Aufassung*.

Сравнительно большее сопротивленіе романизации оказало Мекленбургское право. Когда подъ вліяніемъ римскаго права и въ Мекленбургскихъ городахъ стали исчезать вотчинныя книги, правительство неоднократно и настойчиво повторять требованіе ²⁾, чтобы *aelttere S.* совершалась передъ судомъ или городской думой и записывалась въ официальную книгу, которой приписывается прежнее значеніе. Мотивомъ служила опасность института *aelttere S.* для сельскаго хозяйства. Мѣры имѣли успѣхъ, и изъ сообщеній Мекленбургскихъ городовъ отъ 1589 г. мы узнаемъ, что не только тамъ уцѣлѣли старыя книги, но мѣстами послѣднія были заведены вновь, съ прежнимъ значеніемъ ³⁾.

Однако, господствующее теченіе юридической мысли имѣло иное направление, и два авторитетныхъ теоретика 17 в., Мевіусъ и Торновіусъ, толкуютъ національную вотчинную организацию въ римскомъ смыслѣ, ссылаясь и на судебную практику ⁴⁾.

¹⁾ Churfürstlich-Mayntzische Land-Recht 1755 T. XIX § 7; Tornovius, Tractatus de feudis Mecklenburgicis 1708 I, 568; Roth, Meckl. Lehrn. § 72, 76 пр. 1; Meibom, Meckl. HR. Leipzig. 1871, стр. 3, 4; Stobbe, 319. Особенно же Der Hertzogthümer Meckl. entworffenes Land-Recht. Durch D. Mevius (изъ 17 в.). Tit. XV (ч. III). Von Pfänden, особ. §§ 5—21. Этотъ проектъ содержитъ чистѣйшее римское право, хотя антихреза въ немъ и стоитъ рядомъ съ *aelttere Satzung*.

²⁾ Pol-Og 1516 (Bärenspruchsche Sammlg. Meckl. Landesgesetze IV, 14) и Pol-Og 1562 (eod. IV, 62).

³⁾ Westfalen, I, 2049 и слѣд.

⁴⁾ Mevius въ своемъ Commentarii in ius lubecense. Francofurti ad Moenum. M. DC. LXIV, III, 4 art. 1. Revid. Lubisches Recht 1586 недвусмысленно повторяетъ Art. 115 древняго Люб. прав. 1240 г., содержащаго среднев. герм. право: „Woll jemand seine liegende Gründe vnd Stehende Erbe versetzen (oder verpfänden) der soll es thun vor dem Rath so ist es kräftig vnd beständig“... Мевіусъ же, переводя предварительно art. на латинскій языкъ (такое было время, что комментаторы, для толкованія родного права, переводили родную рѣчь на латинскій языкъ), толкуетъ: (nº 43) Effectus hujus solennitatis (т. е. записи) exprimitur verbis: „So ist es kräftig vnd beständig“, quo respicitur ad praerogativam, quam ea hypotheca habet contra ceteros hypothecarios, utut tempore anteriores... nº 58: num solo privatorum consensu constituta hypotheca in bonis immobilibus plane invalida et nulla sit?... Ego hoc ex usu potius quem observatio judicialis intraduxit, quam ex meritis verbis decidendum reor. Ex illo vero obtinuit, quod respectu aliorum creditorum publicam hypothecam ex praescripto statuti habentium saltem haec dispositio obtineat, ut nempe hi semper praefertantur, etsi tempore posteriores, non vero quo ad debitorem vel ejus haeredes, quos ex nuda consensu aequae obligat, atque si legitime juxta statutum libro publico inserta... nº 60: Idem persuadet juris ratio, quae creditorum securitatem praecipue concernit, non vero debitorum compendia“... Tornovius въ Tractatus de feudis Mecklenburgicis. Güstroviae et Lipsiae 1708. I. 450 стр. § XVI п. 1—4 повторяетъ короче ту же идею. Въ доказательство ея и онъ приводитъ рядъ судебныхъ рѣшеній.

2. На имѣнье, переданное въ *aelttere Satzung*, сохраняются впредь не только привилегированныя молчаливыя ипотеки, но и договорныя старѣйшія, хотя-бы и не заведенныя при установленіи *aelttere Satzung* ¹⁾.

3. При осуществленіи права залога въ случаѣ неудовлетворенія кредитора, *aelttere Satzung* опять сблизилась съ ипотекой. Когда на имѣньѣ, кромѣ *aelttere S.*, тяготѣетъ еще ипотека, залоговый кредиторъ можетъ потребовать экзекуціи недвижимости ²⁾. Но и по *aelttere Satzung* имѣнье, въ случаѣ невыплаты кредитору капитала, не просто остается у кредитора, имѣющаго на имѣнье *aelttere S.*, а либо отчуждается съ торговъ, либо присуждается кредитору ³⁾, въ порядкѣ особаго экзекуціоннаго производства ⁴⁾. Въ конкурсѣ кредиторъ съ *aelttere Satzung* не имѣетъ никакихъ иныхъ преимуществъ, кромѣ хронологической послѣдовательности ⁵⁾.

Впрочемъ, и въ Германіи не ей принадлежало впредь практическое значеніе, а ипотекаѣ.

§ 24. Судьбы германской ипотеки (neue Satzung).

Мы уже видѣли, что *neue Satzung* не успѣла развиваться ко времени рецепціи римскаго права и даже не принадлежала къ средневѣковой системѣ вещныхъ правъ. И далеко не вездѣ, поэтому, возникла публично. Тѣмъ легче и скорѣе она слилась въ общемъ и цѣломъ съ римской ипотекой, удержавъ лишь нѣкоторые національныя германскія особенности ⁶⁾.

1. Возникаетъ договорная ипотека теперь, по общему правилу, путемъ частнаго соглашенія. Но, по исключенію, она возникаетъ и записью въ книгу. Обыкновенно, эта запись не требовалась по мѣсту нахождения вещи, а могла быть совершена гдѣ угодно ⁷⁾. По исключенію, требовалось совершеніе ея въ судѣ *rei sitae* ⁸⁾. По правилу, книги уже не были спеціальными для залоговъ,

¹⁾ Тотъ же Мевіусъ въ проектѣ Мекл. Ландрехта, tit. XV ч. III. Von Pfänden § 8 перечисляетъ молчаливыя ипотеки, подразумевая, что она обременяютъ и отданную на правъ *aelttere S.* недвижимость, а въ Комментаріи на Люб. право, art. I, онъ, безъ различія видовъ залога, опредѣляетъ римскій порядокъ рагоговъ залога. Но самое убѣдительное доказательство содержитъ эдиктъ отъ 10 окт. 1771. (Raabe, Gesetzsammlung für die Meckl.-Schwer. Lande, II Folge I стр. 32), согласно коему антихреза уступаетъ простой старѣйшей ипотекаѣ. Это начало, что владѣніе не опредѣляетъ болѣе приоритета владѣльца, часто встрѣчается въ источникахъ эпохи рецепціи. Впрочемъ, значеніе его не исчерпывается сказаннымъ. Оно занимаетъ себя еще при конкуренціи претензій въ конкурсѣ.

²⁾ Der Hertzogthümer Meckl. entworffenes LR. Durch Mevius ч. III тит. XV § 10.
³⁾ Der Herz. Meckl. entw. LR. § 15 и слѣд. Commentarii ad jus lub. art. 2 нпºº 48—62. Meibom, Das Meckl. HR., 4, 5 стр.

⁴⁾ Commentarii ad Art. II, №№ 20, 50.

⁵⁾ Der Herz. Meckl. entw. LR. § 10, Edict 1771 у Raabe, I, 1 стр. 32, и др.

⁶⁾ Meibom, Das Meckl. HR., 4 стр., Mascher, 4 гл., Stobbe, 316 и слѣд. Особенно же Mevius, Der Herz. Meckl. entworffenes LR. ч. III, tit. XV. Von Pfänden (у Westfalen, I, 793) и Commentarii, ч. III, tit. IV. De pign. et hyp. Art. 1 слѣд. Кое-что у Petri Tornovii tractatus de feudis Mecl. I, 450 § XVI.

⁷⁾ Прусское право (см. слѣд. кн.).

⁸⁾ Мевіи, Comm. in jus lub. III 4. Art. 1. nº 24 28.

а были общими, для всякаго рода сдѣлокъ, такъ что въ нихъ не было возможности установить правоотношенія даннаго имѣнья ¹⁾. По исключенію велись спеціальныя книги залоговъ ²⁾. Нигдѣ запись не была условіемъ дѣйствительности ипотеки, а давала лишь преимущества праву, подобно римскому *actus publicus* ³⁾. Подобно послѣднему, съ другой стороны, запись не исключала въ конкурсѣ предпочтенія записаннымъ ипотекамъ молчаливыхъ законныхъ привилегированныхъ ипотекъ ⁴⁾.

Кое-гдѣ договорная ипотека требуетъ для своего возникновенія содѣйствія власти. Тутъ власть изслѣдуетъ отношеніе со стороны правомѣрности его и даже со стороны экономической надежности въ интересѣ кредитора. При чемъ сомнѣнію и колебанію былъ подверженъ вопросъ о томъ, отвѣчаютъ ли власть за экономическую годность ипотеки, или только за ея правовую дѣйствительность. Мевіусъ держался второго взгляда для Любека; первый былъ представленъ нѣкоторыми баварскими мѣстными правами ⁵⁾.

Превратившись изъ способа возникновенія въ условіе для привилегированнаго положенія, запись ипотеки требуетъ теперь особаго соизволенія должника, или хотя *clausula intabulandi* ⁶⁾. Генеральная ипотека возникаетъ теперь одинаково со спеціальной, насколько она поражаетъ недвижимость ⁷⁾.

Изъ римскаго права были усвоены и законныя ипотеки, спеціальныя и генеральныя, простыя и привилегированныя, тогда какъ до знакомства съ римскимъ правомъ германское право знало лишь отдѣльныя единичныя законныя ипотеки.

Но римскими категоріями молчаливыхъ законныхъ ипотекъ не удовлетворились, а создали въ римскомъ духѣ рядъ новыхъ ипотекъ: подрядчикъ получилъ ипотеку на домъ, выстроенный имъ; продавецъ — на проданное имѣнье до уплаты цѣны. Довели до крайности и генеральный залогъ, признавъ его, напр., за фискакомъ по случаю даже штрафныхъ требованій фиска. Право фиска по поводу его налоговыхъ требованій даровали и общинамъ, и матримоніальной власти и т. д. По образцу римскихъ малолѣтнихъ получили

¹⁾ См. Прусс. право (слѣд. кн.).

²⁾ Meibom, Das Meckl. HR., 6 стр.: въ Ростоккѣ, Висмарѣ, Mascher: въ Гамбургѣ, Бременѣ.

³⁾ Это начало стало едва-ли не универсальнымъ, какъ читатель увидитъ изъ слѣд. кн. См. еще Mevius, Commentarii in jus iur. III 4. Art. 1 n^o 43, 58 и др. Meibom, Das Meckl. HR., стр. 7, Codicillus v. 1589 у Westphalen, I 2049 и слѣд.: сообщенія изъ Boizenburg, Malchim, Parchim, Teteraw, Sternberg.

⁴⁾ Топе едва-ли не универсальное начало, какъ увидимъ изъ слѣд. кн. См. пока Codicillus у Westphalen, I, 20, 43: Mevius, Commentarii, III 1 art. 12 n^o 62 и слѣд.; Meibom, Das Meckl. HR., 6 и др.

⁵⁾ Stobbe, 320, Mascher, 4 гл., Meibom, 2 стр. Особенно же Mevius, Comm. III 4 Art. 1. nn^o 2—50 и 52—57. О Бав. пр. у Regelsberger, Das Bayr. HR., первые §§ п. и еще Verhandlungen der zweiten Kammer der Ständeversammlung zu Bayern, München, 1819, 1822, въ разныхъ мѣстахъ.

⁶⁾ Mevius, Comm. d. nn^o 6—23.

⁷⁾ Eod. nn^o 15—16.

молчаливую генеральную ипотеку и фиска, церковь, община, юридическое лицо, *rae sauae*, школы, цехи на имущество чиновниковъ и управителей и т. д. и т. д. ¹⁾.

Всѣ эти ипотеки возникали теперь уже безусловно безъ всякой записи ихъ въ ипотечную книгу ²⁾. Только для установленія ихъ на ленъ требовалось соизволеніе на это леннаго господина ³⁾.

2. Правоотношеніе ипотеки стало чисто римское ⁴⁾. Отъ германской ипотеки осталось только то, что ипотека не допускается на движимость. Но ипотека признается акцессорнымъ правомъ, вещнымъ и абсолютнымъ ⁵⁾. Но отмѣнили въ римскомъ правѣ *exsertio exsussionis* владѣльца вещи на искъ кредитора ⁶⁾. Съ другой стороны, отмѣнили въ германской *peuce* S. какъ начало, что должникъ отвѣчаетъ передъ кредиторомъ однимъ только залогомъ, такъ и начало, что на вещь допускается только одна ипотека ⁷⁾.

3. Осуществленіе ипотеки потерпѣло то измѣненіе, что, по примѣру римскаго права ⁸⁾, отмѣняется *lex commissoria* и замѣняется началомъ отчужденія. Но отчужденіе вводится не по римскому образцу, а по германскому, именно публичное, судебное ⁹⁾.

При конкуренціи спеціальной и генеральной ипотеки кредиторъ осуществляетъ сначала спеціальную ипотеку и, уже въ случаѣ неполнаго удовлетворенія, — генеральную ¹⁰⁾. Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ крайне запутанный, отъ путаницы разныхъ видовъ залога и привилегій ¹¹⁾.

§ 25. Р е н т а.

И въ Германіи рента въ силу тѣхъ же условій, какъ во Франціи, возникаетъ въ ипотеку. *Rentenkauf* третируется какъ залогъ имѣнья за рен-

¹⁾ Прусское право еще въ началѣ 19 ст. знало 40 случаевъ зал. залога и 39 случаевъ *cautiones*, на основаніи которыхъ допускался залогъ помимо воли должника. См. Gesetz-Revision, Penum III. Entwurf 1829, т. I. Mevius, Der Hertz. Meckl. entw. LR. III t. XV § 8 знаетъ 15 случаевъ законной ипотеки.

²⁾ Mevius, eod., Meibom. Das Meckl. HR., стр. 6.

³⁾ Petri Tornovii tractatus de feudis Mecl. Güstrowiae et Lipsiae. 1708. I стр. 450 § XVI.

⁴⁾ Mevius въ своемъ проектѣ, III, XV, § 1—4, выражается римскими оборотами.

⁵⁾ Ср. Stobbe II, 317.

⁶⁾ Stobbe, 318. Но не вездѣ, см. проектъ Мевіуса, III, XV, § 32.

⁷⁾ Stobbe, 318.

⁸⁾ „Wider die beschriebene Rechte“, Polizei.—Orgen. (см. слѣд. прим.).

⁹⁾ Polizei-Ord. 1562 (Bürenspruchsche Sammlung Meckl. Landesges. IV 62 стр.), Pol. Og. 1572 (Samml. aller. f. d. Gr.-Her. Meckl.-Schw. gült. L.-Ges. Wismar. 1834, I, 43 стр. Ср. Meibom, Das Meckl. HR., 4. Stobbe, II, 320. Der Hertz. Meckl. entworf. LR. Durch. Mevius, III, XV § 10—22; Commentarii, его-же, Art. II, nn^o 1—62. Последніе два памятника содержатъ обстоятельную картину экзекуціи на недвижимость.

¹⁰⁾ Проектъ Мевіуса. III, XV § 19.

¹¹⁾ О прусскомъ правѣ Gesetz-Revision. Penum III. Entwurf. 1829, Th. I. Вообще у Stobbe, 326. Ср. еще Codicillus у Westphalen, I, 2049: сообщеніе изъ Friedl., Güstrow, Parchim, Neubrandenbourg, Plau, Bibbenitz, Sternberg.

ту ¹⁾. Экзекуция ренты выражается въ публичной продажѣ имѣнья за ренту и уплатѣ кредитору капитализованной суммы; излишекъ же возвращается должнику. Должникъ отвѣчаетъ за ренту и прочимъ своимъ имуществомъ. При переходѣ имущества, обремененнаго рентой, въ 3-и руки, приобретатель отвѣчаетъ, по правилу, только обремененной недвижимостью, а прежній собственникъ отвѣчаетъ лично. Различіе между рентой и ипотекой осталось только то, что рентный кредиторъ не можетъ востребовать капиталъ. Но и это право онъ получаетъ въ случаѣ mora debitoris по уплатѣ ренты ²⁾. Рента тоже уступила практическое значеніе ипотека.

Въ Германіи роль охранителей національнаго вотчинно-ипотечнаго режима, подобную сѣверо-восточнымъ французскимъ странамъ, сыграли нѣкоторые Мекленбургскіе города.

Г Л А В А III.

Вліяніе римскаго права на австрійское.

§ 26. Общія замѣчанія.

Какъ сходно было національное германское право въ Австріи и Германіи въ эпоху до рецепціи римскаго права, такъ сходенъ былъ и процессъ рецепціи и его итоги ³⁾.

И мы опять ограничимся для Австріи лишь очеркомъ судебъ богемскихъ LT., оказавшихъ сильное сопротивленіе романизации, хотя и на нихъ послѣднія отразилась.

§ 27. Судьбы богемскихъ Landtafel въ эпоху рецепціи.

Рецепція римскаго права не остановила развитія LT., напротивъ, законодательство о LT. лишь воспринимаетъ отъ римскаго права его техническія достоинства. Этими именно достоинствами отличаются двѣ законодательныхъ мѣры, изданныхъ въ эпоху рецепціи: 1) Ferdinandi desz Dritten Declaratorien vund Novellen MDC XXXX ⁴⁾ и 2) Landtafelliche Instruction im Kgr. Böhmen v. 21. Nov. 1652 ⁵⁾. Эти двѣ мѣры ставятъ институтъ Landtafel на высоту

¹⁾ Rostocksches Stadtrecht. 1757. Rostock. III ч. VIII тит. XV art. Giebt. er (управомоченному по рентѣ) die Rente nicht, so mag der Rentner mit dem Hause als mit seinem Pfande verfahren. Ср. Meibom. 4 стр. Stobbe, II, 102.

²⁾ Ко всему см. Stobbe, 1897, 102—105.

³⁾ Мария Терезія въ Landtafel-Patent für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enus отъ 27 Nov. 1758 (находится въ Codex Austriacus. Suppl. pars. V, стр. 1282) рисуетъ картину разстройства германской организаціи вотчиннаго оборота подъ вліяніемъ рецепціи римскаго права.

⁴⁾ Полный титулъ: Der Röm. Kais. auch. zu Hungarn vud Böhaimb, et Königlichen Majestät, Ferdinandi desz Dritten, et uber der Newen Landtsordnung desz Königreichs Böhaimb publicirte Königliche Declaratorien vund Novellen M. DC. XXXX.

⁵⁾ Находится подъ № 162 въ Codex Ferd. Leop.-Jos.-Carolinus... zusammengetragen v. Joh. Jacot. Equite de Weingarten. Prag. Anno M. DCC. XX.

ихъ развитія, на которой онъ и послужили потомъ образцомъ для организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота въ другихъ австрійскихъ областяхъ.

Уже въ очеркѣ LT. за эпоху до рецепціи мы часто ссылались на оба эти памятника тамъ, гдѣ они повторяютъ прежнее право. Здѣсь отмѣтимъ лишь то новое, что они внесли въ исторію института.

Прежде всего Declaratorien und Novellen провозглашаютъ начало внутренняго публичнотаго приобретения всякаго вещаго права на недвижимость. И этимъ публичнымъ способомъ приобретения они признаютъ только запись въ LT. ¹⁾. Общее начало это развивается затѣмъ въ примѣненіи къ отдѣльнымъ институтамъ.

1. **Право собственности.** Тутъ открыто исключается всякое значеніе за негласной римской традиціей. Она не даетъ даже *titulus possessionis*, пригоднаго для приобретательной давности ²⁾. Тѣмъ болѣе, когда собственникъ, одному лицу передаетъ по традиціи имѣнье негласно, а другому потомъ черезъ LT. устанавливаетъ *aelttere Satzung*,—послѣдняя признается дѣйствительной, первое же приобретение теперь не можетъ быть и записано въ LT. до тѣхъ поръ, пока не удовлетворенъ кредиторъ съ *aelttere S.* ³⁾. Очевидно и вопросъ о конкуренціи нѣсколькихъ титулованныхъ, производящихъ свой титулъ отъ одного собственника, рѣшается исключительно старшинствомъ записи въ LT. Приобрѣтеніе собственности не только по сдѣлкамъ между живыми, но и по завѣщанію и по законному наслѣдованію, подлежитъ записи въ LT. Иначе приобретатели не имѣютъ никакого права распоряжаться недвижимостью ⁴⁾.

2. **Право ипотеки.** Тутъ вліяніе римскаго права сказалось въ томъ, что Declaratorien и Novellen знаютъ уже не только договорную, но и законную и судебную ипотеку. Однако ипотечный оборотъ сохраняетъ прежнюю національную организацію, лишь усовершенствованную памятникомъ.

¹⁾ Ee V: „Ferner setzen und ordnen Wir, dasz gleich wie von Alters herkommen, also auch hinführo die Landtgüter anders nicht, alsz mit der Landtaffel afficiret, vergeben noch verwendet werden können, also, dasz wann einer dem andern sein Landtgut vbergeben, verpfenden, oder verschreiben wolte, so soll vud kan er ez anders nicht, alsz mit der Landtaffel thun, vud da auch gleich in einer verschreibung ein dergleichen verpfending desz Guetts begrieffen wäre, so soll es doch eher vor kein Hypothec erkanndt, noch die Gerichtliche hülf darüber ertheilt werden, es sey dann solche verschreibung der Landtaffel eingetragen worden.“

²⁾ Ee X: „Imgleichen soll auch kein jus possessionis weniger einzige translatio dominij an einem Landtgueth statt oder würckung haben, auff einigerley weisz, es sey dann solches mit der Landtaffel vermercket vud bestättiget worden, vund obschon einer dem andern ohne die Landtaffel ein Landguth wärklich abtreten thet vund die Vutertanen demselben gar huldigen liesz, so soll doch solche possession oder translatio dominij nicht erkennen werden, noch einzige praescription sich darauff anfahren noch laufen, sondern dasselbe Guth jimmerfort für desz jenigen eigen gehalten werden, auff welchen das Gueth in der Landtaffel lauten thuet, es würde dann erwiesen, dasz solches in fraudem Unserz Königlichen Fisci beschehen.“

³⁾ Ee XI.

⁴⁾ Ee XVI: „не только передъ LT, но даже и ваъ LT.“

Именно, всякая ипотека: договорная, законная или судебная возникает и получает действие только с записью ее в LT¹⁾.

а) Договорная ипотека по прежнему устанавливается в письменной форме, с официальным характером акта, причем сторонам представляется совершить договор об ипотеке тоже в установлении LT. или и на стороне, но тогда акт уже должен быть подписан 2-мя свидетелями из высшего сословия. В этом договоре ипотека должна быть открыто установлена, а сверх того еще должна быть помещена и clausul, что „кредитор управомочивается внести сдѣлку в LT. когда ему угодно и притом даже в отсутствие должника“. Если акт содержит ипотеку, но не содержит означенной clausula, все равно акт не вносится в LT. без королевской реляции. Если же и ипотека не установлена открыто, акт уже ни при каких условиях не заносится в LT, хотя бы и был совершен в установлении LT., так как он не ипотечный акт²⁾.

б) Законная ипотека признается за женою, когда при заключении брака совершается договор об имущественных отношениях между супругами³⁾. О других законных ипотеках памятник умалчивает.

в) Судебная ипотека признается за определениями судов, в силу которых должник присуждается к денежной сумме⁴⁾.

Все эти три основания ипотеки являются только титулами; ипотека же самая возникает лишь с записью этих титулов в LT., заботами интересентов или суда (3-й случай⁵⁾).

3. *Общая формально-правовая основа вотчинно-ипотечного режима Novellen 1640 г.* Памятник прежде всего настойчиво провозглашает 4 основных максимы, уже ранее известных институту LT, т. е. публичность, специалитет, приоритет, легалитет, но, сверх того, памятник дает им новое развитие.

а) Публичность. Все вышесказанное уже характеризует это начало. Но сущности публичности отвечает и форма записи, вновь вводимой памятником. Им. до сих пор запись ипотеки и т. под. обремененной отмѣчалась только в ипотечной книге (Pfand—u. Verschreibungsquaterne); Declaratorien, сверх того, предписывают, чтобы кратко обременения отмѣчались и в вотчинной книге (Kaufquaterne), против записи приобретения собственности; это для того, чтобы новый приобретатель или кредитор могли бѣгло и легко узнать все правоотношение по недвижимости⁶⁾. Вместе с этим провозглашается и начало публичности книги. Когда лицо приобретает имѣние и в момент приобретения LT. не значилось на имѣнии никаких долгов, а в действительности имѣние было обременено частной ипо-

1) Fe V, VII, XVIII.

2) Fe VI—VIII.

3) Fe XVII.

4) Fe VIII.

5) Fe V, VI—VIII, XVII, XVIII.

6) Fe XII.

текой (privatim), приобретатель не отвечает по этим частным ипотекам. „Кредиторы имѣют дѣло тогда с должником и собою должны винить в вину, что во-время не позаботились о записи своих ипотек“¹⁾.

И наоборот, раз кто значится по книге управомоченным, признается таковым в действительности²⁾ до тех пор, пока не последовало погашения записи, гласищей на его имя, или новой записи об уступке права.

Квиттировать записанный долг можно и в LT. Если квитанция содержит clausul о том, что должник может записать ее в LT. и погасить таким образом вполнѣ или отчасти ипотечный долг, установление это и выполнять. Если clausul нѣтъ, погашение слѣдует лишь по реляции короля³⁾.

б) Специалитет получает новое подтверждение в записи бремени в Kaufquaterne⁴⁾.

в) Приоритет точно устанавливается началом: „qui prior tempore, prior jure“⁵⁾, причем prior относится к записи.

г) Легалитет умѣренный лишь отмѣчается в Declaratorien, но развивается в Landtäfliche Instruction 1652 г.

Кромѣ того, Declaratorien организуют на новых, и уже римских, началах как экзекуционное⁶⁾, так и конкурсное производство⁷⁾.

§ 28. Итоги.

Результаты влияния римского права на организацию вотчинного оборота и реального кредита у новых народов были, в общем, крайне печальные. В дѣломъ читатель оценит их, прослѣдивъ дальнѣйшія главы настоящей работы. Но и здѣсь я укажу нѣсколько интересных исторических данных.

1. Во Франціи римское право и выросшія на немъ организациі вотчинного оборота повлекли страшный разгромъ послѣдняго. Картину разгрома рисуетъ въ яркихъ краскахъ Louyseau, юристъ 17 в., в своихъ „Les oeuvres“. Негласные переходы собственности и запутанная и такъ же негласная ипотечная система вызвали то, что ко времени Louyseau оборотъ недвижимостей и реальный кредитъ превратился буквально въ азартную игру. Никто, приобретая имѣние, не былъ увѣренъ, что дѣна имѣнія уже не поглощена всецѣло ипотеками, или что имѣние действительно принадлежитъ тому, кто выдаетъ себя за собственника его. Отсюда—не только полный упадокъ реаль-

1) Fe XIII.

2) Fe X, XIV.

3) Fe XV.

4) Fe XII.

5) Fe XVIII i. f.

6) Ff I.

7) Fe XXIX.

наго кредита, но и паденіе цѣнъ на недвижности и полный застой оборота недвижностей. Это не отвѣчало уже болѣе и вызвавшимъ его условіямъ, ибо и тѣ, которые имѣли свободныя отъ долговъ недвижности, терпѣли при отчужденіи ихъ не меньше, чѣмъ тѣ, которые, благодаря своей ловкости и изворотливости, давно извели изъ имѣнія, можетъ быть, неоднократную его цѣнность путемъ установленія ипотекъ. Больше страдали, конечно, честные владѣльцы съ чистыми имѣніями, чѣмъ недобросовѣстные съ обремененными. Съ другой стороны, и честные приобретатели попадались чаще въ сѣти недобросовѣстныхъ отчуждателей, чѣмъ промышленники по скупкѣ имѣній, спекулировавшіе на выгоду, которые всегда знаютъ ходы, чтобы пользоваться угнетеннымъ настроеніемъ оборота. Но лучше я приведу слова самого Loysseau. Очертивъ плачевное состояніе вотчиннаго оборота при дѣйствіи римской системы, Loysseau (стр. 82) говоритъ: „c'est pourquoy nous voyons arriver tous les jours du trouble aux tiers acquereurs, à causes des hypothèques précédentes: dont il se void quantité de bonnes maisons ruinées, non par mauvais ménage mais pour n'avoir pas assez seurement acheté. Et puis dire qu'il se trouvera plus de bons ménagers ruinez par ce moyen pour les debtes d'autrui, et pour avoir mal acheté, que de mauvais menagers pour leurs propres debtes, et pour avoir mal vendu: qui est ce qu'on dit en commun prouerbe, „qu' il y a plus de fols acheteurs, que de fols vendeurs!“. Таковы были плоды той системы, которая признавалась идеальной сторонниками естественнаго права и справедливости, взравшими на мѣры, требуемыя практической жизнью, какъ на посягательство на прирожденныя человѣческія права и на естественный божественный порядокъ.

Злу не помогала и выработанная практикой этого времени мѣра, носившая названіе „cédées et decrets“ или decret volontier, т. е. совершаемое при отчужденіи недвижности вызванное производствомъ интересентовъ съ преклюзіей правъ незажившихся и очисткой недвижности отъ этихъ правъ. „Декреты требуютъ времени и денегъ, а отчуждатель при нихъ все равно безпомощенъ. Декретъ вскрываетъ его долги, и не онъ, а кредиторы получаютъ цѣну вещи“ (Loysseau, 80). Но декреты неудобны и для публики, такъ какъ всякаго, можетъ быть заботливаго, кредитора, разъ только онъ не прослѣдилъ объявленій о вызовѣ, декретъ лишаетъ права.

Въ области реального кредита въ эту же эпоху появляется во Франціи обычай фиктивныхъ привилегій, заключающійся въ слѣдующемъ: приобретатель недвижности, въ виду возможной нужды въ кредитѣ, не платитъ отчуждателю цѣну вещи, а передаетъ ее 3-му надежному лицу. Послѣднее же отъ себя уплачиваетъ отчуждателю означенную цѣну, и отчуждатель цедируетъ ему на основаніи уплаты свою привилегію по поводу неуплаченной приобретателемъ цѣны имѣнія. Затѣмъ, это подставное 3-е лицо уступаетъ привилегію собственнику, и собственникъ, въ случаѣ надобности, легко добываетъ за продажу привилегіи кредитъ. „Такъ, недостатки права даютъ мѣсто возникновенію безнравственныхъ обходовъ закона и приучаютъ гражданъ къ обманамъ,—тѣмъ болѣе вреднымъ, что они даютъ пользующимся

ими орудіе, по собственному произволу предпочесть одного изъ своихъ кредиторовъ другому при удовлетвореніи, или даже удержать исключительно въ свою пользу часть своего актива, который по праву долженъ бы принадлежать кредиторамъ“¹⁾.

2. Результаты римскаго вліянія на организацию вотчиннаго оборота въ Германіи изображаются не менѣе ярко у Mascher (стр. 90—93). Они вполне сходны съ тѣми, которые описываетъ Loysseau для Франціи: полный застой оборота, страшное паденіе цѣнъ на недвижности, полный упадокъ реального кредита. Мировыя событія того времени, повлекшія упадокъ германскихъ Гёрбдовъ, являвшихся до тѣхъ поръ пионерами въ области правообразованія, мало способствовали тому, чтобы всѣ указанныя бѣдствія были скоро излѣчены. А между тѣмъ разразилась новая гроза, 30-лѣтняя война, повергшая Германію въ положеніе крайняго разоренія и безправія. Но сейчасъ же за войною всюду въ Германіи пробуждается новое движеніе въ вотчинномъ правѣ, направленное на оздоровленіе оборота недвижностей.

3. Положеніе дѣлъ въ Австріи въ эпоху реценціи въ подобныхъ же выраженіяхъ рисуетъ патентъ Маріи Терезіи отъ 27 ноября 1758 г.²⁾

¹⁾ Докладъ Crassous отъ 27 pluviôse an VI приведенъ у Georges Rondel, La mobilisation du sol en France. Paris. 1888, стр. 47.

²⁾ Находится въ Cod. Austriacus. Suppl. p. V стр. 1282.

КНИГА II.

Первые проявления новаго движенія въ правѣ, регулирующемъ вотчинный оборотъ.

§ 29. Общая замѣчанія.

Замѣшательство, послѣдовавшее въ вотчинномъ оборотѣ отъ негласнаго римскаго вотчиннаго режима, всюду чувствовалось какъ большое зло, а въ Германіи оно осложнилось окончательнымъ экономическимъ кризисомъ, послѣдовавшимъ за 30-лѣтней войною. И вотъ, издавна и задолго до наступленія полнаго разгрома вотчиннаго оборота, во всѣхъ значительныхъ западно-европейскихъ государствахъ начинается новое движеніе въ правѣ, регулирующемъ вотчинный оборотъ, направленное на приданіе вотчиннымъ отношеніямъ гласности и вотчинному обороту вѣрности и обезпеченности. Если всюду для новаго движенія было достаточно одного только замѣшательства въ оборотѣ, то въ Германіи ему благоприятствовали послѣ 30-лѣтней войны и новыя условія духовной жизни этой страны. Въ результатѣ 30-лѣтней войны Германія порвала съ римскимъ авторитетомъ въ области религіи, и пошла тутъ своимъ особымъ самостоятельнымъ путемъ. Съ паденіемъ въ Германіи авторитета римской церкви падало одно изъ основаній вѣшняго авторитета римскаго права; при новыхъ условіяхъ римское право стало разсматриваться не болѣе, какъ практической аппаратъ для удовлетворенія жизненныхъ потребностей, который можетъ быть подвергнутъ и критикѣ и измѣненіямъ, разъ только онъ неудовлнительно выполняетъ свою жизненную роль (Mascher, гл. V).

Въ то время новое движеніе вездѣ преслѣдовало чисто практическія цѣли—и нигдѣ не имѣлось въ виду возстановленіе національной организаціи вотчиннаго оборота. Скорѣе даже, первые шаги къ приданію гласности вотчиннымъ отношеніямъ опирались на то же римское право, именно на конституцію императора Льва, создавшаго *actus publicus*¹⁾. Только идея *actus publicus* получила съ самаго начала болѣе широкое и болѣе энергичное значеніе, чѣмъ она имѣла въ римскомъ правѣ, такъ что скоро она получила

¹⁾ Cp. Dernburg u. Hinrichs, Das preuss. Hyp. R., Leipzig, 1877. стр. I. 4.

выраженіе, болѣе напоминавшее національное учрежденіе, чѣмъ римскій прообразъ.

Другимъ отправнымъ пунктомъ могла служить организація оборота феодальныхъ имѣній, гдѣ въ интересахъ феодальнаго господина существовали и въ эпоху господства римскаго права помѣстные книги¹⁾.

Наконецъ, мѣстами отправнымъ пунктомъ служили и уцѣлѣвшія средне-вѣковыя организаціи, какъ въ Австріи—богемскія помѣстные книги, во Франціи—*coutumes de nantissement*, въ Германіи—городскія вотчинно-ипотечныя книги Гамбурга, Бремена и нѣкоторыхъ Мекленбургскихъ городовъ и т. д.

Отмѣтимъ еще одну особенность новаго движенія. Если законодатель, который выступаетъ теперь главнымъ творцомъ права, и имѣетъ въ виду упорядоченіе всего вотчиннаго оборота, то первое свое вниманіе онъ обращаетъ на интересы реального кредита. Ипотека, являющаяся теперь главнѣйшей, если не исключительной правовой формой реального кредита, занимаетъ первое и главное вниманіе законодателя. И только ради нея къ упорядоченію привлекается и собственность и другія вещныя права, — попятно, такъ какъ ипотека поражаетъ недвижимость съ стороны ея цѣнности, а послѣдняя зависитъ отъ состава всего правоотношенія на вещь.

Каждая законодательная мѣра вскрываетъ намъ и бытовое значеніе начинающагося теченія въ правѣ; оживляется оборотъ и нарождается новый строй хозяйства, именно современный.

ОТДѢЛЪ I.

Новое движеніе въ Германіи.

Мы очертимъ новое движеніе въ правѣ лишь для значительныхъ германскихъ государствъ, правообразовательная дѣятельность которыхъ только и создала исторію вопроса. Такими странами были: Пруссія, Мекленбургъ, Саксонія и Баварія.

ГЛАВА I.

Новое движеніе въ Пруссіи.

§ 30. Прусскій вотчинный режимъ въ эпоху рецепціи римскаго права.

Въ эпоху рецепціи римскаго права въ Пруссіи существовала, повидному, нотариальная система, по образцу римскаго *actus publicus*, со всѣми ея недостатками для упорядоченія вотчиннаго оборота: сдѣлки о недвижимостяхъ совершаются по этой системѣ не по мѣсту нахождения недвижимости, а гдѣ угодно, записаны онѣ въ книгу въ хронологическомъ порядкѣ, дѣйствіе записи сводится къ простому доказательству правоотношенія или влечетъ привилегію

¹⁾ Raumer, Ursprung der preuss. Hyp.-Verfassung въ v. Ledebur's Allg. Archif. für die Geschichtsk. des Preuss. Staats. Th. 7 № VIII, доказываетъ связь Pr. Allg. Hyp.-Og. 1783 г. съ депнымъ правомъ Бранденбурга даже до мелочей.

ровняное положеніе записанной сдѣлки въ отношеніи частныхъ сдѣлокъ; такъ что въ концѣ концовъ эта система только усиливаетъ замѣшательство оборота созданиемъ особыхъ привилегій и ничего не даетъ для обзорности и гласности правоотношеній. Но и эта нотаріальная система существовала далеко не вездѣ ¹⁾. По исключенію и въ Пруссіи встрѣчались области, гдѣ запись въ книгу служила условіемъ дѣйствительности вещныхъ правоотношеній, особенно ипотеки ²⁾. Кое-гдѣ были и городскія книги ³⁾. Ленныя отношенія имѣли свою особую помѣстную систему книгъ ⁴⁾. Но все это было неудовлетворительно, рѣдко и уже вовсе не могло служить опорой оживающему обороту и реальному кредиту.

§ 31. Эдиктъ 1693 г.

1. Тридцатилѣтняя война нанесла страшный ударъ благосостоянію народа и въ Пруссіи. Немедленно же правительство издаетъ рядъ индальтовъ-мораторіевъ, которыми отсрочивается на долгое время взысканіе долговъ, а потомъ и %-овъ съ нихъ ⁵⁾. Когда же острый кризисъ миновалъ, прусское правительство приступаетъ къ рѣшительной реформѣ вотчинно-ипотечнаго права. Первый шагъ въ этомъ направленіи былъ сдѣланъ Фридрихомъ III въ эдиктъ отъ 27 сентября 1693 г. ⁶⁾. Въ мотивахъ къ эдикту указывается на хаотическое состояніе реального кредита, на злоупотребленіе довѣріемъ со стороны должниковъ, на раззореніе оттого кредиторовъ и общее разстройство вотчиннаго и ипотечнаго оборота, — проникающее отъ негласнаго установленія ипотекъ и переходовъ собственности. Для устранения всѣхъ этихъ бѣдствій и издается эдиктъ, впрочемъ только для резиденцій. Уже этотъ первый опытъ намѣчаетъ такую широкую и блестящую программу реформъ, которая служила рамкой для послѣдующей законодательной дѣятельности въ Пруссіи въ теченіе цѣлаго столѣтія. Въ немъ уже мы угадываемъ

¹⁾ Картина отчасти обрисована въ дальнѣйшаго, отчасти же см. Dernburg u. Hinrichs, § 1.

²⁾ Магдебургскія земли, см. Dernb. u. Hinr. стр. 7 прим. Но и это начало было только развитіемъ римскаго actus publicus.

³⁾ Введеніе къ Edict. v. 1693. (Codex constitutionum Marchicarum Brandenburgensium, v. Mylius., II ч. 2 отд. № XI).

⁴⁾ Dernburg u. Hinrichs, стр. 3, Raumer, Ursprung der preuss. HVerf. (v. Ledebur's Allg. Archif. Th. 7 № VIII), Edict. 1693 и Declaration v. 1695 (въ Codex c. M. II 2 № XI и XIII).

⁵⁾ Въ 1630 г. 22 іюня объявляется Indult wegen Einstellung der Executionen auf Capital-Geld на время до Joh. Vart. 1632 г. Но вотъ, возстановленіе экзекуцій причиняетъ истощенному войною населенію ущербъ, не давая удовлетворенія и кредиторамъ, — и въ 1633 г. 8 ф. издается 2-ой Indult съ дѣйствіемъ до 1634 г. Joh. Vart. того же содержанія. 18 іюля 1693 г. издается новый Indultum Moratorium на 3 года, при чемъ экзекуція не допускается уже не только въ капитальной суммѣ требованій, но и въ %-ахъ (всѣ мѣры находятся въ Corpus Constitutionum Marchicarum Brandenburgensium. II 2: №№ 1 и II).

⁶⁾ Corpus C. M. II 2, № XI. Ср. Dernburg u. Hinrichs, 6. Эдиктъ подражаетъ режиму, подмѣченному имъ въ „старомъ гор. Cöln“, теперь — часть Берлина.

будущаго прусскаго законодателя — рѣшительнаго, смѣлаго и талантливаго, нѣсколько даже безпокойнаго и забѣгающаго впередъ, намѣчающаго планы, превосходящіе силы и средства ихъ осуществленія, но за то крайне чуткаго и отзывчиваго на самыя тонкія практическія потребности времени.

2. Эдиктъ 1693 г. ставитъ вотчинно-ипотечный режимъ на твердую почву тѣхъ же 4-хъ формально-правовыхъ началъ, которыя мы отмѣтили для средневѣковаго права и которыя поддерживаютъ въ наше время германскія организаци. Однако, въ эдиктѣ эти начала, особенно начало публичитета, проводятся еще очень слабо.

Вотчинно-ипотечное дѣло ввѣряется магистрату; вотчиннымъ установленіемъ является городская ратуша. Тамъ ведутся особыя вотчинныя книги, подъ названіемъ Erb-und Lagerbuch.

Въ эти книги заносятся всѣ недвижимости, лежащія въ чертѣ резиденцій и состоящія во владѣніи частныхъ лицъ. Ни одна частная недвижимость не свободна отъ подчиненія новому режиму. Запись совершается не по личной, а по реальной системѣ. Книги ведутся не по собственникамъ, а по недвижимостямъ. Каждая недвижимость представляетъ отдѣльный самостоятельный предметъ записи и имѣетъ свой особый № и листъ въ книгѣ. И на листѣ каждаго имѣнія уже заносятся наличные собственники и кредиторы; оставляется достаточно мѣста и для записи послѣдующихъ собственниковъ и кредиторовъ ¹⁾.

Эта система вотчинныхъ книгъ и служить впредь основой вотчиннаго оборота. Каждая перемѣна владѣнія подлежитъ немедленному предьявленію для записи въ вотчинное установленіе. До записи въ книгу всѣ титулы владѣнія новыхъ владѣльцевъ, даже наследованія, признаются ничтожными ²⁾.

Записи подлежатъ и всѣ ипотеки: договорныя, судебныя и даже законныя. И только запись даетъ имъ jus reale oder praelationis. Приоритетъ всѣхъ этихъ видовъ ипотекъ опредѣляетъ только и исключительно моментъ записи ³⁾.

Публичитету внутреннему соответствуютъ мѣры, клонящіяся къ установленію вѣшняго публичитета. Магистрату вмѣняется въ обязанность давать точныя свѣдѣнія о правоотношеніи по недвижимости на требованіе всякаго заинтересованнаго ⁴⁾.

Наконецъ, эдиктъ устанавливаетъ не менѣе рѣшительныя переходныя мѣры отъ стараго къ новому строю ⁵⁾.

3. Эдиктъ былъ кратокъ и далеко не исчерпывалъ предмета даже въ его существенныхъ моментахъ. Напр., поставивъ пріобрѣтеніе вещныхъ правъ въ зависимость отъ записи въ вотчинную книгу, эдиктъ не вооружилъ книгу fides publica. Отсюда, по эдикту нельзя быть собственникомъ, не будучи за-

¹⁾ § 1 эдикта.

²⁾ § 2.

³⁾ §§ 3—5.

⁴⁾ § 8.

⁵⁾ § 7.

писаннымъ въ книгу въ этомъ качествѣ; но, будучи записаннымъ въ книгу въ качествѣ собственника, можно, по эдикту, еще и не быть собственникомъ; для этого достаточно только, чтобы запись состоялась неправильно. При такой системѣ 3-й приобретатель, производящій свое вещное право отъ книжного собственника, вовсе не защищенъ въ своемъ приобретени и подверженъ нападенію со стороны всѣхъ, потерпѣвшихъ отъ неправильной записи. Такая система обезпечиваетъ оборотъ только на половину.

И все-таки эдиктъ былъ слишкомъ радикальной мѣрой для того времени. Народъ уже забылъ свои старыя публичныя формы вотчинныхъ сдѣлокъ и привыкъ къ негласнымъ римскимъ. Для него было уже въ тягость постоянное обращеніе къ власти для завершения вещныхъ сдѣлокъ. А новая мѣра была еще слишкомъ рѣшительной въ отношеніи законныхъ ипотекъ, обезпечивавшихъ дорогіе и деликатныя интересы членовъ семьи и т. п. Съ другой стороны, въ то время правительство не имѣло и такой стройной организации подчиненнаго управленія, которая смогла-бы побороть народное противодѣйствіе новой мѣры.

Въ виду всего этого эдиктъ не скоро возымѣлъ значительныя практическія послѣдствія и долгое время игнорировался даже въ Берлинѣ ¹⁾.

Однако, законодатель не отступалъ отъ своей излюбленной идеи. Онъ, съ одной стороны, не разъ толковалъ ²⁾, не разъ публиковалъ эдиктъ и подтверждалъ его по тому или иному поводу ³⁾, а иногда и расширялъ отчасти сферу его дѣйствія ⁴⁾; съ другой же стороны, онъ боролся съ враждебнымъ эдикту римскимъ теченіемъ, съ практикой, утвердившейся на римскомъ правѣ и стремившейся истолковать и эдиктъ въ духѣ римскаго *actus publicus*. Особенно много хлопотъ причиняла законодателю *hypotheca quasi publica*, подрывавшая единство и цѣльность системы эдикта ⁵⁾. Однако, самъ законодатель не всегда точенъ въ опредѣленіи дѣйствія *hyp. quasi p.* Иногда онъ объявляетъ ее ничтожной ⁶⁾, иногда же признаетъ ее за частную ипотеку и вызываетъ сомнѣніе по вопросу о томъ, означать ли это ни-

¹⁾ Какъ это видно изъ *Edictum declaratorium* отъ 20 ф. 1695 г. (*Corpus c. M. II 2, № XIII*) и рескрипта на имя берлинскаго *Sammer-Gericht* отъ 12 окт. 1699 (*Eod. № XVI*). См. еще *Dernburg u. N.*, стр. 7.

²⁾ *Edictum declaratorium* 20 Febr. 1695 въ *Cod. c. M. II 2 № XIII*.

³⁾ *Wechselrecht in der Chur. u. Mark-Brandenburg* 19 Dec. 1701 Art. XXXIII въ *C. c. M. II 2 № XVII*, *Erklärung des 33 Art. des Wechsel-Edicts v. 19 Dec. 1701, v. 30 Mai 1703; C. c. M. II 2 № XVIII*.

⁴⁾ *Edictum declar.* 20 F. 1695, *C. c. M. II 2 № XIII*: на области, гдѣ уже раньше велись книги, но не аккуратно.

⁵⁾ *Ed. declar. cit.*; *Erklärung des 33 Art. des Wechsel-Edicts. cit.*; даже въ *Königl. allern. Declaration des Hyp.-u. Conk.-Og II Juni 1726, C. c. M. II 2*.

⁶⁾ Кроме эдикта 1693 г. § 2, 3, 7, мы встрѣчаемъ это и въ *Wechselrecht v. 19 Dec. 1701 art. XXXIII*, гдѣ *clausula hyp.* въ векселяхъ не даетъ векселю никакихъ преимуществъ передъ векселями, гдѣ такой *clausula* нѣтъ вовсе и даже съ простыми расписками; далее въ—*Erklärung des 33 art. des Wechsel-Edicts, v. 30 Mai 1703 cit.*; наконецъ въ эдиктѣ 1704 сент. 2) (*C. c. M. II 2, № XXI*).

чтожность ея, какъ гласитъ эдиктъ, или это означаетъ то, что ипотека уступаетъ записаннымъ въ книгу ипотекамъ, но удовлетворяется въ конкурсѣ предпочтительно передъ личными требованіями. Сомнѣніе тѣмъ болѣе основательное, что самый эдиктъ характеризуетъ дѣйствіе записи, какъ *«jus reale oder praelationis»* ¹⁾. Въ концѣ концовъ законодатель добился своего, и эдиктъ оказалъ въ резиденціяхъ благотворное дѣйствіе на оборотъ ²⁾.

§ 32. Эдиктъ 1704 г.

Ободренный первымъ успѣхомъ, хотя и дорого стоившимъ, законодатель рѣшается уже на болѣе смѣлый шагъ, и эдиктомъ отъ 20 сент. 1704 г. ³⁾ онъ распространяетъ свою систему съ резиденцій и областей, гдѣ раньше существовали хотя и безпорядочныя вотчинныя книги,—на все государство; но кромѣ того, онъ уже хочетъ соединить полезный для населенія институтъ съ пользой для фиска, и устанавливаетъ значительную пошлину съ записей, которая должна была поименно военную казну, сильно пострадавшую за недавнія войны.

Едва-ли эта мѣра была-бы вообще осуществлена, въ виду затрудненій, съ какими особенно въ то время связывалась организація вотчинной системы и приведеніе ея въ дѣйствіе тамъ, гдѣ не было уже никакихъ слѣдовъ ипотечныхъ книгъ, гдѣ, слѣдовательно, надо было вновь ихъ организовать, проверять титулы владѣній, составъ правоотношеній по имѣніямъ, добиться правильности записей имѣній въ книги и т. д.,—трудъ, который и въ наше время устрашаетъ реформаторовъ. Но къ этимъ затрудненіямъ присоединилось новое въ видѣ 2% пошлины съ капитальной суммы каждой вещной сдѣлки. Эта пошлина вызвала враждебное отношеніе населенія къ новой мѣрѣ; на имя короля посыпались петиціи объ отмѣнѣ закона. Король не хотѣлъ отмѣны пошлины, каковой мѣры было-бы достаточно для примиренія населенія съ реформой, и предпочиталъ приостановить на время дѣйствіе самой системы и дать вѣрнымъ подданнымъ *„ein spatium deliberandi“* ⁴⁾. *Spatium* затянулся навсегда.

§ 33. Вотчинный режимъ ленныхъ имѣній.

Для ленныхъ имѣній въ эпоху ренессанса существовала специальная система помѣстныхъ книгъ. Эдиктъ 20 сент. 1704 г., внося реформу въ общес-

¹⁾ Эдиктъ 1693 § 3, 4, 7; *Ed. declar.* 20 F. 1695, *C. c. M. II 2 № XIII*; *Königl. allern. Declar. der Hyp.-u. Conk. Og 14 Juni 1726*. Всего скорѣе, что авторъ эдикта 1693, называя *h. quasi p.* частной, разумѣлъ ея ничтожность. Но позднее такой ипотекѣ уже придавали значеніе: она уступаетъ каменной ипотеке, но предпочитается чисто-личному требованію (ниже).

²⁾ Эдиктъ 1704 сент. 20, *C. c. M. II 2, № XXI*.

³⁾ *C. c. M. II 2, № XXI*.

⁴⁾ Патентъ отъ 22 ноября 1704, *C. c. M. II 2, №№ XXII*.

право недвижимостей, выделяя кругъ ленныхъ имѣній, по крайней мѣрѣ учреждая для нихъ особые органы для выполненія ипотечнаго дѣла.

Аллодификація леновъ въ коренныхъ прусскихъ провинціяхъ въ 1717—1720 гг. вызвала новое регулированіе вотчиннаго режима ленныхъ имѣній на специальныхъ началахъ ¹⁾.

Въ каждой Маркѣ была установлена для рыцарскихъ имѣній особая регистратура, подъ дирекціей Ландрата. Въ регистратурѣ ведется помѣстная книга (Land-Buch), служащая основой оборота ленныхъ имѣній ²⁾.

Всѣ переходы собственности, по какому-либо титулу, даже наследованію, подлежатъ записи въ помѣстную книгу, втеченіе 1 года, подъ страхомъ ничтожности ³⁾.

Всѣ ипотеки подлежатъ записи втеченіе 1 года въ ту же книгу. Но эта запись придаетъ ипотека лишь свойство *h. publica* и не служитъ формой самаго возникновенія ипотеки; хотя, по мысли законодателя, запись является уже правиломъ, частный же ипотечный актъ — исключеніемъ ⁴⁾.

Все же двойственность способа возникновенія ипотеки является уступкой господствующему романтическому настроенію юридической мысли.

Законодательство регулируетъ и порядокъ производства ⁵⁾. Этотъ порядокъ производства служилъ позднѣе образцомъ для общихъ вотчинно-ипотечныхъ установленій, хотя онъ еще чуждъ позднѣйшаго легалитета и даже широкаго почина самихъ установленій въ сферѣ вотчиннаго дѣла. Въ основу производства тутъ полагается скорѣе начало инициативы сторонъ. Завершается производство выдачей интересентамъ *Attestata* или *Recognitions-Scheine* вмѣстѣ съ возвращеніемъ сторонамъ подлинныхъ актовъ сдѣлки, съ отмѣткой о записи. Но и оборотовая роль *Recognitions-Scheine* остается пока неразвитой.

Самостоятельная организація вотчиннаго дѣла ленныхъ имѣній была удержана и при введеніи позднѣе общей организаціи этого дѣла въ 1721 и 1722 гг. Лишь организація вотчинныхъ книгъ и порядокъ удовлетворенія кредиторовъ въ конкурсѣ были согласованы, въ цѣляхъ улучшенія дѣла, съ началами устава 1722 г. ⁶⁾.

¹⁾ *Assecuration vor die Ritterschaft in der Chur-Mark Brandenburg v. 30 Juni 1717. § 10, C. s. M. II 5 № 62; Rescript wegen Veränderung derer Lehen in der Neu-Mark u. incorporirten Creysen v. 30 Apr. 1718, C. s. M. II 5 № 63; Kön. Preuss. Constitution für allodial- u. Erb-erklärten Ritter-Gütern in der alten Mark, Prignitz... v. 25 Aug. 1718, § 29—33, C. s. M. II 5 № 64; Allergn-Resolution vor die vormahl. Lehns-Canzley d. 23 F. 1720, C. s. M. II 5 № 66, Declarirte Constitution d. 1 Juni 1723; C. s. M. II 5 № 76. Наиболе тщательную регламентацію содержитъ Kön. Pr. Constitution.*

²⁾ Цит. Constitution §§ 29, 30, 33.

³⁾ Const. §§ 30—33.

⁴⁾ Const. § 30.

⁵⁾ § 33.

⁶⁾ Очеркъ устава 1822 г. ниже.— Замѣтимъ кстати, что со временемъ институтъ помѣстныхъ книгъ для ленныхъ имѣній, остававшійся въ сторонѣ отъ общаго движенія къ усовершенствованію вотчиннаго режима, оказался неудовлетворительнымъ и чуждымъ по духу общему праву Пруссіи, и въ 1810 г. по Каб.-Ог 1 Aug. (Labe, Sammlung preuss. Gesetze u. Verordnungen, X 392—94) Landb cher были преобразованы въ стонціи Нур-Вучер и переданы въ Kammerger. и Ober-Landesger. См. также Dernb. u. H., стр. 10.

§ 34. Ландрехтъ 1721 г.

Въ специальномъ Ландрехтѣ для коренныхъ прусскихъ областей отъ 1721 года ¹⁾ новыя начала вотчинно-ипотечной системы опять занимаютъ вниманіе законодателя. Но тутъ законодатель становится уже уступчивѣе ²⁾, чѣмъ въ эдиктѣ 1693 г. Въ общемъ Ландрехтъ регулируетъ вопросъ тщательнѣе; уступки, дѣлаемыя имъ римской системѣ, не опасны для реального кредита, и Ландрехтъ рисуется болѣе практичнымъ и болѣе отвѣчающимъ условіямъ своего времени. И высказанныя имъ идеи легли надолго въ основу прускаго вотчиннаго режима.

1. Какъ общее правило, Ландрехтъ 1721 г. провозглашаетъ начало, что вещныя сдѣлки о недвижимостяхъ ³⁾ между живыми (Ландрехтъ предусматриваетъ только случай купли) подлежатъ инсинуаціи въ судѣ и записи въ судебную книгу, по мѣсту нахождения недвижимости, въ присутствіи обонхъ контрагентовъ, которымъ и выдается затѣмъ купчая (*Kauf-Brief*). Незаписанную сдѣлку отчужденія Ландрехтъ объявляетъ ничтожною ⁴⁾. Но Ландрехтъ дѣлаетъ исключеніе изъ этого правила на случай, когда обѣ стороны выполнили уже взаимныя обязательства, имъ продавецъ получилъ цѣну, а покупатель вещь. Въ такомъ случаѣ отчужденіе и безъ записи признается дѣйствительнымъ ⁵⁾.

Дѣйствительны безъ записи въ книгу и всѣ другіе переходы собственности на имѣнье, какъ по наследованію, по отчужденію съ публичнаго торга, и т. д. ⁶⁾.

2. Договорныя ипотеки совершаются передъ судомъ, по мѣсту нахождения недвижимости, и записываются въ судебныя книги, подъ страхомъ не дѣйствительности ⁷⁾. Однако, и тутъ законодатель дѣлаетъ исключеніе для *hypotheca quasi p.* Такая ипотека уступаетъ книжной, но въ конкурсѣ идетъ

¹⁾ *Friedrich Wilhelms .. verbessertes Land-Recht des Königr. Preussens. Königsberg. 1721. Cp. Dernb. u. Hinrichs, 7, 8.*

²⁾ Это явленіе, что кодификація проводитъ новыя начала слабѣе, чѣмъ специальный законъ, является общимъ историческимъ фактомъ. Можетъ быть, это объясняется тѣмъ, что въ системѣ, которая заимствовалась изъ римскаго права, труднѣе было подыскать мѣсто новому явленію. Впрочемъ, кодификація уже потому должна проводить слабѣе новыя идеи, что она всегда въ дѣломъ подводитъ итоги прошлому и, изъ-за массы стараго, естественно, не можетъ подчеркнуть новаго.

³⁾ Понятіе которыхъ по Ландрехту крайне широкое. см. ч. II кн. 4 тит. VI art. 7 § 4.

⁴⁾ „Nichtig u. von. Unwürden“.

⁵⁾ Ч. II, кн. 4 тит. VI art. 7 § 1.— Отвѣтимъ кстати, что эта идея двойственности способа приобрѣтенія собственности позднѣе привела къ знаменитому дублициету собственности: *dominium civile* и *dominium utile*, гдѣ за книжнымъ собственникомъ признавалась легитимая распоряженій недвижимостью по книгѣ, а за матеріальнымъ собственникомъ — прочія полномочія, кромѣ распоряженія по книгѣ. Распределеніе правомочія между ними колеблется по разнымъ законодательствамъ.

⁶⁾ Нѣкоторые и отсюда выводятъ дублициетъ собственности; но это уже не техническое понятіе, и обороту это не грозитъ опасностью.

⁷⁾ Р. II кн. 4 тит. V art. 5 § 1.

впередь личныхъ требованій ¹⁾). Норма относится одинаково къ специальной и генеральной ипотеке ²⁾. Только *hypotheca privata* вполне ничтожна ³⁾. По генеральной ипотеке при записи превращаются въ специальные на отдѣльныхъ недвижимостяхъ ⁴⁾.

Законныя ипотеки всякаго рода, для полнаго дѣйствія, подлежатъ записи въ книгу. И только тогда онѣ занимаютъ въ конкурсѣ мѣсто въ одномъ классѣ съ записанными договорными ипотеками и удовлетворяются на-ряду съ договорными, именно *ex ordine ingrossationis* ⁵⁾. Генеральныя ипотеки записываются, какъ спеціальныя, на отдѣльныя недвижимости ⁶⁾. Если же законныя ипотеки не записаны, онѣ занимаютъ въ конкурсѣ мѣсто послѣ всякаго рода записанныхъ ипотеке. Но въ остальномъ онѣ тоже дѣйствительны и безъ записи ⁷⁾.

Среди незаписанныхъ ипотеке, договорныхъ, законныхъ привилегированныхъ и законныхъ простыхъ все рѣшается по римскому праву ⁸⁾, лишь за нѣкоторыми специальными исключениями.

Въ заключеніе очерка LR. 1721 г. замѣчу, что онъ тщательно регулируетъ важный практически вопросъ о томъ, кто и какъ заботится о записи законныхъ ипотеке фиска, жентъ, дѣтей, разныхъ учреждений на имущество опекуновъ и управителей ⁹⁾,—что опять выгодно отличаетъ Ландрехтъ отъ эдикта 1693 г., оставившаго открытымъ этотъ вопросъ.

3. Какъ ни примирительно и ни заботливо Ландрехтъ регулируетъ вотчинный режимъ, онъ все же далеко не исчерпываетъ регламентации его. Не говоря уже о томъ, что Ландрехтъ еще менѣ держится начала *publica fides* вотчинной книги, чѣмъ эдиктъ 1693 г., онъ не касается вовсе вѣншей организации вотчиннаго дѣла, все приурочивая къ существующему строю, несовершенства котораго намъ уже извѣстны. До новой организации формальнаго вотчиннаго права предписанія Ландрехта едва-ли могли принести обороту много пользы. Далѣе, Ландрехтъ разбиваетъ единое цѣлое: ипотеки на недвижимости опекуновъ заносятся, по нему, въ особыя опекунскія книги, что неудобно для обозримости правоотношеній по этимъ недвижимостямъ. Наконецъ, Ландрехтъ изданъ былъ только для коренныхъ прусскихъ областей.

¹⁾ Eod. § 4, 5.

²⁾ Eod. § 2, 4 и друг.

³⁾ Eod. § 1.

⁴⁾ P. I B. I t. XLIX § 11.

⁵⁾ P. I B. I t. XLIX § 10.

⁶⁾ Eod. § 11.

⁷⁾ Eod. § 15—18.

⁸⁾ Eod. §§ 19—29.—И конкурсное право Ландрехта указываетъ намъ на вниманіе законодателя къ реальному кредиту, хотя Ландрехтъ и не порываетъ съ системой римскаго конкурса и не выдѣляетъ обремененныя недвижимости въ спеціальную конкурсную массу. См. LR. 1721. P. I B. I t. XLIX. Ср. Dernburg u. H. стр. 8.

⁹⁾ Ч. I кн. I тит. XLIX § 4, 10 и друг.

§ 35. Ипотечный уставъ 1722 г.

Въ прочихъ частяхъ королевства, исключая коренной Пруссіи, вотчинно-ипотечный режимъ впервые вводится изданымъ при Фр. Вильгельмѣ I *Hypoth.-u. Concurs—Og.* v. 4F. 1722 ¹⁾.

Всѣмъ судебнымъ органамъ, которые раньше уже отираждали обязанности нотаріата, вели ипотечныя книги и принимали къ утверженію обязательственные акты, съ утратой этихъ полномочій, вмѣняется въ обязанность организовать немедленно полныя вотчинно-ипотечныя книги (*Grund- u. Hyp. Bücher*), если таковыхъ вообще въ данномъ судѣ не было или же, если онѣ и были, но не отвѣчаютъ предписаніямъ даннаго устава ²⁾.

Книги ведутся по реальной системѣ; въ нихъ записываются въ порядкѣ №№ всѣ недвижимости, находящіяся въ данномъ судебномъ округѣ, съ признаками, которые характеризуютъ недвижимости какъ съ физической стороны, отличая ихъ отъ другихъ недвижимостей, такъ и съ правовой стороны, вскрывая ихъ правоотношеніе. Для легкой обозримости правоваго положенія недвижимости уставъ впервые въ Пруссіи устанавливаетъ табellarную форму вотчинно-ипотечнаго листа, отводимого въ книгѣ каждому отдѣльному участку.

Для еще большей обозримости правоотношеній, рядомъ съ вотчинно-ипотечной книгой организуются 1) реестръ именъ должниковъ и кредиторовъ, съ указаніемъ подъ этими именами всѣхъ свѣдѣній, важныхъ для кредитнаго оборота, и 2) книги протоколовъ о совершаемыхъ въ вотчинномъ установленіи кредитныхъ дѣлкахъ ³⁾.

Эта вотчинно-ипотечная система и служитъ впредь основой вотчиннаго оборота.

1. Всякая переѣна владѣнія, послѣдовавшая по производному способу отчужденія по сдѣлкамъ между живыми (уставъ говоритъ конкретно, только о куплѣ), подлежитъ немедленному предъявленію въ вотчинное установленіе и записи въ вотчинную книгу, и только тогда признается дѣйствительной. Упущеніе записи влечетъ: 1) ничтожность приобрѣтенія, 2) лишеніе поваго владѣльца права совершать какія-либо сдѣлки о недвижимости, подлежащія записи въ вотчинную книгу. Судъ строго отвѣчаетъ за нарушеніе послѣдняго предписанія ⁴⁾. Въ частности, только записанный владѣлецъ можетъ обременить недвижимость ипотеками. Т. образ. уставъ окончательно порываетъ съ римской традиціей и создаетъ организацію, ближе стоящую къ старой *Aufassung*, чѣмъ позднѣйшей *Besitztitelberichtigung*,—мѣрѣ полицейской, а не цивильной. Уставъ, однако, лишь намѣчаетъ, но не развиваетъ начало легитимации книжнаго собственника, какъ такового, на распоряженіе недвижимостью по книгѣ; для полноты этого начала уставу не достаетъ принципа *fides publica* вотчинной книги, безъ котораго легитимация не имѣетъ практи-

¹⁾ С. с. М. II 2 № XXXIX.

²⁾ § 1.

³⁾ § 2 и 1.

⁴⁾ § 4: „въ интересахъ реального кредита“.

ческаго значенія, въ виду не исключеннаго уставомъ дѣйствія виндикаціи противъ 3-го приобретателя недвижимости. Но уставъ сдѣлалъ уже тотъ вкладъ, что провозгласилъ начало легитимациі книжнаго собственника. Развитие идеи принадлежало будущему. Уставъ не знаетъ и дублицирата собственности.

2. Всякая договорная ипотека подлежитъ записи въ ту же вотчинно-ипотечную книгу, и только тогда она имѣетъ дѣйствіе *h. publica* ¹⁾; — что, по уставу, означаетъ не болѣе, какъ дѣйствительную ипотеку ²⁾.

Генеральная ипотека при записи разлагается на спеціальныя. Но подѣ спеціальной ипотекой уставъ разумѣетъ ипотеку не на отдѣльныя недвижимости, а на весь комплексъ недвижимостей, принадлежащихъ должнику въ округѣ даннаго ипотечнаго установленія. И въ книгѣ каждой недвижимости отводится особая рубрика, гдѣ указываются другія недвижимости, относящіяся къ общему комплексу; равно и въ ипотечномъ свидѣтельствѣ указывается вся сумма долга, лежащая на данномъ комплексѣ недвижимостей ³⁾.

Законная ипотека, въ принципѣ, также подлежитъ записи, чтобы имѣть полную силу, наравнѣ съ прочими записанными ипотеками ⁴⁾. О записи ея иногда заботится само вотчинное установленіе ⁵⁾. Но, не записанныя, онѣ имѣютъ не одинаковое дѣйствіе, въ зависимости отъ ихъ свойствъ, и въ конкурсѣ онѣ иногда конкурируютъ или даже предшествуютъ записаннымъ ипотекамъ и всегда идутъ впередъ частныхъ договорныхъ ипотекъ и личныхъ требованій ⁶⁾.

3. Повидимому, въ духѣ римскаго права, смотрѣвшаго на запись какъ условіе только привилегіи ипотеки, уставъ требуетъ, чтобы соглашеніе объ ипотекахъ содержало *clausula insinuationis* или чтобы стороны обѣ присутствовали при записи ипотеки ⁷⁾. Еще болѣе римское вліяніе сказывается на уставѣ въ регламентаціи *exsertio non num. res.* Запись ипотеки не измѣняетъ отношенія сторонъ къ *exs.*, извѣстнаго римскому праву. Законодатель, въ интересѣ реального кредита, лишь даетъ кредитору совѣтъ — платить валюту въ судѣ или въ присутствіи свидѣтелей, и должникъ и свидѣтели въ подписи на актѣ сдѣлки должны вторично оговорить, что валюта уплачена. Тогда только *exsertio* не допускается ⁸⁾.

4. Уже изъ предшествующаго можно заключить, какъ, все еще мало законодатель заботится объ интересахъ реального кредита. Эта нерѣшитель-

¹⁾ § 5.

²⁾ См. §§ 5 и 202: незаписанная ипотека не имѣетъ въ конкурсѣ никакихъ преимуществъ передъ личными требованіями.

³⁾ § 5.

⁴⁾ § 6: „въ интересахъ реал. кредита“.

⁵⁾ *Eod.*

⁶⁾ § 6; §§ 136, 165, 168—69, 177—78, 192 и друг.

⁷⁾ § 174.

⁸⁾ § 17.

ность законодатель сказывается и въ конкурсномъ правѣ устава, кстати, очень запутанномъ ¹⁾.

5. Уставъ впервые регулируетъ и порядокъ погашенія ипотекъ по книгѣ ²⁾. Онъ старается тщательно урегулировать и внѣшній порядокъ производства въ судахъ по ипотечнымъ дѣламъ, включая содержаніе прошеній.

6. Вообще уставъ отражаетъ уже ту эпоху, когда власть считала своимъ долгомъ опекать гражданъ. Уставъ стремится все предусмотрѣть и предпрѣшить, но онъ дѣлаетъ это крайне безвкусно, казуистично и, въ общемъ, далеко не удовлетворительно.

На практикѣ этотъ уставъ прививался не легче, чѣмъ предшествовашіе ему опыты регулированія вотчинно-ипотечнаго дѣла ³⁾.

§ 36. Судебный уставъ 1748 г. 3 апр.

Этотъ уставъ ⁴⁾, вышедшій уже при Фридрихѣ В., въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ исправилъ какъ режимъ устава 1722 г., такъ даже и режимъ Ландрехта 1721 г. Уставъ дѣйствовалъ на всемъ пространствѣ прусскаго королевства. Уставъ 1748 г., съ одной стороны, усилилъ начало записи ипотекъ, привлекиши къ записи тѣ именно ипотеки, которыя раньше шли впередъ записанныхъ ипотекъ, даже не будучи записаны (ипотека изъ времени, предшествующаго приобретенію недвижимости наличнымъ собственникомъ) ⁵⁾, и причиняли вредъ реальному кредиту, нанося изьянъ и началу публициитета; съ другой же стороны, уставъ 1748 г. ослабилъ начало записи, насколько это не причиняло ущерба публицикету и реальному кредиту, им. допустивъ относительное дѣйствіе негласныхъ ипотекъ (уступаютъ записаннымъ ипотекамъ, но идутъ впередъ личныхъ требованій) ⁶⁾. Кромѣ того, уставъ дѣлаетъ и нѣкоторые другіе успѣхи, менѣе важныя. Конкурсное право судебного устава ⁷⁾ производитъ болѣе выгодное общее впечатлѣніе, чѣмъ конкурсное право Ландрехта 1721 г. и конк.-ипот. устава 1722 г. ⁸⁾.

§ 37. Силезскій уставъ 1750.

Колоссальный шагъ впередъ, оставившій далеко позади себя прежнія мѣры, хотя и служащій ихъ развитіемъ, представляетъ собою Силезскій

¹⁾ См. §§ 132—202.

²⁾ § 11.

³⁾ Декларация 14 іюня 1726 § 2. С. с. М. II 2 № 48: „мѣстами уставъ 1722 г. даже не опубликованъ“. Ср. Dernburg u. H., 10—11 стр.

⁴⁾ „Project des Codicis Fridericiani Marchici“ Berlin 1748. — Однако Силезскій уставъ 1750 г. (ниже) и Дербургъ называютъ его „Codex Fridericianus“.

⁵⁾ § 52 IV ч. IX т. 2 секц.

⁶⁾ § 129—130.

⁷⁾ IV ч. IX тит. II секц.

⁸⁾ Ср. однако Dernburg u. Hinrichs, стр. 12, 13.

ипотечный уставъ 4 август. 1750 г. ¹⁾, вскорѣ распространенный на всю Пруссию ²⁾.

Силезскій уставъ имѣетъ особенно много положеній, сходныхъ, часто дословно, съ уставомъ 1722 г.; но онъ содержитъ еще больше того новыхъ цѣнныхъ началъ, выработанныхъ, видимо, опытомъ ³⁾. Въ общемъ же онъ представляетъ собою первую мѣру, въ которой замѣчается переходъ отъ прежней зачаточной организации вотчинно-ипотечнаго режима, гдѣ мы еще не имѣемъ fides p. вотчинной книги, не имѣемъ защиты 3-го приобрѣтателя отъ виндикацій со стороны материальнаго собственника, — къ современной организации этого режима, характеризуемой fides publica вотчинной книги, легитимацией книжнаго собственника на распоряженіе имѣнемъ по книгѣ и защитой 3-го приобрѣтателя, доврѣяшаго содержанию книги, противъ виндикацій со стороны материальнаго собственника.

1. Органами, призванными завѣдывать новымъ вотчинно-ипотечнымъ дѣломъ, являются по Силезскому уставу, подобно уставу 1722 г., тѣ же судебные органы, которые до того отправляли функции нотаріата или крѣпостнаго установленія. Съ прекращеніемъ этихъ функций имъ вѣрнется организовать новую вотчинно-ипотечную систему ⁴⁾. Базой новой системы являются вотчинно-ипотечныя книги, листы которыхъ, отводимые для каждой недвижимости, имѣютъ табеллярную форму, нѣсколько отличную отъ формы, предписанной уставомъ 1722 г. ⁵⁾.

2. Всякій переходъ собственности, по какому бы то ни было титулу (по сдѣлкамъ между живыми, наследству и т. д.), подлежитъ записи въ эту книгу ⁶⁾. Но эта запись конструируется уставомъ двойственно: съ одной стороны, какъ Besitztitelberichtigung ⁷⁾, т. е. какъ мѣра полицейская, принудительная, нарушение которой грозитъ штрафомъ ⁸⁾; съ другой же — какъ цивильный актъ, какъ способъ приобрѣтенія собственности, родственной Auflassung, — отсюда только запись влечетъ дѣйствительность приобрѣтенія, незаписанное же приобрѣтеніе — ничтожно ⁹⁾. И только записанный владѣлецъ

¹⁾ Allgemeine Ordnung vor das souveraine Hertzogthum Schlesien, wornach die Land u. Hup. — Bücher über unbewegliche Güter zur Sicherheit der Eigenthümer und Creditorum, einzurichten sind, de dato Berlin den 4 Aug. 1750 (IV Continuatio ad. C. c. M. N CIII lit. A).

²⁾ Circulare v. 25 Sept. 1750; IV Contin. ad. C. c. M. N CIII; Rescript v. 8 Juni 1753 (см. Notifications-Patent betreffend die Einrichtung des Justizwesens in den von Preussen in Besitz genommenen polnischen Landen 1772 Sept. 28, IV abschn. n^o 4. у Рабе I. 4, стр. 335, особ. 362).

³⁾ См. также Dernburg u. Н. стр. 13 и сл.

⁴⁾ § 1.

⁵⁾ § 2.

⁶⁾ § 3, 8 и друг.

⁷⁾ § 9, 10.

⁸⁾ § 10: впрочемъ, штрафъ налагается т. на наследниковъ, не заявившихъ въ установленіе въ теч. 1 г.

⁹⁾ § 3.

легитимирется на всякаго рода распоряженія недвижимостью по книгѣ; незаписанный же владѣлецъ не имѣетъ подобной легитимации ¹⁾. И судъ, совершившій запись сдѣлки, исходящей отъ незаписаннаго управомоченнаго, отвѣчаетъ за весь ущербъ, происходящій отъ того для 3-хъ интересентовъ ²⁾.

Все это было болѣе или менѣе извѣстно и прежнимъ мѣрамъ. Но Силезскій уставъ и не ограничился этимъ. Онъ сдѣлалъ значительный шагъ къ началу fides p. вотчинной книги, но не прямо, а прибѣгъ къ обходу, напоминающему среднев. мѣры, принимавшіяся при совершеніи Auflassung. Имъ сама по себѣ запись приобрѣтателя не создаетъ преклюзію притязаній 3-хъ вещно-управомоченныхъ на недвижимость ³⁾. Но записанному приобрѣтателю дается средство придать записи титула неоспоримость и достоверность, какия давала лишь Auflassung и какия въ наше время даетъ только актъ Торренса и лишь отчасти даетъ fides publica прочихъ европейскихъ уставовъ.

Такимъ средствомъ служить по уставу вызывное эдиктальное производство (Edictal-Citation) и слѣдующая за нимъ преклюзія всѣхъ необъявившихся вещныхъ правъ на недвижимость. Когда право или titulus possessionis владѣльца подвержено нѣкоторымъ сомнѣніямъ и владѣлецъ не можетъ устранить этихъ сомнѣній, а между тѣмъ имѣетъ потребность установить на недвижимость ипотеку или распорядиться недвижимостью по сдѣлкѣ, требующей записи, — онъ долженъ совершить вызывное производство черезъ компетентный судъ, по правиламъ Codex Fridericianus, въ отношеніи всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя приписываютъ себѣ право на недвижимость. Благоугодно завершившееся производство это влечетъ преклюзію правъ всѣхъ 3-хъ интересентовъ, кто-бы они ни были. По вступленіи преклюзивнаго приговора въ законную силу исключается всякая реституція ⁴⁾.

¹⁾ § 3, 9.

²⁾ § 3.

³⁾ § 8: „Материальный собственникъ виндицируетъ недвижимость не только у первого записаннаго приобрѣтателя, но и у преемниковъ его“ (когда запись состоялась на основаніи акта, видимо безупречнаго, тогда чиновники не отвѣчаютъ).

⁴⁾ § 5: „...es mag solche Restitution ex capite ignorantiae, absentiae, minorantatis, oder wie es sonst Namen haben nicht werden“; отсутствующій пеняя на себя, что не оставилъ представителя, подочечные — пусть вымѣкиваютъ убытокъ съ опскуновъ. Мотивъ: „...und wann sie dabey zu kurz kommen, die allgemeine Wohlfart Ihrem besondern Nutzen vorziehen, aller massen es besser ist, dasz zuweilen einer durch sein oder eines andern Schuld schaden leide als dasz die Eigenthums-Rechte aller angewandten möglichen Vorsicht unerachtet, in Ungewissheit bleiben“. Только на время войны дѣйствіе вызывнаго производства останавливается по понятнымъ причинамъ, и тогда сомнительность титула отмѣчается въ вотчинной книгѣ. — Вызывное производство совершается со всей тщательностью: спеціальныя повѣстки лицамъ, жительство воихъ извѣстно; вногороднимъ жительство конкъ точно неизвѣстно, посылаются спеціальныя повѣстки по вфройному ихъ мѣсту жительства; заботятся и объ интересѣ отсутствующихъ и малолѣтнихъ. Истецъ присягаетъ, что указавъ всѣ свѣдѣнія объ интересентахъ и другихъ не знаетъ. Публикаціи называютъ точныя имена извѣстныхъ интересентовъ и совершаются черезъ печатъ

Это производство может совершить прежде всего самъ книжный собственникъ; но того же может потребовать отъ книжного собственника и 3-е лицо, вступающее съ нимъ въ сдѣлку о недвижимости ¹⁾.

О вызывномъ производствѣ дѣлается отмѣтка какъ въ вотчинной книгѣ данной недвижимости, такъ и на Hypotheken-Schein, — вотчинномъ свидѣтельствѣ, выдаваемомъ лицамъ, на имя которыхъ въ книгу записано какое-либо вещное право: собственность, ипотека и т. д. ²⁾.

И тогда какъ вотчинная книга, такъ и вотчинное свидѣтельство (H.-Schein) являются достовѣрнымъ указателемъ права лица ³⁾ ⁴⁾.

3. Здѣсь будетъ кстати очертить этотъ институтъ вотчиннаго свидѣтельства являющійся вторымъ огромнымъ успѣхомъ новаго движенія въ области организации вотчинно-ипотечнаго режима, достигнутымъ Силезскимъ уставомъ. По счастливой идеѣ этого устава, вотчинное свидѣтельство привлекается служить орудіемъ вотчиннаго оборота въ большей мѣрѣ, чѣмъ это было до устава. Всѣ третьи лица, заключающія съ записаннымъ лицомъ вещную сдѣлку, если только хотятъ вѣрности послѣдней, настойчиво приглашаются къ ознакомленію съ вотчиннымъ свидѣтельствомъ (H.-Schein) ⁵⁾. Вотчинное свидѣтельство представляетъ полное отраженіе вотчинной книги и объявляется надежнымъ и достовѣрнымъ актомъ, которому публика можетъ довѣряться ⁶⁾. И приобрѣтеніе, совершенное въ довѣрїи къ вотчинному свидѣтельству, вполне гарантируетъ приобрѣтателю всѣ свойства права, которыя въ свидѣтельствѣ означены, т. е. или сомнительность права ⁷⁾, или полную надежность ⁸⁾. Въ этомъ - то послѣднемъ случаѣ Силезскій уставъ и дѣлаетъ шагъ какъ къ будущему внутреннему публицикету, или къ fides publica вотчинной книги, такъ и къ усиленію оборотоваго значенія вотчиннаго свидѣтельства.

Поэтому выдача вотчиннаго свидѣтельства обставлена строгими мѣрами.

Име органы. Истецъ предъявляетъ въ компетентный судъ данныя о совершенномъ имъ вызовѣ ad domum и черезъ газеты, и судъ произноситъ sententiam praecusivam и ее публикуетъ. По вступленіи въ силу sententia pr. доказываетъ titulus p. владѣльца безусловно.

¹⁾ § 3

²⁾ § 8.

³⁾ § 44 и 3: „Sicherheit des Grund- u. H.-Buchs“, то же § 45; особенно же § 11: „Wenn einmahl der Titulus Possessionis ab seiten des Bisitzers in Richtigkeit gesetzt; so ist jedermann, der sich einige Verbindlichkeit und ein dingliches Recht von ihm vorschreiben, und in das H.-Buch eintragen lässt, vor allen andern Creditoren völlig gesichert welchen zwar ein Eigenthums- oder ander dingliches Recht von dem Besitzer constituiert worden, Solches aber entweder gar nicht, oder nicht zur rechten Zeit eintragen lassen“.

⁴⁾ § 8, 33. Доступъ къ книгѣ и непосредственный ея осмотръ тогда еще были неизвѣстны; и вотъ восполненіемъ этого недочета служилъ H.-schein, вотчинное свидѣтельство, которое служило и доказательствомъ права лица, держащаго его. Но до Силезскаго устава H.-schein не имѣлъ достаточнаго развитія.

⁵⁾ § 8, 33.

⁶⁾ Eod.

⁷⁾ § 8.

⁸⁾ § 11.

Судъ не только обязывается совершать таковое съ полной тщательностью и подъ строгой отвѣтственностью ¹⁾, но долженъ еще отобрать отъ просителя рядъ свѣдѣній о его семейномъ положеніи, возможныхъ правахъ его дѣтей отъ 1-го брака, о томъ, не состоитъ-ли онъ опекуномъ и записана-ли на его имущество ипотека по какому случаю ²⁾. Если всѣхъ этихъ свѣдѣній не удастся собрать съ точностью, судъ заботливо отмѣчаетъ это обстоятельство въ вотчинномъ свидѣтельствѣ и этимъ предостерегаетъ контрагента, предоставляя ему самому поиски за дѣйствительной гарантїей, которую представляетъ сдѣлка.

Значеніе вотчиннаго свидѣтельства такъ выдвинуто, что законодатель не дозволяетъ и записи вещнаго права, до выдачи приобрѣтателю вотчиннаго свидѣтельства и до наступленія, такимъ образомъ, возможности ознакомиться контрагенту съ правоотношеніемъ по недвижимости ³⁾. Мало того. Такъ какъ возможно, что и по выдачѣ вотчиннаго свидѣтельства будутъ совершены иныя записи, которыя въ актѣ уже не попадутъ, и которыхъ послѣдующій контрагентъ не будетъ знать, сколько-бы ни разсматривалъ устарѣлое вотчинное свидѣтельство, то и предписывается, чтобы въ письменной сдѣлкѣ, совершенной на основаніи осмотра вотчиннаго свидѣтельства, передавалось и содержаніе послѣдняго и число выдачи его. Вмѣстѣ съ тѣмъ судъ записываетъ въ вотчинный протоколъ и книгу приложеній (Beylags-Buch) какъ отмѣтку о выдачѣ свидѣтельства, такъ и копію его. И когда какаа-либо сдѣлка представляется къ записи, судъ свѣряетъ имѣющуюся у него копію съ копіей, приложенной при прошеніи. Если окажется, что должникъ на основаніи той же вотчиннаго свидѣтельства совершаетъ уже не первую сдѣлку, напр. устанавливаетъ уже не первую ипотеку, судъ это вскрываетъ и сообщаетъ контрагенту объ измѣнившемся правоотношеніи по имѣнью. Контрагентъ воленъ и отступить отъ сдѣлки ⁴⁾. Чтобы окончательно упрочить обезпеченность оборота, законодатель не допускаетъ и записи сдѣлки, къ которой не приложена хотя копія съ вотчиннаго свидѣтельства ⁵⁾. Такъ должникъ лишенъ всякой возможности обмануть кредитора насчетъ истиннаго положенія правоотношенія по недвижимости. Только законныя ипотеки составляютъ понятное исключеніе: онѣ заносятся до изготовленія вотчиннаго свидѣтельства и тотчасъ, какъ только выяснится, какимъ путемъ недвижимость дошла къ владѣльцу и что она записана на него ⁶⁾.

4. На-ряду съ правомъ собственности, записи подлежатъ и цѣлый рядъ другихъ вещныхъ правъ, повинностей и правомочій, которыя иначе было-бы трудно распознать 3-му лицу, но которыя, въ то же время, имѣютъ значеніе для реального кредита, такъ какъ въ той или иной степени они вліяютъ на

¹⁾ § 33.

²⁾ § 35, въ связи съ §§ 29, 30.

³⁾ § 36.

⁴⁾ § 38.

⁵⁾ § 33. Эта роль H.-Sch. напоминаетъ идею Акта Торренса.

⁶⁾ § 37.

высоту цѣны имѣнія ¹⁾). Такими уставъ признаетъ: собственность, которую предшественникъ настоящаго собственника предоставилъ себѣ на случай неплаты ему полностью цѣны недвижимости (*dominia reservata*) ²⁾, фамильный фидеикомиссъ, майоратъ ³⁾, всѣ *opera realia*, какъ-то: *canones*, *annui redditus* и проч. ⁴⁾, всѣ личные сервитуты ⁵⁾, *cautiones*, установленныя служащими, въ распоряженіи которыхъ имѣются денежные суммы (*Rechnungs-Bediente*), и арендаторами, на свои недвижимости или на недвижимости поручившихся за нихъ лицъ ⁶⁾; далѣе, *cautiones* опекуновъ по поводу веденія ими опеки ⁷⁾; наконецъ, *Erb-Gelder* ⁸⁾. На ряду съ главной сдѣлкой заносятся и побочныя волеопредѣленія, разъ стороны желаютъ придать имъ вещную природу; сюда, по уставу, относятся: *rustum addictionis in diem*, *juris protimiseos*, *retroventitionis* и проч. ⁹⁾. И въ этихъ случаяхъ запись обуславливаетъ дѣйствительность титула; незаписанный титулъ не имѣетъ вещнаго дѣйствія ¹⁰⁾.

Наоборотъ, изъ экономіи труда и для легкой обозримости вотчиннаго акта, отъ записи освобождаются такія вещныя права и повинности, которыя или легко распознаются и безъ записи, или сами собою разумѣются по правовому строю страны или, наконецъ, не имѣютъ значительной экономической цѣнности и не опасны для реального кредита. Такими уставъ признаетъ: реальные сервитуты и общеобязательныя повинности и обязанности, какъ: контрибуціи, повинности, ленныя *canones*, платежи, слѣдующіе съ крестьянскихъ земель въ пользу ихъ *Obrigkeit*, платежи съ городскихъ домовъ—въ пользу магистрата; наконецъ платежи въ пользу церкви и причта ¹¹⁾.

5. Ипотeki всякаго рода: спеціальныя и генеральныя, договорныя и законныя подлежатъ непременно записи въ ипотечную книгу ¹²⁾. Замѣчательно, что и Силезскій уставъ конструируетъ записи по исконной романистической традиціи не какъ способъ возникновенія, а какъ условіе привиллегіи, хотя эта привиллегія означаетъ теперь простую дѣйствительность, ибо незаписанная ипотека имѣетъ по уставу ограниченное дѣйствіе. Тутъ, поэтому, мы имѣемъ интересный случай того историческаго явленія, когда привилегія становится общей нормой и все еще выдается за привиллегію. Законодатель, поступая такъ, предоставляетъ самой жизни оцѣнить свою норму и произнести надъ нею свой приговоръ; нельзя не отдать этой тактикѣ законодателя дань уваженія.

¹⁾ § 12—30.—Не личныя обязательства, § 13.

²⁾ § 14.

³⁾ § 15.

⁴⁾ § 21.

⁵⁾ § 22.

⁶⁾ § 24.

⁷⁾ § 30.

⁸⁾ § 25. 26—30.

⁹⁾ § 19, § 18.

¹⁰⁾ § § 19, 21, 22 и друг.

¹¹⁾ § 23.

¹²⁾ § 16, 17, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 и друг.

Генеральная ипотека *ipso jure* разумѣется теперь какъ ипотека на недвижимость, ибо право на движимость не подлежитъ записи въ вотчинную книгу. При записи, естественно, она разбивается на рядъ спеціальныхъ ипотекъ. Запись должна быть совершена на всѣ недвижимости должника; но когда послѣдовала правильно запись на одну недвижимость, записи на прочія недвижимости упрощаются ¹⁾.

Всякаго рода незаписанныя ипотeki уступаютъ всякаго рода записаннымъ. Тѣмъ не менѣе и онѣ дѣйствительны и въ конкурсѣ онѣ занимаютъ мѣсто выше личныя требованія, именно ипотeki располагаются тамъ по правиламъ *Codex Fridericianus* ²⁾.

Такъ какъ начало записи (законныхъ) ипотекъ проводится теперь съ полной силой, то уставъ и заботится о томъ, чтобы обезпечить запись законныхъ ипотекъ въ интересѣ тѣхъ лицъ, которыя сами не могутъ позаботиться о себѣ; уставъ вводитъ ответственность управителей, опекуновъ, родственниковъ и въ некоторыхъ властей, обязанныхъ заботиться о записи такихъ ипотекъ,—за нерадѣніе ³⁾.

Уставъ дѣлаетъ шагъ къ спеціалитету суммы требованій, по крайней мѣрѣ, при договорныхъ ипотекахъ ⁴⁾; впрочемъ, шагъ слабый, такъ какъ отъ спеціализаціи суммы не зависитъ по уставу ни совершеніе записи, ни дѣйствительность ипотеки, по крайней мѣрѣ законной и кауціонной ⁵⁾.

6. Силезскій уставъ впервые вводитъ институтъ отъѣтокъ на случай, когда почему-либо не можетъ быть еще совершена самая запись права. Интересентъ предъявляетъ тогда свою *Practensio* суду и проситъ, чтобы, пока не созрѣетъ его отношеніе къ недвижимости настолько, чтобы оно могло быть записано, судъ ничего не дѣлалъ въ ущербъ ему по ипотечной книгѣ данной недвижимости. Этотъ актъ называется *protestatio*. Судъ заноситъ протестативную отъѣтку какъ въ вотчинную книгу, такъ и въ вотчинное свидѣтельство (*H.-Schein*). Протестативная отъѣтка сохраняется за протестантомъ приоритетъ, принадлежавшій ей по ипотечной книгѣ. И если кто-либо приобрететъ потомъ право на недвижимость, это право уступаетъ праву протестанта, разъ только послѣднее получитъ полную зрѣлость ⁶⁾. Но и этотъ институтъ въ уставѣ имѣетъ лишь самую зачаточную форму; въ немъ еще смѣшаны элементы отъѣтокъ различнаго значенія, обособившихся позднѣе.

7. Цессіи и залогомъ записанныхъ въ ипотечную книгу правъ совершаются отъѣткой на подлинныхъ актахъ сдѣлокъ, совершенныхъ объ этихъ правахъ. Но законъ рекомендуетъ цессіонарію и залогодержателю записывать и указанныя сдѣлки въ ипотечную книгу, такъ какъ записанные въ книгу

¹⁾ § 11: и удешевляется.

²⁾ § 44 i. f.

³⁾ § 44.

⁴⁾ § 22 и таблица вотч. листа.

⁵⁾ § 32 и всѣ §§, трактующіе о законныхъ или кауціонныхъ ипотекахъ.

⁶⁾ § 32.

управомоченные, при всякомъ событіи, касающемся судьбы записаннаго права, извѣщаются о томъ лично (ad domum), напр. при вызывномъ производствѣ, незаписанные же управомоченные вызываются только публикаціями; первое же для управомоченнаго удобіе второго. Въ случаѣ, когда цессія, залогъ и т. д. записаннаго права не записаны, о судьбѣ права извѣщается цедентъ, какъ лицо, значащееся по книгѣ управомоченнымъ. Выгода записей цессій и залоговъ записаннаго права сказывается и при погашеніи записаннаго права. Погашеніе это можетъ послѣдовать дѣйствительнымъ образомъ и безъ представленія долгового документа, на основаніи квитанціи, выданной записаннымъ кредиторомъ, и мортфикаціоннаго акта ¹⁾, что кредиторъ можетъ въ зломѣренномъ соглашеніи съ должникомъ сдѣлать въ ущербъ цессіонарію.

8. Уставъ тщательно регулируетъ и погашеніе записанныхъ въ книгу ипотекъ. Для погашенія договорной ипотеки представляется съ этой цѣлью подлинный актъ сдѣлки, служащій титуломъ ипотеки, съ означенной на немъ раньше отмѣткой о записи ипотеки, а вмѣстѣ съ тѣмъ и квитанція кредитора объ удовлетвореніи его, если только не самъ кредиторъ требуетъ погашенія ипотеки ²⁾.

Если подлинный актъ сдѣлки утраченъ, кредиторъ получаетъ копію съ него изъ книги протоколовъ и совершаетъ о подлинномъ актѣ мортфикаціонное производство, удостовѣреніе о чемъ и помѣщается подъ указанной копіей. На основаніи этихъ актовъ и слѣдуетъ въ такомъ случаѣ погашеніе ипотеки. Но суду предоставляется, по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая, погасить ипотеку и безъ мортфикаціи ³⁾.

Если кредиторъ не заявляетъ о себѣ, погашеніе совершается въ порядкѣ адиктальнаго производства и преклюзивнаго приговора ⁴⁾.

Законныя ипотеки погашаются всякій разъ по совершеніи управомоченными или обязанными по нимъ мѣропріятій, соответствующихъ случаю и доказывающихъ фактъ прекращенія основанія ипотеки ⁵⁾.

Въ конкурсѣ и ликвидаціи всѣ записанныя ипотеки погашаются тотчасъ, какъ только пріобрѣтатель уплатить цѣну за имѣніе. Въ этотъ моментъ утрачиваютъ свое значеніе и всѣ курсирующія ипотечныя свидѣтельства. Въ виду того, что истребованіе ихъ къ моменту погашенія равнялось бы часто вѣчной отсрочкѣ дѣйствія продажи съ торговъ недвижимости, законъ и не требуетъ для погашенія ипотекъ по книгѣ предъявленія ипотечныхъ свидѣтельствъ въ вотчинное установленіе. Для этого достаточно, чтобы покупатель представилъ въ вотчинное установленіе подлинное удостовѣреніе о преклюзіи незаявленныхъ ипотечныхъ правъ, объ адьюдикаціи недвижимости и квитанцію о взносѣ цѣны за недвижимость, наконецъ удостовѣреніе конкурснаго суда о томъ, что кредиторы отпадаютъ, права ихъ и акты пога-

1) § 32.

2) § 40: подробности производства.

3) § 41.

4) § 42.

5) § 43.

шены. Такимъ образомъ въ конкурсѣ требуется совершеніе вызывнаго производства ипотечныхъ кредиторовъ, на общемъ основаніи ¹⁾.

Но если уставъ такъ тщательно регулируетъ производство погашенія, то онъ вовсе не затрогиваетъ важнаго вопроса о матеріальномъ значеніи погашенія, именно о томъ, остается-ли непогашенная ипотека существовать, когда отпало матеріальное основаніе для существованія ея. И рѣшеніе этого вопроса принадлежало будущему.

9. Высшая сторона дѣла, порядковъ производства и организація вотчинныхъ установленій также урегулированы уставомъ со всей педаггичностью, характеризующей памятники той эпохи. Я уже выше указывалъ, что вотчиннымъ установленіемъ является судъ 1-ой или 2-ой инстанціи. Коллегія судебная и руководитъ всѣмъ дѣломъ; выполняетъ же ея постановленія регистраторъ-секретарь ²⁾. Кромѣ главной основы оборота, вотчинной книги, заслуживаетъ упоминанія еще извѣстная уставу Protokoll-Buch, содержащая полную картину какъ всего хода сдѣлки въ вотчинномъ установленіи, такъ и всѣхъ подробностей правоотношенія, сущность коего отражаетъ вотчинная книга. Эта книга является остаткомъ прежней нотаріальной или крѣпостной системы, но она необходима при экстрактивномъ содержаніи вотчинной книги ³⁾. Наконецъ ведутся еще акты, составленные изъ засвидѣствованныхъ копій съ подлинныхъ документовъ и собранные въ тетради за №.№. На эти акты экстрактивная запись вотчинной книги и дѣлаетъ ссылки ⁴⁾. Но и тутъ уставъ не рѣшаетъ важнаго вопроса о томъ, чему стороны должны довѣрять, когда вотчинная книга и акты разногласятъ.

Общій ходъ производства совершенно подобенъ вышеочерченному производству въ вотчинныхъ установленіяхъ специально-ленныхъ имѣній. Разница только та, что въ высшій судъ дѣло предъявляется съ письменнымъ прошеніемъ; въ низшихъ же судахъ допускается и устная просьба ad protocollum. Просьба должна специфицировать недвижимость ⁵⁾.

10. Уставъ развиваетъ ученіе объ отвѣтственности вотчиннаго установленія за его дѣйствія, не только дисциплинарной, но и имущественной ⁶⁾.

11. Уставъ занимается легалитетомъ; установленіе изслѣдуетъ съ высшей стороны правомѣрность сдѣлки; но иквизиціоннаго изслѣдованія сдѣлки уставъ еще не вводитъ ⁷⁾.

12. Вообще уставъ этотъ затрогиваетъ, хотя и не рѣшаетъ, всѣ вопросы, кругъ которыхъ составилъ позднѣе содержаніе развитыхъ вотчинно-ипотечныхъ системъ ⁸⁾.

1) § 42.

2) § 39, 45.

3) § 39.

4) § 9.

5) § 9, 34, 38, 39 и друг.

6) § 3, 8, 33, 34.

7) § 8.

8) „Уставъ обработанъ образованнымъ юристомъ. Концепіемъ, сумѣвшимъ раз-

§ 38. Corpus juris Fridericiani 1751.

Тѣмъ болѣе странно, что появившаяся вскорѣ за Силезскимъ уставомъ кодификація Corpus juris Fridericiani ¹⁾ носитъ всецѣло романтическій обликъ, подъ фирмой естественнаго права. Кодификація эта совершенно игнорируетъ новое теченіе въ организаціи оборота недвижимостей, столь глубоко уже захватившее право ²⁾. Въ нормахъ, вновь возникшихъ путемъ специальныхъ законовъ, все еще хотѣли видѣть простыя формальныя опредѣленія, не затрагивающія основъ матеріальнаго права ³⁾. Это было, однако, уже не вполне вѣрно, такъ какъ вотчинно-ипотечная система въ той или иной мѣрѣ проникла матеріальное право, хотя еще и слабо.

1. Кодификація 1751 г. провозглашаетъ способомъ пріобрѣтенія собственности традицію ⁴⁾ и ни словомъ не обмолвилась о необходимости записи пріобрѣтательной сдѣлки въ ипотечную книгу.

2. Въ ученіи же о залогѣ кодификація покинула даже римскую точку зрѣнія и утвердилась на идеѣ естественнаго права. Такъ, кодификація резонируетъ, что servitus и pignus по своей природѣ суть только личныя обязательственныя отношенія. Кредиторъ можетъ требовать залогъ съ цѣлью отчужденія его собственно только отъ должника. Съ утратой послѣднимъ владѣнія, только должникъ въ правѣ виндицировать залогъ отъ 3-го лица; впрочемъ, онъ можетъ цедировать свой искъ залоговому кредитуру. И лишь во избѣжаніе этой сложной процедуры естественное право идетъ на компромиссъ съ жизнью и даетъ вещный искъ залоговому кредитуру ⁵⁾. Но чтобы связать дѣйствительность залога записью его въ ипотечную книгу,—этого естественное право уже не хочетъ и знать.

Въ конкурсѣ отношеніе залоговыхъ правъ регулируется нормами Codex Fridericianus ⁶⁾.

§ 39. Послѣдующія мѣры, направленныя на укрѣпленіе новаго строя, и толкованіе новыхъ началъ.

1. При такихъ колебаніяхъ въ самомъ законодательствѣ, не удивительно, что новый вотчинно-ипотечный режимъ прививался къ жизни крайне медленно. Даже въ коренныхъ областяхъ Пруссіи, какъ Марки, оказывается, что къ 1763 г. новыя системы дѣйствовали слабо, и не только въ примѣненіи къ недвижимостямъ, подчиненнымъ общему праву, но и въ примѣненіи

въ институтъ съ помощью своей юрид. школы послѣдовательно и обстоятельно, Dernburg u. H. стр. 15.

¹⁾ Halle. 1751. обработана тѣмъ же Коцкейемъ.

²⁾ Невольно вспоминается прежнее замѣчаніе о томъ, какъ и почему кодификація не благоприятствовала развитію новыхъ правовыхъ идей.

³⁾ См. Dernburg u. Hinrichs, 15 стр.

⁴⁾ P. II lib II tit V art. 10.

⁵⁾ P. II lib. V tit. II § 9, 2 и 3.

⁶⁾ P. II l. V tit. V.

къ аллодифицированнымъ ленамъ. И законодателю пришлось въ этомъ году повторить прежнія мѣры, направленныя на созданіе новаго вотчинно-ипотечнаго режима, и даже установить новый срокъ для окончательнаго осуществленія ихъ на практикѣ, им. 1764 г. ¹⁾.

Тѣмъ менѣе имѣли распространенія эти мѣры въ другихъ частяхъ государства. По крайней мѣрѣ, для нѣкоторыхъ областей вотчинно-ипотечная система впервые организуется на новыхъ началахъ (чаще на началахъ Силезск. уст.) лишь въ 70-хъ и 80-хъ годахъ прошлаго столѣтія. До тѣхъ же поръ, какъ видно изъ соответствующихъ законовъ, тамъ или вовсе не было никакихъ книгъ, или были, но неудовлетворительныя ²⁾.

II. „Однако, въ Берлинѣ неустанно работали дальше“ ³⁾. И въ дополненіе къ Силезскому уставу появилась масса законовъ, чаще всего подтверждающихъ и истолковывающихъ его смыслъ ⁴⁾. Особенный историческій интересъ представляетъ Rescript an das hiesige Pupillen-Collegium v. 12 Iuli 1767, содержащій отвѣтъ правительства на 2 запроса опекунской коллегіи; больше интересенъ не рескриптъ, повторяющій идеи Силезскаго устава и даже идеи естественнаго права, а очерченные въ немъ вопросы коллегіи, очевидно подсказанные самой жизнью.

Коллегія спрашиваетъ: 1) нельзя-ли ограничиться при отдачѣ въ заемъ денегъ, принадлежащихъ малолѣтнимъ, довѣріемъ къ ипотечной книгѣ, и не трудиться изслѣдовать самому правильность титула записаннаго владѣльца, такъ какъ это не всегда можно сдѣлать съ успѣхомъ, и нельзя-ли въ этомъ смыслѣ измѣнить § 8 Силезск. устава, который исключаетъ fides

¹⁾ Edict. v. 4 Aug. 1763. §§ 1—19. Rabe, Sammlung Preuss. Ges. u. VGen. I 2. стр. 547. Ср. Dernburg u. H. § 2.

²⁾ См. для Магдебурга—Magdeburgsches Justiz-Aemter Reglement v. 26 May 1770 и Instruction (прил. С.) у Rabe, I 4 стр. 24 и сл.; для Вост. Пруссіи: 1) Reglement für die Magistrate der Königl. Westpreuss. Städte v. 13 Sept. 1773, tit. VII sect. II Abth. 1, D. у Rabe, I 5, стр. 346, особ. 402; 2) Instruction. für die Patrimonialgerichte in Westpreuss. v. 21 Sept. 1773. tit. 3 Sept. 3 у Rabe, I 5, стр. 547, особ. 575.—Для Cleve, Meuren u. Märkische Länder-Reglement für die Rathengerichte im Clevischen, Meurschen n. Märkischen Ländern v. 20 Dec. 1779, особ. §§ V, VI, VIII, IX, X, у Rabe, I 6, стр. 427.

³⁾ Dernburg u. H. стр. 16.

⁴⁾ Это именно: Rescript. v. 9 Mz. 1752 (Novum Corpus c. M. N 12, Nachtrag); Rescr. an die Cöslinische Hof.-Gericht v. 16 Oct. 1755 и Rescr. an die Pommernsche Regierung v. 24 Nov. 1755 (eod. № 93); Resolution an den Teckelenburgischen Land-Richter Meyer... v. 19 Mz 1756 (eod. № 50); Rescript v. 28 May 1762 (eod. № 23); Rescr. an die Pup.-Collegium zu Cöslin v. 13 Sept. 1763 (eod. № 60); Rescr. an das Cammer-Ger. v. 3 Sept. 1765 (eod. № 87);—Rescr. an die Glogauische Ober-Amts-Regier. v. 22 Mz. 1766 (eod. № 31); Rescr. an das hies. Pup.-Colleg. v. 12 Iuli 1767 (eod. № 50); Rescr. an die Pommern. Regierung v. 13 Iuli 1767 (eod. № 51), cum Annexo v. 18 Nov. 1752; Rescr. an die hiesige Stadt-Gerichte v. 12 F., 1770 (eod. № 20). См. также Noifications-Patent betreffend die Einrichtung des Justizwesens in den von Preussen in Besitz genommenen polnischen Landen, IV Abschn. п. 4. у Rabe, I 4 стр. 335, особ. 362 и слѣд.—Всѣ эти законодательные акты разъясняютъ значеніе Силезскаго устава, не выходя изъ круга идей, намъ уже очерченныхъ при изложеніи устава.

publica ипотечной книги, кроме 2-х случаев: 1) случай, когда состоялся о титулѣ владѣльца преклюзивный приговоръ, послѣдовавшій за вызваннымъ производствомъ интересентовъ, и 2) случай, когда данный владѣлецъ приобрѣлъ недвижимость съ публичнаго торга. Другими словами, коллегія проектируетъ ввести fides publica вотчинной книги, по крайней мѣрѣ для ипотеки, принадлежащихъ недѣеспособнымъ. 2) Съ другой стороны, предлагалось свободнѣе относиться къ свидѣтельству актовъ-сдѣлокъ и не требовать непременно судебного совершенія акта, подлежащаго записи.

Рескриптъ отвѣчаетъ на второй вопросъ приблизительнымъ согласіемъ, хотя повторяетъ въ концѣ-концовъ тотъ же уставъ 1750 г.

Но на первый вопросъ рескриптъ даетъ отрицательный отвѣтъ и мотивируетъ его отчасти ссылками на разумъ устава 1750 г., по которому при первоначальной записи правъ титулы не подлежатъ настолько строгой оцѣнкѣ, чтобы данные вотчинной книги провозгласить за непогрѣшимыя, отчасти же крайне неудачными общими соображеніями, им. въ духѣ естественнаго права. Изъ этихъ послѣднихъ соображеній мы видимъ, какъ далеко въ то время (1757) законодатель былъ отъ идеи publica fides вотчинно-ипотечной книги и какъ вредно вліяли идеи естественнаго права на развитіе положительнаго права, регулирующаго вотчинный оборотъ. Перемена § 8, говоритъ рескриптъ, или иное пониманіе § 8, чѣмъ то, которое ясно изъ его словъ, непрактично. Ius commune и „первоначальныя основы права“ требуютъ, чтобы никто не могъ переносить на другое лицо больше правъ, чѣмъ самъ имѣетъ на вещь. Чего лицо само не имѣетъ, того оно и перенести не можетъ. Отсюда, въ частности, тотъ, кто хочетъ приобрести надежное обезпеченіе кредита въ формѣ ипотеки, долженъ самъ удостовѣриться въ томъ, что установитель ипотеки имѣетъ на то право. Законъ даетъ достаточныя указанія на то, какими способами лицо приобретаетъ дѣйствительное право, titulum и собственность на недвижимость. Но чтобы простой фактъ записи таковыхъ въ книгу по указанію владѣльца и чтобы вѣрное или невѣрное сужденіе вотчиннаго чиновника о наличии въ томъ или другомъ случаѣ права или отсутствіи его признать за рѣшеніе вопроса о правѣ, исключющее всякое возраженіе, уничтожающее все, самыя основательныя, права 3-хъ лицъ, совершенно и не выслушанныхъ,—это уже не предвидитъ ни одинъ законъ, хотя и предписываетъ соблюдать при записи правъ всю осторожность и предусмотрительность. Если же черезъ одинъ простой фактъ записи имѣнья на иное лицо, чѣмъ настоящій управомоченный, не можетъ погаснуть право 3-го лица на недвижимость, то кредиторъ, который хочетъ ссудить владѣльцу деньги подъ недвижимость съ полной гарантіей, долженъ обращаться не только къ записи, но и къ самоличному изслѣдованію вопроса о томъ, на самомъ ли дѣлѣ записанное право владѣльца и titulus possessionis правомѣрно и принадлежатъ записанному владѣльцу. Да это начало и не новое (ссылка на уставъ 1722 г.). Оно лишь дополнено въ Силезскомъ уставѣ указаніемъ на средства, служащія выясненію права записаннаго владѣльца. Ни книга, ни чиновникъ отъ него не теряютъ довѣрія. Получается даже выгода, такъ

какъ возможная ошибка, допущенная при записи, потомъ вскрывается; отъ этого только кредиторъ будетъ дѣйствовать осторожнѣе и въ сомнительныхъ случаяхъ не откроетъ кредита; чиновникъ будетъ дѣйствовать осторожнѣе при совершеніи записи, и собственники поспѣшатъ выполнить формальности, которыя ставятъ ихъ право вѣ сомнѣній.

Коллегія судить въ общей формѣ и не хочетъ прислушаться къ голосу справедливости, отъ того и приходитъ къ выводу, будто лучше, чтобы страдалъ тотъ, кто не позаботился внести свое jus reale въ ипотечную книгу, чѣмъ тотъ, кто довѣряется ипотечной книгѣ. Но коллегія не подумала о самыхъ частыхъ случаяхъ, когда лицо безъ всякой вины не успѣваетъ записать свое лучшее право раньше другого, имѣющаго худшее право и выдающаго послѣднее за titulus. Но въ этихъ случаяхъ было бы несправедливо безо всякой вины со стороны управомоченнаго лишать его права только потому, что другой предупредилъ его записью. Невѣрно, поэтому, и слишкомъ далеко заходить усвоенное коллегіей начало, что общее благо должно торжествовать надъ пользою отдѣльныхъ лицъ, что иногда лучше отдѣльное лицо должно терпѣть по своей или чужой винѣ, чѣмъ если все права собственности останутся нетвердыми, несмотря на все предосторожности. Если Силезскій уставъ и самъ руководится этими соображеніями (§ 35), то онъ все не заходитъ такъ далеко, какъ коллегія, и ограничивается лишь тѣми случаями, гдѣ имѣются на лицо все основанія къ тому, чтобы вѣнать въ вину упущеніе или самому управомоченному, или его представителю. Да и не составляетъ большого труда предпринять въ сомнительныхъ случаяхъ вызванное производство.

Предложеніе коллегіи, придать вотчинной книгѣ fides publica, интересно тѣмъ, что указываетъ, гдѣ и какъ зарождалась и назрѣвала важнѣйшая особенность современнаго вотчинно-ипотечнаго режима. Она назрѣвала въ головѣ практиковъ-юристовъ, при отправленіи ими живаго дѣла правосудія,—въ то время, когда кабинетная юриспруденція разбиралась въ рецептахъ естественнаго права, оставаясь глухой къ потребностямъ живой дѣйствительности. И если предложеніе коллегіи на этотъ разъ не было принято,—то идея его была положена въ основу ипотечнаго режима въ первой же ближайшей къ нему кодификаціи,—прусскомъ Ландрехтѣ 1794 г.

ГЛАВА II.

Новое движеніе въ Мекленбургѣ.

Въ Мекленбургѣ правообразованіе шло издавна и вплоть до нашего времени тремя развѣтвленіями: 1) право городовъ, 2) право рыцарскихъ имѣній, 3) право крестьянскихъ имѣній. И вотчинно-ипотечный режимъ развивался особо и самостоятельно для каждой категоріи недвижимостей. Потому и намъ необходимо прослѣдить ходъ правообразованія для каждого круга недвижимостей.

§ 40. Право Мекленбургских городов.

Мы видели, какого развитого состояния достигло ко времени рецессии право Мекленбургских городов в области регулирования вотчинного оборота; видели затѣмъ, какое упорное сопротивление оказало мѣстамъ это право римскому вліянію, и съ какимъ переменнымъ счастьемъ оно боролось съ послѣднимъ вліяніемъ, и какъ въ концѣ-концовъ получилась тройкая организация вотчинно-ипотечнаго режима: 1) въ однихъ городахъ римское право повлекло полное устраненіе вотчинныхъ книгъ; 2) въ другихъ — романизацию вотчинныхъ книгъ; 3) въ 3-хъ, число которыхъ наименѣе значительное, — національныя организации удержались въ относительно большей степени.

1. Видимо, эта послѣдняя и служила исходнымъ пунктомъ для новаго движенія въ правѣ вотчинно-ипотечнаго оборота, когда въ 1748 г. Мекленбургскіе города входят съ представленіемъ (Städtisches Gravamen) къ Мекленбургъ-Шверинскому герцогу, въ которомъ и просятъ объ организаціи въ городахъ правильныхъ ипотечныхъ книгъ, могущихъ служить надежной основой всего вотчинно-ипотечнаго оборота¹⁾. Однако, ходатайство городовъ смотритъ на запись ипотекъ съ романистической точки зрѣнія, лишь развитой настолько, насколько требуютъ интересы реального кредита: всѣ ипотекы, договорныя и законныя, должны записываться въ ипотечныя книги и, безъ различія ихъ основаній, пользоваться приоритетомъ по моменту записи; но запись не есть способъ возникновенія ипотекы, и незаписанныя ипотекы дѣйствительны, — только уступаютъ въ конкурсѣ всѣмъ записаннымъ ипотекамъ. О записи переходовъ собственности города не хлопочутъ, скорѣе всего, потому, что запись эта практиковалась и безъ того въ большинствѣ городовъ, тогда какъ запись ипотекъ и по національному германскому праву не всегда требовалась, а въ эпоху рецессии римскаго права тѣмъ болѣе пришла въ упадокъ. Послѣдовавшія отъ негласности ипотечныхъ отношеній неблагопріятныя условія реального кредита и заставили города войти къ герцогу съ представленіемъ. Герцогъ одобрилъ предложенія городского ходатайства и повелѣлъ принять мѣры къ исполненію его²⁾.

2. Въ послѣдовавшемъ вскорѣ затѣмъ основномъ Мекленбургъ-Шверинскомъ законѣ Landes-Grundgesetzlicher Erbvergleich v. 18 Apr. 1755³⁾ вотчинно-ипотечная система разрѣшается уже на болѣе широкихъ началахъ. § 371 этого законодательнаго акта повторяетъ дословно одобренныя герцогомъ предложенія городовъ отъ 1748 г., а § 372 провозглашаетъ средне вѣковую Auflassung для переходовъ собственности, правда, романизованную. Нигдѣ

1) Sammlung aller für das Gr.-Herz. Meckl.-Schw. gültigen Land-Gesetze. Wismar. 1834. I, стр. 214. Herzogliche Resolutionen v. 21 Dec. 1748. Angelegenheiten der Städte in den Herzogthümern Schwerin u. Güstrow. Gravamen § 34.

2) Тамъ же, противъ § 34 находится и отзывъ Герцога.

3) То же изданіе, стр. 217.

тутъ, однакоже, мы не замѣчаемъ, чтобы вотчинно-ипотечная книга получила и fides publica, каковой пользовалась въ ср. вв.¹⁾.

3. Въ началѣ 19 ст., им. въ Vg. v. 31 Mz. 1812²⁾, дается автентическое толкованіе Erbvergleich 1755 г. Во введеніи къ Vg. 1812 г. говорится, что начала, установленныя въ Erbvergleich 1755 г. оказываются недостаточными для устраненія споровъ, единообразія судебныхъ рѣшеній и полнаго обезпеченія кредиторовъ, довѣрившихся записи. Отъ этого реальный кредитъ горожанъ все еще страдаетъ. При совершеніи Verlassung рѣдко обращаютъ вниманіе на то, сколько переходитъ изъ имѣнія въ собственность новаго пріобрѣтателя недвижимости и сколько остается у продавца; отсюда, послѣдующіе кредиторы обманываются насчетъ цѣнности пріобрѣтаемой ими ипотеки и ея преимуществъ, получая описанія несуществующихъ вовсе имѣній. Далѣе, даже при правильно совершонной Verlassung, имѣнія часто отсуждаются въ цѣломъ или части, и тогда не совершаютъ погашенія прекратившихъ оттого свое существованіе ипотекъ, а новѣйшихъ кредиторы лица, утратившаго съ отчужденіемъ долю имѣнія, не оповѣщаютъ, такъ что эти кредиторы думаютъ, что они все еще имѣютъ ипотеку на цѣлую недвижимость. Все это порождаетъ безконечныя споры между собственниками, адъюдикатаріями и наличными ипотечными кредиторами, — споры, которые при строгомъ примѣненіи Erbvergleich 1755 г. вовсе не должны были бы имѣть мѣста. Но не только между этими лицами, а и между записанными въ книгу кредиторами не рѣдки споры о приоритетѣ. Въ виду этого и предпринимается автентическое толкованіе Erbvergleich § 371 слѣдующаго рода: § 1) Всѣ записанныя кредиторы предпочитаютъ всѣмъ незаписаннымъ; между записанными приоритетъ опредѣляется исключительно моментомъ записи; моментъ возникновенія ипотеки не имѣетъ значенія для приоритета ни въ какомъ случаѣ. § 2) Reservatio domini третирруется впредь какъ ипотека. Не записанная reservatio d. имѣетъ значеніе чисто личнаго требованія, (наряду со всѣми незаписанными ипотеками). § 4, 5) Адъюдикація недвижимости дѣйствительна только съ момента записи въ вотчинную книгу, (тѣмъ болѣе добровольное отчужденіе недвижимости). Адъюдикація отмѣняетъ всѣ ипотекы. Вотчинное установленіе настойчиво приглашается отмѣнять это дѣйствіе адъюдикаціи въ вотчинной книгѣ, для чего устанавливается связь этихъ установленій съ судами.

Съ этого времени мы замѣчаемъ, какъ и судебная практика начинаетъ держаться твердо началъ Erbvergleich 1755 и Vg 1812. Въ то время какъ въ эпоху рецессии, по свидѣтельству Мейюса и Торновіуса, судъ въ сферѣ дѣйствія Любекскаго права, усвоеннаго и другими Мекленбургскими горо-

1) Meibom. Das Meckl. HR., стр. 7, склоненъ думать иначе, хотя у него же, стр. 8, мы встрѣчаемъ замѣчаніе, что и въ эпоху Erbvergleich не было недостатка въ лицахъ, смотрѣвшихъ на вотчинно-ипот. систему съ т. зр. римской (правит. комиссаръ Radloff). Наконецъ изъ VOG v. 13 Mai 1812 (наже) видно, что иногда и Verlassung третировали въ римскомъ духѣ, а тѣмъ болѣе запись ипотекъ.

2) Raabe, Ges.-Samml. für die Meckl.-Schw. Lande II Folge II стр. 27 № 1212.

дами, напр. въ Висмарѣ, разсматривалъ запись ипотеки какъ условіе привилегированнаго положенія ипотеки, теперь, опираясь на ту же норму Любекскаго права, онъ начинаетъ третировать запись какъ установительный актъ, и всѣ записанныя ипотеки провозглашаетъ выше незаписанныхъ, даже привилегированныхъ законныхъ ипотекъ, тогда какъ незаписанныя ипотеки ставить на одну степень съ чисто-личными требованіями. Хотя, формально, незаписанныя ипотеки все еще сохраняютъ свое названіе и третируются какъ видъ ипотекъ ¹⁾.

§ 41. Право рыцарскихъ имѣній.

Для этихъ имѣній институтъ ипотечныхъ книгъ выросъ значительно позднѣе, чѣмъ для городскихъ, и именно изъ практики согласія леннаго господина, правителя страны, на залогъ имѣній ²⁾. Причемъ, по общему правилу, ленный господинъ никогда не отказывалъ въ разрѣшеніи на залогъ, развѣ только къ тому имѣлась серьезная нужда ³⁾. Согласіе господина не вліяло на дѣйствительность ипотеки, но лишь придавало ей свойства *h. publica* и дѣйствіе противъ самого леннаго господина, ⁴⁾ наконецъ, оно вооружало ипотеку приоритетомъ передъ всѣми, даже законными привилегированными ипотеками, не соизволенными господиномъ ⁵⁾.

Иногда согласіе главы государства испрашивалось и при залогѣ аллодовъ, что дѣлалось или какъ остатокъ средневѣковаго строя, судебной формы *aelttere S.*, или какъ римскій *actus publicus* ⁶⁾.

Но вотъ, на мѣсто specialнаго согласія испрашивалось иногда согласіе леннаго господина вообще на изготовленіе ипотечной книги для имѣнія. И тогда запись въ такую книгу придавала ипотеку свойства *h. publica* ⁷⁾.

Этимъ путемъ нѣкоторые рыцарскія имѣнія (не всѣ) и получили ипотечныя книги въ 18 столѣтіи ⁸⁾. Тогда же были урегулированы въ общихъ чертахъ и порядокъ организаціи ихъ ⁹⁾. Книги были чисто ипотечныя, но не вотчинно-ипотечныя. Онѣ влились по реальной системѣ, но до 19 в. не было ни однообразія ихъ формы, ни завѣдыванія ими въ одномъ установленіи, ни тѣмъ болѣе *publica fides* ихъ.

¹⁾ Ober-Appelz.-Ger.-Erkenntnis v. 1830 въ Parchim. Rechtsfällen IV, 39; V, 115.

²⁾ Meibom, 9 стр.

³⁾ Reversalia v. 2 Juli 1572 art. 8, Sammlung aller f. d. Gr. Hr. z. M.-Schw. g. LGes. стр. 5.

⁴⁾ Petri Tornovii Tractatus de fendis Meckl. I 451 § XVI, 447.

⁵⁾ Vg. v. 6 F. 1641 у Meibom, 9.

⁶⁾ Meibom, 9—10.

⁷⁾ Meibom, 10.

⁸⁾ Ritt. HO 1819 § 34, Meibom, 10, 11 стр.

⁹⁾ Rescr. v. 6 Mz. 1779, v. 2 Aug. 1783 у Raabe, II F. II Bd.

§ 42. Право крестьянскихъ имѣній.

Ипотечный режимъ этихъ имѣній регулируется впервые лишь въ началѣ 19 ст., им. въ HO. für Büdner u. Erbzinsleute 12 Mz. 1814 г. ¹⁾, изданной для крестьянъ, сидящихъ на домельныхъ земляхъ. Матеріальное право этого устава не выходитъ изъ круга идей, очерченныхъ выше для ленныхъ имѣній, но на формальной сторонѣ регламентаціи отражается уже вліяніе Прусскаго ипотечнаго устава 1783 г., напр. ипотечная книга имѣетъ рубрики; далѣе, она открыта осмотру всѣхъ безусловно, лишь за извѣстную плату, и т. п. По Vg 13 окт. 1827 г. ²⁾ уставъ 1814 г. получаетъ развитіе въ духѣ вышедшихъ къ тому времени новыхъ уставовъ для рыцарскихъ и городскихъ недвижимостей; книга превращается въ вотчинно-ипотечную и получаетъ современную внѣшнюю форму; но матеріальное ипотечное право сохраняетъ прежнія свойства, характерныя для разсматриваемаго нами переходнаго времени отъ эпохи римскаго вліянія въ современной эпохѣ.

Для прочаго сельскаго землевладѣнія, помимо домеповъ, изготовленіе ипотечныхъ книгъ не было обязательнымъ, но дозволялось, и тогда образцомъ служила чаще всего ипотечная организація мелкаго домельнаго землевладѣнія ³⁾.

Г Л А В А III.

Новое движеніе въ Саксоніи.

§ 43.

1. Въ Саксоніи въ ср. вв. приобрѣтеніе вещныхъ правъ, им. *rechte Gewere*, совершалось въ судѣ (*Dingstätte*) по мѣсту нахождения недвижимости, въ формѣ *Auflassung* ⁴⁾.

Но и въ Саксоніи римское право пустило глубокіе корни. Такъ, какъ саксонское право было типическимъ для Германіи, то саксонскія правовыя организаціи эпохи рецепціи служили однимъ изъ авторитетовъ которому подражали юристы другихъ германскихъ странъ. Когда, напр., Мевіусъ толкуетъ Любекское право и его норму о записи ипотеки въ книгу понимаетъ въ духѣ римскаго *actus publicus*, онъ ссылается на Саксонское право.

И тѣмъ не менѣе, чуть-ли не съ самаго момента распространенія римскаго права въ Саксоніи мы встрѣчаемъ тамъ и коррективы, цѣлящіяся обезвредить римскій вотчинно-ипотечный режимъ.

¹⁾ Raabe, II 114.

²⁾ Raabe, II 117.—Другія, менѣе значительныя, мѣры приводятся у Raabe II 15 и сл., V 268 и сл.

³⁾ Историческаго значенія для излагаемаго мною вопроса всѣ эти мѣры не имѣютъ, и лишь поименную ихъ: для мелкаго землевладѣнія на городскихъ земляхъ ипотечная система была введена Vg. v. 6 F. 1830 (Raabe II 119), на рыц. имѣніяхъ—Vg. v. 6 F. 1827 (Raabe IV 200), на церковныхъ—Vg. v. 14 Dec. 1826, HO. v. 19 S. 1867 (Raabe II 118, 119).

⁴⁾ Sachsenspiegel B. I, 9. 52, Schmidt, Vorlesungen, Lpz, 1869. I Bd. 209.

Съ незапамятныхъ временъ въ Саксоніи переходъ недвижимостей и возникновеніе ипотеки обуславливаются въ той или иной мѣрѣ записью въ особыя книги ¹⁾.

Изъ данныхъ отъ 16 в. мы узнаемъ, что книги эти возникали путемъ судебной практики и въ эпоху рецепціи имѣли романистическій характеръ ²⁾.

2. Эту судебную практику и возводятъ въ законъ Constitutiones v. 21 apr. 1572 ³⁾.

Впрочемъ, отношенія по собственности регулируются въ Constitutiones (XXIX) еще очень слабо, но отношеніе ипотеки и въ нихъ уже (XXIII) регулируется отчетливо, при томъ въ романистическомъ духѣ. За общее правило признается возникновеніе договорной ипотеки съ участіемъ суда или леннаго господина, при чемъ ипотека записывается въ судебную книгу по мѣсту положенія обременяемой недвижимости. И только такая ипотека признается h. publica, что, по конституціи, означаетъ ипотеку съ полнымъ дѣйствіемъ. Частная ипотека въ отношеніи 3-хъ лицъ не имѣетъ никакой силы; въ отношеніи сторонъ она имѣетъ лишь то дѣйствіе, что должникъ не можетъ требовать отъ кредитора переданное ему во владѣніе имѣніе, не уплативъ сумму долга, Pfand-Schilling (очевидно имѣется въ виду aeltere S.). Hypotheca quasi publica, или нотаріальная, уступая записанной въ судебную книгу ипотека, все же имѣетъ дѣйствіе какъ въ отношеніи должника, такъ и въ отношеніи 3-хъ лицъ, и въ конкурсѣ она идетъ впередъ личныхъ требованій.

Законные залоги всякаго рода ⁴⁾ остаются незатронутыми ипотечнымъ режимомъ конституціи 1572; они регулируются, въ общемъ, римскимъ правомъ ⁵⁾; но допускаются они только на аллоды; на лены — не допускаются ⁶⁾.

Участіе суда при установленіи ипотеки называется consens и означаетъ извѣстнаго рода опеку власти надъ подданными ⁷⁾.

Порядокъ распредѣленія кредиторовъ въ конкурсѣ, въ общемъ римскій, носитъ уже и специфическія черты: I) виндиканты, абсолютно — прив. кредиторы; II) h. publica, законныя и судебныя; III) нѣкоторыя привилегированныя требованія; IV) арестъ безъ ввода во владѣніе; V) прочія приписанія ⁸⁾.

1) Codex Augusteus v. Cunig, Leipzig 1724. I 73 и сл. P. 2 const. XXIII: „durch langwierigen Gebrauch“; Siegmann, das Köngr. Sächs. HR. Leipzig 1875, стр. 1—12: „Handels-Kauff-Consens-Bücher“.

2) Цит. Cod. Augusteus.

3) Churfürst Augusti Vgen u. Constitutiones in IV Theilen den 21 Apr. 1572 въ Codex Augusteus I стр. 73; constit. XXIII и XXIX (стр. 92 и 98).

4) Перечень ихъ въ Aeltere Proz.-Og. tit. XLIII § 5, T. XLV § 2, 3, 4, T. XLIII § 1—4 и XLII § 6: вкругъ римскихъ ипотеку расширяетъ въ общемъ духѣ періода рецепціи.

5) Const. XXV. P. II, Cod. August. стр. 93.

6) Eod.

7) Aeltere Prz.-Og. tit. XLII § 2, 3, Codex Aug. 1106, 7.

8) P. I Iudicialia, Constit. XXVIII. Codex Aug. I стр. 75.

Экзекуція на недвижимость вышеть національнымъ духомъ, сопряжена съ крайней волокитой и отвѣчается еще условіямъ натур. хозяйства ¹⁾.

3. Die alte Prozessordnung v. I. 1622 ²⁾, въ существенномъ, повторяетъ право Constitutiones (XXIII) ³⁾ и подчеркиваетъ начало, что записанныя договорныя ипотеки получаютъ приоритетъ по моменту ихъ установленія ⁴⁾. Но судебный уставъ кое въ чемъ и развиваетъ ученіе объ ипотекахъ. Такъ, онъ знаетъ 4 вида ипотекавъ: законныя договорныя, судебныя и арестъ ⁵⁾.

Законныя ипотеки, по прежнему, регулируются общимъ римскимъ правомъ ⁶⁾, но не допускаются на лены ⁷⁾.

О договорныхъ ипотекахъ намъ уже извѣстно.

Судебныя ипотеки имѣютъ, по судебному уставу 1622 г., мѣсто тогда, когда по судебному приговору или безспорному акту (Klare Brieff u. Siegel), въ силу коего уже лицо имѣетъ ratam executionem, опредѣляется дѣйствительная помощь и вводъ во владѣніе или таковая мѣра предпринимается по особому приказу, въ силу тѣхъ же актовъ. Такой pignus giudiciale есть вещное право, приоритетъ его опредѣляется моментомъ предоставленія его лицу, въ остальномъ же онъ всецѣло уравнивается съ договорнымъ залогомъ ⁸⁾.

Ипотеку давалъ, наконецъ, и такъ называемый „саксонскій арестъ“ (arrestus saxonicus), освященный практикой и подтвержденный королевскою конституціей. Арестъ этотъ имѣетъ мѣсто тогда, когда кредиторъ почему-либо сталъ сомнѣваться въ надежности должника; кредиторъ былъ воленъ въ такомъ случаѣ наложить руку на имущество должника, арестовать послѣднее, и съ арестомъ кредиторъ получалъ такое вещное право, въ силу котораго, при удовлетвореніи, онъ шелъ впередъ всѣхъ другихъ кредиторовъ, не имѣвшихъ старѣйшаго сравнительно съ арестомъ вещнаго права на имѣніе должника ⁹⁾. Старшинство и дѣйствительность этого вида ипотеки опредѣляются днемъ и часомъ предъявленія письменной просьбы о немъ и немедленно слѣдующей за симъ судебной записи ареста ¹⁰⁾. Но если за время до извѣщенія должника объ установленіи ареста на его имѣніе должникъ предоставитъ право на это имѣніе 3-му лицу, то дѣйствіе ареста въ отношеніи 3-го лица начинается съ момента сообщенія объ арестѣ должнику, т. е.

1) P. I Const. XXXII. Cod. Aug. I, 84 стр.

2) Prozess- u. Gerichts-Ordg Churf. Johann Georgeus des I zu Sachsen, den 28 Julii An. 1622, въ Codex Aug. 1067. Объ ипотекахъ вообще трактуютъ tit. XLIV — XLVI, стр. 1109—1114.

3) Tit. XLVI § 1, 2, 3.

4) XLIV § 2, XLVI § 9: но не по записи въ суд. кн. Это — ослабляетъ публициеть.

5) Tit. XLIV § 1.

6) Tit. XLV § 1, стр. 1110, Cod. Aug.

7) Eod. § 14.

8) Tit. XLII § 1.

9) Tit. LI § 2.

10) T. XLVIII § 1.

3-е лицо сохраняет предоставленное ему право съ преимуществами въ отношении ареста ¹⁾).

Уступка ипотекъ допускается уставомъ при аллодіальныхъ имѣніяхъ безъ судебной инспуаціи ²⁾).

Порядокъ распредѣленія кредиторовъ въ конкурсъ значительно разработанъ уставомъ сравнительно съ Constitutiones, хотя схема осталась прежней ³⁾).

Экзекуционное производство также развивается уставомъ, безъ существенныхъ измѣненій общаго его характера ⁴⁾).

4. Во второй половинѣ 17 ст., им. въ т. наз. aeltere churfürstliche Decisionen ⁵⁾ (LX и LXI) вотчинно-ипотечный режимъ получаетъ подтвержденіе и даже нѣкоторое развитіе. Такъ, h. quasi publica регулируется нѣсколько точнѣе (LX) ⁶⁾; точнѣе регулируется и порядокъ приобрѣтенія собственности (LXI). Такое приобрѣтеніе совершается при содѣйствіи суда; судья получаетъ участокъ отъ отчуждателя и передаетъ его приобрѣтателю. Самая сдѣлка подтверждается судомъ. Этотъ порядокъ практикуется не только при ленныхъ, но и при аллодіальныхъ имѣніяхъ. Запись перехода собственности въ Gerichtshandelsbuch также предписывается закономъ. По имѣть-ли весь этотъ обрядъ значеніе Auflassung или модифицированной римской традиціи, — вопросъ сомнительный и спорный въ литературѣ; еще болѣе трудностей встрѣчаемъ при установленіи деталей отношенія ⁷⁾).

5. Дальнѣйшій и значительный шагъ впередъ къ намѣченной цѣли урегулированія реального кредита дѣлаетъ erläuterte Prozessordnung v. J. 1724 ⁸⁾).

Этотъ уставъ открыто отмѣняетъ h. quasi publica, известную старому уставу. Такимъ образомъ, дѣйствительной остается впредь одна лишь книжная ипотека ⁹⁾).

Регулируется и положеніе $\frac{1}{10}$ -аго требованія въ цѣляхъ специализаціи суммы ипотечнаго требованія. $\frac{1}{10}$ -ое требованіе занимаетъ рангъ капитальнаго требованія, но не выше недоимки за 3 г. до осуществленія ипотеки или до открытія конкурса надъ должникомъ. Прочая доля $\frac{1}{10}$ -аго требованія идетъ въ конкурсъ позади всѣхъ даже личныхъ требованій. Но судъ имѣетъ право, выражая свой consensus на сдѣлку, установить иной приоритетъ $\frac{1}{10}$ -аго требованія ¹⁰⁾).

1) Eod.

2) Tit. XLVI § 7.

3) Tit. XLI стр. 1106 Cod. Aug. Громоздвія подробности въ tit. XLII—L.

4) Tit. XXXIX, Cod. Aug. 1099—1102.

5) Отъ 1661 г. см. Cod. Aug. I стр. 294.

6) Перечисляются случаи, гдѣ имѣетъ мѣсто h. quasi p. — Повторяется и начало объ уступкѣ ипотекъ безъ записи въ книгу; eod. XL.

7) Schmidt, Vorlesungen, стр. 209 и друг. — сомнительно и отзывается позднѣйшей эпохой.

8) Herrn Friderici Augusti Erläuterung u. Verbesserung des bisherigen Prozess-u. Gerichts-Ordnung, den 10 Jan. 1724. Cod. August. I 2381. Уставъ оставляетъ въ силѣ старый уставъ во всемъ, что открыто не отмѣняется.

9) Ad tit. XLVI § 1 и 2: „Soll ganz ohne Wirkung sein“.

10) Ad tit. XLVI, § 3.

Цессія ипотеки связывается теперь также судебной формой и записью въ ипотечную книгу ¹⁾).

Отмѣняются договорныя генеральныя ипотеки. При установленіи ипотеки теперь требуется съ точностью опредѣлять отдѣльное обременяемое имѣніе ²⁾).

Но не возбраняется ради одного требованія установить нѣсколько специальныхъ ипотекъ на отдѣльныя недвижимости. Кредиторъ имѣетъ въ такомъ случаѣ право свободнаго выбора порядка осуществленія своего права ³⁾).

Отмѣняется ипотека, возникшая раньше изъ саксонскаго ареста ⁴⁾).

При обработкѣ устава было обращено вниманіе правительственнымъ комиссаромъ Griepner'омъ и на вредъ для реального кредита, проистекающій отъ молчаливыхъ законныхъ ипотекъ ⁵⁾).

Но сословія высказались противъ предложенной комиссарами отмѣны молчаливой ипотеки. Тѣмъ не менѣе, взглядъ комиссіи восторжествовалъ ⁶⁾).

Уставъ 1724 г. отмѣняетъ не только преимущества, которыя были связаны до сихъ поръ съ нѣкоторыми молчаливыми ипотеками ⁷⁾, но и всѣ молчаливыя ипотеки ⁸⁾. Всѣ такія ипотеки для дѣйствительности ихъ должны быть записаны въ ипотечную книгу, съ согласія суда ⁹⁾, но рангъ ихъ опредѣляется, подобно всѣмъ ипотекамъ, моментомъ возникновенія ихъ основанія ¹⁰⁾. Заботы о записи законныхъ ипотекъ возлагаются на опекунскія установленія (въ отношеніи ипотекъ въ пользу подопечныхъ) и на компетентныя власти (въ отношеніи ипотекъ фиска); прочіе кредиторы заботятся сами о себѣ ¹¹⁾).

Порядокъ удовлетворенія кредиторовъ въ конкурсъ регулируется теперь проще и къ выгодѣ реального кредита, въ виду усовершенствованій въ матеріальномъ правѣ. Записаннымъ ипотекамъ теперь предшествуетъ лишь незначительная группа абсолютно-привилегированныхъ требованій; за послѣдними слѣдуютъ записанныя ипотеки по порядку возникновенія ихъ; и за послѣдними уже удовлетворяются всѣ прочія притязанія ¹²⁾).

1) Eod, § 2.

2) Ad tit. XLIV § 1.

3) Eod. § 2.

4) Ad tit. XLVIII § 1: „dem Credit-Wesen zum besten, und zu Verkürzung derer Prozesse“. — Отмѣняется и производство объ арестѣ (ad tit. LI) и замѣняется правомъ кредиторовъ, въ случаѣ несостоятельности должника, заявлять о своихъ правахъ суду; судъ налагаетъ запрещеніе, которое служитъ на пользу всѣмъ и 3-мъ кредиторамъ.

5) Siegmann, стр. 4, 5.

6) Siegmann, 4, 5.

7) Ad tit. XLIII.

8) Ad tit. XLV § 1—4.

9) Ad tit. XLIII i. f. tit. XLV § 1.

10) Ad tit. XLIII: „auf welchen Fall si gleichwohl kein Vorzugs-Recht vor denen ältern Creditoribus hypothecariis haben, sondern gleich denen andern Gläubigern, nach Ordnung der Zeit des erhaltenen Pfandrechts befriediget“.

11) Ad tit. XLV § 1.

12) Ad tit. XLVI—LX.

Экзекуція на недвижимости также представляет интересное развитие начал старого устава в духъ новаго времени ¹⁾.

Участіе суда или леннаго господина при записи ипотекъ попрежнему называется *consens* ²⁾. Это согласіе не требовалось, по исключенію, лишь въ случаѣ *reservatio dominii*, установленія ипотеки по случаю неполученія цѣны за отчужденную недвижимость или — доли наслѣдства при наслѣдованіи ³⁾.

6. Крутыя мѣры, принятыя Егг. РО. 1724 г. въ отношеніи молчаливыхъ ипотекъ, не были усвоены жизнью. Жизнь была еще за нихъ. И законодатель вынужденъ былъ нѣсколько разъ продолжать срокъ записи существующихъ молчаливыхъ ипотекъ ⁴⁾, а потомъ — и вовсе отмѣнить обязанность записи важнѣйшихъ изъ нихъ въ Mandat. v. 24 Sept. 1734.

Напомнивъ вкратцѣ содержаніе прежнихъ мандатовъ, законодатель признается, что выполненію ихъ въ жизни встрѣтились непреодолимые препятствія и что открытыя ипотеки не такъ помогаютъ нуждающимся въ государственной охранѣ интересамъ многихъ учрежденій и лицъ, состоящихъ подъ опекой, — какъ молчаливыя. Поэтому и повелѣвается: 1) сохранить впредь важнѣйшія молчаливыя ипотеки, им. фиска, *rae causae*, женъ, малолѣтнихъ дѣтей отъ I-го брака и *miserabiliae personae*; 2) сохранить до естественнаго прекращенія всѣ молчаливыя ипотеки, возникшія до изданія устава 1724; 3) во всемъ остальномъ сохранить силу Mandat. 26 Julii 1730, подчиняющаго прочія ипотеки впредь непремѣнной записи.

Г Л А В А IV.

Новое движеніе въ Баваріи.

§ 44. Право коренной Баваріи.

Современная Баварія образовалась изъ массы мелкихъ государствъ. Въ коренной Баваріи вотчинно-ипотечный оборотъ вплоть до 20-хъ годовъ 19 столѣтія покоился на римскомъ правѣ, измѣненномъ, какъ и вездѣ въ Германіи, въ цѣляхъ большей обезпеченности реального кредита. Самые измѣненія въ

¹⁾ Ad tit. XXXIX—XL.

²⁾ Ad tit. XLIV § 1 и друг.

³⁾ Alte PrOg XLII § 2, 3. Cod. Aug. 1106, 7 стр. Erläut. PO. ad tit. XLII § 7 (eod. 2480).

⁴⁾ Mandat 26 Julii 1730 (Cod. Aug. III 283): „предписаніе устава 1724 г., отмѣняющее молчаливыя ипотеки и установившее 6 лѣтъ для записи существующихъ такихъ ипотекъ, не выполняется въ послѣднемъ пунктѣ. Отсюда происходитъ ущербъ для тѣхъ, чьи ипотеки должны были записываться ех officio. Поэтому 6 л. срокъ продолжается еще на 2 г., им. до Michaelis 1732. Въ этотъ срокъ всѣ ипотеки, датирующія изъ прежняго времени, должны быть записаны, и съ истеченіемъ 2-хъ-лѣтняго срока всѣ молчаливыя ипотеки гаснуть и никакая *restitutio* не будетъ допущена“. Но противная укоренившаяся въ обществѣ понятіямъ мѣра не имѣла успѣха и на этотъ разъ. И 2 авг. 1732 г. издается 2-ой Mandat (Cod. Aug. III 295), продолжающій срокъ записи еще на 2 года, им. до Michaelis 1734 г., съ прежней угрозой. И это не помогло.

Баваріи очень сходны съ первыми мѣрами, предпринимавшимися въ тѣхъ же цѣляхъ законодательствами другихъ германскихъ правъ: то же содѣйствіе судебной власти при совершеніи сдѣлокъ, устанавливающихъ вещное право, и та же запись сдѣлокъ въ судебную книгу, чаще всего со значеніемъ римскаго *actus publicus* ¹⁾.

Въ частности, ипотечное право регулировалось также довольно близко къ римскому праву. Законныя ипотеки, простыя и привилегированныя, дѣйствовали *ipso iure*, и категоріи ихъ въ Баварскомъ правѣ были общія для эпохи рецепціи съ категоріями, извѣстными другимъ германскимъ правамъ ²⁾.

Договорныя ипотеки дѣлятыя на *h. publicae*, совершенныя передъ судомъ или компетентной властью, по мѣсту нахождения недвижимости, и записанныя въ судебный протоколъ ³⁾, — и на *h. quasi publicae*, совершенныя передъ нотариусомъ или 3-мя свидѣтелями ⁴⁾.

Особенность Баварскаго права составляла еще видъ *h. publica*, совершенныхъ самими лицами на свои имущества, — каковое право принадлежало привилегированнымъ лицамъ (*Siegelmässige*) ⁵⁾, и *h. quasi p.*, совершенныя такими лицами въ интересахъ 3-хъ лицъ ⁶⁾.

Правилomъ была въ Баваріи *h. publica* ⁷⁾; *h. quasi p.* уступала первой по своему дѣйствію ⁸⁾. *H. privata* была ничтожной ⁹⁾.

Расположеніе ипотекъ въ конкурсѣ было крайне запутаннымъ, что мало благоприятствовало реальному кредиту ¹⁰⁾.

Большой помѣхой для успѣшнаго развитія кредита служилъ въ Баваріи и упомянутый выше институтъ *Siegelmässigkeit*. Это была привилегія цѣлыхъ классовъ общества, какъ-то: дворянства, духовенства, знатныхъ горожанъ, чиновниковъ, лицъ съ высшимъ образованіемъ, — словомъ, классовъ, лица коихъ имѣютъ званіе не ниже нашего личнаго почетнаго гражданства ¹¹⁾. Привилегія состояла въ томъ, что *Siegelmässige Person* имѣла право совершить открытую ипотеку для себя и содѣйствовать своимъ участіемъ совершенію ипотеки для 3-хъ лицъ, въ качествѣ полуофициальнаго органа. При чемъ, совершенная такимъ лицомъ для себя, ипотека уравнивалась по дѣйствію съ *h. publica*, а, совершенная 3-мъ лицомъ при его участіи, ипотека уравнивалась съ *h. quasi p.* Покоившійся на идеѣ классовой чести и довѣрія институтъ привелъ на практикѣ къ страшнымъ злоупотребленіямъ. Земле-

¹⁾ Regelsberger, Das Bayr. HR. Lpz. 1874—77, стр. 4.

²⁾ Codex Jur. Bav. Iudicialii. De Anno MDCC. LIII. Oder Bayer. Ger. Og. neu aufgelegt, München 1810 гл. 19 § 4—10.

³⁾ Eod. § 9.

⁴⁾ Eod. § 11.

⁵⁾ § 9 н. 4 и 7 eod.

⁶⁾ § 11 н. 2 и 3 eod.

⁷⁾ § 9 н. 4 eod.

⁸⁾ Ср. § 9 н. 11 eod.

⁹⁾ § 9 н. 4 eod.

¹⁰⁾ Codex Jur. Bav. Iudic. гл. 19 § 5—11.

¹¹⁾ См. eod. гл. 19 § 9.

владѣльцы, имѣющіе такую привилегію, обнаружили полную необузданность въ распложеніи ипотекъ, кромѣ того они совершали подлоги, выпуская ипотечные акты съ датой старѣйшей, чѣмъ ипотека возникла въ дѣйствительности, что подрывало экономическую цѣнность предшествующихъ ипотекъ. Вопіющіе примѣры злоупотребленій уничтожили кредитъ привилегированныхъ помѣщиковъ. И одной изъ первыхъ мѣръ Баварскаго конституціоннаго правительства въ началѣ 19 ст. была отмена привилегіи и подчиненіе привилегированныхъ классовъ общему порядку совершенія ипотекъ ¹⁾.

Но и помимо того въ Баваріи издавна дѣлались попытки поставить ипотечный оборотъ на болѣе твердую почву. Такъ, на Ландтагѣ въ Мюнхенѣ въ 1669 г. былъ поднятъ и обсуждался вопросъ объ организаціи для Баваріи Landtafel. Былъ составленъ и проектъ устава о Landtafel, — но все это осталось безъ послѣдствій. Люди близорукие, но вліятельные, опасались, что Landtafel вскроютъ имущественное состояніе владѣльцевъ недвижимостей и что это повлечетъ за собою крахъ и паденіе реального кредита. Помѣщики, въ свою очередь, находили, что это вскрытіе не отвѣчаетъ чести рыцарскаго сословія, — оно постыдно, унижительно и вредно, такъ какъ выясняетъ истинное положеніе имущественной состоятельности благородныхъ ²⁾.

Значительно позднѣе, именно въ Instruction für die obere Landesregierung v. 16 Aug. 1779 снова рекомендуется введеніе правильно-организованныхъ ипотечныхъ книгъ, какъ вѣрной и необходимой основы вотчинно-ипотечнаго оборота, — но также безуспѣшно ³⁾.

Въ Instruction für die General-Landes-Direction v. 23 Apr. 1799 вторая депутация этой коллегіи получаетъ порученіе организовать ипотечныя книги. Безрезультатно ⁴⁾.

Начиная съ 1807 г., учреждается комиссія за комиссіей въ цѣляхъ выработки мѣръ для урегулированія реального кредита. Но время было мало благоприятнымъ для того ⁵⁾, и только въ 1819 г. правительству удается выработать проектъ ипотечной реформы.

Въ отдѣльныхъ областяхъ Баваріи и до, и послѣ присоединенія ихъ къ послѣдней — встрѣчаются партикулярныя, нерѣдко очень интересныя организаціи вотчинно-ипотечнаго режима. Это именно: въ Вюрцбургѣ, Рейнскомъ округѣ, Меммингенѣ, Нюрнбергѣ, Аугсбургѣ, Швейнфуртѣ, Регенсбургѣ, Бамбергѣ, Мюнхенѣ, Кемптенѣ, Майнцѣ и др.

Важнѣйшія изъ этихъ организацій и составляютъ предметъ дальнѣйшаго изложенія ⁶⁾.

¹⁾ См. Verhandlungen der Zweiten Kammer der Ständeversammlung v. Bayern. Bd. V 1819 г., стр. 351, 52, 44. Bd. III 1822 стр. 197—98, 124 и сл. 167 и сл. и мн. друг.

²⁾ Verhandlungen v. J. 1819. Bd. V стр. 345, v. I. 1822. Bd. III стр. 202, 3.

³⁾ Eod. 1819. Bd. V стр. 345.

⁴⁾ Eod.

⁵⁾ Eod. v. J. 1819. Bd. XIII стр. 319 и слѣд.

⁶⁾ Ср. Verhandlungen 1822. Bd. III стр. 216 и мн. друг., Regelsberger, стр. 5 и слѣд.

§ 45. Право княжества Бамбергъ.

Общее право Бамберга совершенно сходно съ очерченнымъ общимъ баварскимъ правомъ ¹⁾. Но для ленныхъ имѣній въ Бамбергѣ выработалась своеобразная организація ипотечнаго оборота, извѣстная подъ именемъ Lebenskonsense, или ипотекъ, установленныхъ передъ леннымъ господиномъ и съ его согласія на ленное имѣніе ²⁾. И эти ипотeki на ленныя имѣнія, въ цѣломъ, регулируются общими началами леннаго права, какъ-то: ипотека договорная дѣйствительна лишь тогда, когда установлена съ согласія леннаго господина, но закономъ и обычаемъ освященные ипотeki допускаются на ленъ и безъ открытаго согласія господина; ленный господинъ можетъ дать свое согласіе на ипотеку любой цѣнности и на любой срокъ; онъ не отвѣчаетъ передъ кредиторомъ по возмѣщенію ущерба, когда ипотека останется неудовлетворенной въ конкурсѣ, если только въ консенсуальномъ актѣ оговорено, что цѣна предмета была въ моментъ установленія ипотeki такъ-то, и указаны всѣ уже лежащія на ленѣ ипотeki. ³⁾.

Но интересъ представляеть въ организаціи ипотекъ на лены въ Бамбергѣ то, что въ основу организаціи полагается различіе по юридическому дѣйствию консензовъ, данныхъ леннымъ господиномъ на ипотeki, не превышающія $\frac{1}{3}$ цѣны лена и 6-ти-лѣтняго срока дѣйствія, и на всѣ прочія ипотeki ⁴⁾.

Перваго рода ипотeki, т. е. въ предѣлѣ $\frac{1}{3}$ цѣны недвижимости и 6-ти лѣтняго срока дѣйствія, пользуются въ конкурсѣ jus separationis ⁵⁾, подобно немногимъ другимъ правамъ исключительно важнаго значенія ⁶⁾. По такимъ ипотекамъ, далѣе, кредиторъ удовлетворяется въ всякомъ случаѣ полностью, хотя-бы ленъ стоилъ въ это время уже дешевле, чѣмъ въ моментъ установленія ипотeki ⁷⁾. $\frac{2}{3}$ слѣдующій на капитальную сумму обезпеченнаго такой ипотекой требованія, пользуется въ конкурсѣ до размѣровъ 2-хъ лѣтней недоимки одинаковымъ положеніемъ съ капитальнымъ требованіемъ, остальная же накопившаяся сумма $\frac{1}{3}$ занимаетъ рангъ обыкновенной ипотeki, т. е. удовлетворяется по 3-му классу, если только кредиторъ не принималъ мѣръ ко взыскаю такой недоимки, иначе же занимаетъ одинаковое положеніе съ капитальнымъ требованіемъ ⁸⁾.

¹⁾ См. Des Kaiserlichen Hochstifts u. Fürstenthums Bamberg verfasstes Land-Recht. I Th. v. Civil-oder Bürg. Sachen. Bamberg 1769. II Th. Verordnungen 4—5. См. особенно 4 Vg. § I, XXV, XXIV.

²⁾ См. Bamberg. LR. II Th. Vgen 4—5.

³⁾ См. IV Vg §§ II, IV, III, V, XX, IX. Невѣрно Регельсбергеръ, Das. Bayr. HR., стр. 5, 6.

⁴⁾ Bamberg. LR. Vg. IV § XII VOg. V tit. 2 § IV n. 5 и §§ 6—10.

⁵⁾ Bamberg. LR. II. Th. 5 Vg II tit. § IV n. 5: „aus sonderers bewegenden Ursachen zu Erhaltung des öffentlichen Credits“.

⁶⁾ Eod. II tit. § II—IV.

⁷⁾ 5 Vg. II tit., § VIII.

⁸⁾ Eod. § VIII.

Напротивъ, ипотеки, превышающія своей цѣнностью $\frac{1}{3}$ цѣны имѣнья или установленныя на срокъ свыше 6 л., распределяются въ конкурсѣ такимъ образомъ: въ остаткѣ, превышающемъ $\frac{1}{3}$ цѣны имѣнья ипотеки первого рода и во всей суммѣ ипотеки второго рода, относятся къ 3-му классу конкурсныхъ притязаній, и тамъ онѣ идутъ въ уровень съ прочими hypothecae publicae et speciales, располагаясь по порядку времени установленія ихъ ¹⁾. Но допускается возобновленіе ипотеки, по истеченіи предѣльнаго срока, на условіяхъ, гарантирующихъ вѣрность ипотеки ²⁾ ³⁾.

Вышняя организація ипотечнаго дѣла ленныхъ имѣній въ Бамбергѣ была поставлена слѣдующимъ образомъ:

Ленный господинъ не только даетъ согласіе на ипотеку, какъ верховный собственникъ обременяемой недвижимости, но и отправляетъ функціи ипотечнаго установленія, функціи *jurisdictio voluntaria* ⁴⁾. Въ отношеніи ленныхъ правителей страны эти функціи выполняетъ *Lehenhof* и *Sammer* по при надлежности ⁵⁾. Тамъ ведутся *Lehen-Bücher* или *Consens-Protokollen* ⁶⁾. На лен помѣ господинѣ лежатъ тѣ же обязанности, какія общимъ правомъ возложены на общаго правительственнаго судью (*Voigtey-Herr*), въ частности—обязанность давать точныя свѣдѣнія кредиторамъ о соизволенныхъ уже раньше ипотекахъ, подъ страхомъ имущественной отвѣтственности.

Такъ какъ правовое и экономическое значеніе ипотеки лена зависитъ отъ соотношенія ея цѣности къ цѣности имѣнья, то и было обращено большое вниманіе на организацію оцѣнки имѣній. Оцѣнка совершается особымъ чиновникомъ (*Lehenschultheisz*) и оцѣнщиками ⁷⁾. Чтобы привилегированная ипотека и впредь сохранила это свое свойство, каждыя 6 лѣтъ, при возобновленіи ея, совершалась переоцѣнка. Переоцѣнка имѣла мѣсто и при установленіи каждой послѣдующей ипотеки, при наличности старѣйшихъ ипотекъ ⁸⁾.

Осуществляется ипотека вѣн и въ конкурсѣ черезъ общаго судебного чиновника (*Voigtey-Herr*), но ленному господину отводится всякій разъ участіе, какъ лицу заинтересованному и официальному. Такъ, ему прежде всего предоставляется отчужденіе имѣнья, опредѣленіе цѣны имѣнья и вызовъ привилегированныхъ ипотечныхъ кредиторовъ по случаю открытія конкурса и

¹⁾ Eod. § 10.

²⁾ Eod. 4 Vg., § XI.

³⁾ Разнаго рода подробности въ Vg. 4 § 20, 5 Vg. II tit. § XIII, 4 Vg. § XIII, XV, XVII. Ср. еще 5 Vg II tit. § XII—XIV: главнымъ образомъ объ уравненіи *dominia reservata* съ ипотеками и объ обязанности леннаго господина давать соизволеніе въ серьезныхъ случаяхъ.

⁴⁾ Bamberg. LR. II Th. 4 VOg. § XIX XX и друг. Ср. Verhandlungen, 1822 III т. 175 стр.

⁵⁾ B. LR. eod. § II.

⁶⁾ Eod. § XIX.—Описаніе формы книгъ въ Verhandlungen v. 1822, III 286: книги большія, старыя; на одной сторонѣ листа содержатъ описаніе титула, на другой—картинку, представляющую лень, по точной, межевой картѣ вѣтъ; на одной изъ страницъ указываются и владѣльцы, съ прилагающими къ лѣвнью сосѣдями.

⁷⁾ Verhandlungen v. 1822, III 288.

⁸⁾ Eod.

т. д. Онъ же и удовлетворяетъ полностью своевременно заявившихся привилегированныхъ кредиторовъ, вѣн общаго конкурснаго производства. Просрочившіе же съ заявленіемъ своихъ правъ привилегированные ипотечные кредиторы переводятся въ 3-й классъ, въ ряды общихъ ипотечныхъ кредиторовъ. И только когда ленный господинъ не будетъ въ состояніи выполнить указанныхъ дѣйствій, осуществленіе ипотеки и удовлетвореніе вѣн притязаній выполняется общими судебными установленіями (*Voigtey-Herr*) ¹⁾.

Привилегированныя ипотеки (въ предѣлахъ $\frac{1}{3}$ цѣны имѣнья и 6 л. срока) получили на рынкѣ широкій спросъ и оборотъ. Благодаря обеспеченности, какую давали онѣ почтѣваемымъ подъ нихъ капиталамъ, и $\frac{1}{2}$ съ капитала былъ при нихъ для того времени довольно умѣреннымъ ($4\frac{1}{2}\%$ — $5\frac{1}{2}\%$). Ипотечныя свидѣтельства въ эпоху расцвѣта института почитались въ Бамбергѣ за наличныя деньги. Въ самыя тяжелыя времена институтъ пользовался популярностью и оказывалъ большія услуги пародному хозяйству, напр. послѣ 7-лѣтней войны.

Но и этотъ институтъ нѣрѣдко служилъ орудіемъ для злоупотребленій. Послѣднія практиковались особенно при оцѣнкѣ имѣнья; оцѣнщики, руководимые нѣрѣдко корыстными цѣлями, дѣлали невѣрную оцѣнку, и часто привилегированные кредиторы оставались въ конкурсѣ безъ удовлетворенія. Особенно ненадежны были консенсы, исходящіе отъ частныхъ дворянскихъ семей. Злоупотребленія при оцѣнкѣ такъ развились со временемъ, что довѣріе къ привилегированнымъ ипотекамъ пало, и въ началѣ 19 ст., подъ предлогомъ его феодальнаго духа, былъ осужденъ камерой сословныхъ представителей и самый институтъ ²⁾.

§ 46. Право Reichsstift Kemptzen.

Въ этой области организація реального кредита входила въ болѣе широкую и совѣтъ своеобразную организацію національнаго кредита, отличную въ форму особыхъ земскихъ книгъ (*Kemptener Landtafel*) ³⁾.

1. Начало институту было положено въ 1738 г. въ Vg. v. 14 Arg. Цѣль института опредѣлялась при самомъ его возникновеніи просто: вскрыть имущество, чтобы знать, насколько можно кредитовать данное лицо надежнымъ образомъ ⁴⁾. Но затѣмъ послѣдовалъ рядъ другихъ мѣръ, частью

¹⁾ Въ конкурсѣ: Bamg. LR. II ч. 4 Vg. § XXI, XXII; конк. производство вообще Eod. 5 Vg. I—III tit. особ. § V, VII, IX.

²⁾ См. Verhandlungen, 1822, Bd. III стр. 175, 217, 229, 286, 288 — 290; 1819 г., Bd. V стр. 405 и друг.

³⁾ Институтъ излагаю по: Jahrbücher der Ges.-Gbg. u. Rechtspflege im Kgr. Bayern, v. Günner u. Schmidlein II Bd. Erlangen 1819. Стр. 85—109; v. Weber, Darstellung der Sämm. Provz.—u. Statutarr. des Kgr. Bayern. Augsburg 1841. Bd. IV Th. I, 112 — 115; Günner, Ueber die zweckmässige Einrichtung des H.-Buchs. München, 1823, стр. 44 — 45 Verhandlungen der Ständeversammlung. 1822, Bd. III, стр. 173 и сл.; Regelsberger, Das Bayr. HR., стр. 6, 7. Самыхъ источниковъ права, къ сожалѣнію, не имѣлъ возможности получить въ руки.

⁴⁾ „Man wolle eines jeden Unterthans Vermögen entwerfen lassen, damit jeder

удачныхъ, частью неудачныхъ, пока институтъ не получилъ въ концѣ 18 ст. свою окончательную обработку.

2. Завѣдывало кредитной организаціей особое установленіе, единое для всей области ¹⁾. Landtafel, которая велась въ установленіи, дѣлилась на Haupt-LT. и на Todtenbuch ²⁾. Первые дѣлились по приходамъ, для которыхъ предназначалось по 1, 2, 3 и 4 тома ³⁾. Книги были доступны осмотру каждаго гражданина ⁴⁾. Haupt-LT. были не только ипотечными, но и вотчинными, но велась онѣ не по реальной, а по личной системѣ, им. по именамъ собственниковъ ⁵⁾.

Всѣ жители области Кемптенъ и всѣ недвижимыя имѣнья, подчиненныя юрисдикціи областного суда, лишь за ничтожными исключениями, были подчинены LT ⁶⁾. Книга отводитъ каждому владѣльцу недвижимости особый листъ, табellarной формы, на одной сторонѣ котораго помѣщается имущество активъ, а на другой—пассивъ ⁷⁾. Имущество въ одной рубричкѣ именуется, въ другой выражается въ цѣнѣ, но своеобразно, именно въ единицахъ, $\frac{1}{4}$ -хъ, $\frac{1}{16}$ -хъ и т. д. налоговой имущественной квоты (Weidenschaft), которая въ 1780 г., во время налоговой оцѣнки, стоила 100 флоринговъ ⁸⁾.

Со временемъ изъ понятія недвижимостей были исключены строения, какъ имущества, подверженные легкой порчѣ и разрушенію; исключены были изъ вѣдомства LT. и движимости ⁹⁾.

3. Чтобы содержать LT. въ порядкѣ и переписывать отчужденныя недвижимости на новыхъ приобретателей, надо было такъ или иначе связать переходы собственности съ дѣятельностью кредитной организаціи. По первому учредительному акту 1738 г. судебныя установленія, совершающія акты о переходѣ собственности на недвижимость, были обязаны, въ этихъ цѣляхъ, направлять такіе акты въ установленіи LT., подъ личной отвѣтственностью ¹⁰⁾. Но въ 1739 г. обязанность предъявленія актовъ о переходѣ собственности была возложена на самихъ контрагентовъ, подъ угрозой отвѣтственности приобретателя, въ противномъ случаѣ, за долги отчуждателя, обременяющіе недвижимость ¹¹⁾. Въ 1744 г. устанавливается еще болѣе суровое начало, им. всѣ измѣненія во владѣннй недвижимостей признаются ничтожными, если измѣняющая сдѣлка не явлена у LT. Вся отвѣтственность за правильныя заявленія

wissen und erfahren könne, ob und wieviel er diesem oder Jenem ohne Gefahr oder Bedenken darleihen dürfte* (Jahrbb. II 86, § 2).

¹⁾ Jahrbb. II 91, § 10.

²⁾ Eod. § 23.

³⁾ Eod.

⁴⁾ Eod.

⁵⁾ Eod. 91—94, § 11—14.

⁶⁾ Eod. 85, § 1.

⁷⁾ Eod. § 11.

⁸⁾ Eod.

⁹⁾ Eod. § 4: это по LTOg. 1768, Art. 6.

¹⁰⁾ Jahrbb. II, § 12, см. также Weber, 114. Срокъ—сначала 4 нед., потомъ 3 мѣс.

¹¹⁾ Eod. § 12.

объ отчужденіяхъ падаетъ теперь исключительно на стороны ¹⁾. Но установленіе LT. принимаетъ и со своей стороны мѣры, направленные на соотвѣтствіе книги съ жизнью, для чего оно пользуется данными, которыя по четвертямъ года посылаются судебными установленіями въ королевскія Rent-Amt о всѣхъ переѣвахъ собственниковъ, для занесенія этихъ данныхъ въ налоговыя книги ²⁾. Такимъ образомъ, LT. все болѣе становилась вотчинной книгой, запись въ которую обуславливала дѣйствительность перехода собственности и которая легитимировала записаннаго собственника на распоряженіе недвижимостью, даже когда онъ матеріально пересталъ быть собственникомъ.

4. Но главной задачей организаціи служило укрѣпленіе кредитнаго дѣла. Съ этой цѣлью уже первая LT.-Og 1738 г. отбираетъ у судебныхъ мѣстъ всякую власть совершать долговыя сдѣлки, протоколировать поручительства, участвовать при установленіи ипотеки, и всѣ эти функціи ввѣряетъ ипотечному установленію (LT Amt.) ³⁾. При выполненіи этихъ обязанностей, ипотечное установленіе руководится началомъ невмѣшательства въ дѣйствія сторонъ. Стороны заявляютъ установленію свою волю и вызываютъ запись сдѣлки. Въ частности, величина долга и ея отношеніе къ цѣнѣ имущества не контролируется установленіемъ ⁴⁾.

Но въ 1768 г. ипотечное установленіе получаетъ право закрыть книгу даннаго лица, разъ только установленіе усмотритъ, что цѣна имѣнія исчерпывается записанными долгами, иначе установленіе отвѣчаетъ передъ послѣдующими ипотечными кредиторами имущественно за понесенный ими ущербъ. Обязанность сопряжена была съ большими затрудненіями, такъ какъ специалитета суммы требованій не существовало. Неудобство было сознано скоро, и уже въ 1769 г. предписаніе отменяется и допускается запись ипотекъ даже тогда, когда имущество уже исчерпано долгами, слѣд. на собственный рискъ кредиторовъ. Только конкурсъ влечетъ теперь закрытіе книги. Въ 1775 г. законодатель избираетъ средній путь и даетъ установленію право закрывать книгу лица въ исключительныхъ случаяхъ, напримѣръ, въ случаѣ расточительности должника ⁵⁾.

Но въ ограниченной мѣрѣ признается легалитетъ; чиновникъ изслѣдуетъ съ вѣшной стороны правильность сдѣлки. Стороны являются или самолично или посылаютъ представителей ⁶⁾.

Предписывается и общая тщательность содержанія и веденія ипотечныхъ книгъ ⁷⁾.

Записи подлежатъ всѣ долговыя требованія, которымъ стороны желаютъ придать значеніе преимущественныхъ правъ, не взирая на ихъ ликвидитетъ,

¹⁾ Eod. § 13.

²⁾ Eod.

³⁾ Eod. § 15.

⁴⁾ Eod.

⁵⁾ Eod. § 16.

⁶⁾ Eod. § 24; Weber, 114.

⁷⁾ Eod. § 25.

а равно и цѣлый рядъ вещныхъ притязаній, cautiones, законныхъ залоговъ и т. д. ¹⁾. Исключеніе представляютъ лишь тѣ привилегированныя требованія, которыя въ конкурсѣ (Gantordnung) занимаетъ 1-й классъ ²⁾.

Кредиторъ можетъ записать требованіе, и не привлекая должника и даже противъ воли должника, но тогда послѣдній имѣетъ право оспаривать запись ³⁾.

Записи подлежатъ и нессіи требованій и погашенія послѣднихъ ⁴⁾.

По уставу 1768 г., какъ мы уже отмѣтили, дома и движимости были исключены изъ оборота, покоящагося на ЛТ. Но и участки земли подлежали залогу лишь въ $\frac{3}{4}$ своей цѣнности ⁵⁾. Послѣдняя же $\frac{1}{4}$ цѣны недвижимостей, а равно дома и движимости предназначались для обезпеченія государственныхъ и т. д. повинностей и прочихъ привилегированныхъ требованій ⁶⁾. Вмѣстѣ съ тѣмъ, привилегированныя требованія утрачивали свое временное преимущество, выражавшееся въ дѣйствіи ихъ и безъ записи втеченіе опредѣленнаго срока ⁷⁾, и получали теперь постоянное право на ресервированную долю ⁸⁾. Кредиторы могли сужать капиталы и подѣлять эту долю, но привилегированныя требованія имѣли тутъ преимущество ⁹⁾.

Однако, надежды законодателя на то, что обезпеченія привилегированныхъ требованій послѣдней $\frac{1}{4}$ имущества будетъ вполне достаточно, рушились. И въ 1774 г. отъ этой комбинаціи отказались и повелѣли, чтобы $\frac{1}{4}$ впродъ не оставлялась и правительство не поступалось своими интересами, такъ что кредиторы должны разсчитывать впродъ лишь на долю имущества, оставшуюся свободной за покрытиемъ государственныхъ платежей ¹⁰⁾.

5. Рядомъ съ Haupt-LT. велась Todtenbuch, куда записывались лица, владѣющія только движимостью или занимающіяся торговлей, искусствами и промыслами ¹¹⁾. Въ этимъ книгахъ отмѣчалось только имя должника и его мѣсто жительства. Имущество же, какъ подверженное поручъ и постояннымъ колебаніямъ въ своемъ составѣ, не описывалось.

Кредиторы могли записывать свои требованія и въ эту книгу, но всегда ихъ требованія уступали привилегированнымъ требованіямъ ¹²⁾.

6. Какъ проста была общая организація кредитнаго дѣла, такъ просто

¹⁾ Eod. § 17.—Иначе Günner, стр. 45, но, кажется, ради оправданія реформы 1822 г.

²⁾ Eod. § 17.

³⁾ Eod. § 24.—Günner, авторъ статьи, осуждаетъ это, ради оправданія своего проекта 1819 г. для Баваріи.

⁴⁾ § 18 eod.

⁵⁾ § 4 eod.

⁶⁾ § 5. Оригинальная комбинація!

⁷⁾ § 3.

⁸⁾ § 5.

⁹⁾ Eod.

¹⁰⁾ § 8, 9 eod.

¹¹⁾ § 6, 26.—Не подлежали записи въ Todtenbuch высокопоставленныя лица (siegelmässige).

¹²⁾ § 6 eod.

быть организованъ и конкурсѣ. Изданный въ связи съ первой ЛТОг конкурсный уставъ (Gantordnung) знаетъ только 3 класса долговъ: 1) привилегированныя требованія (судебныя и конкурсныя издержки, издержки на лѣченіе и погребеніе должника, налоги и т. п.); 2) требованія, записанныя въ ЛТ.; 3) все прочія требованія ¹⁾.

Все молчаливыя ипотеки, судебныя и чрезвычайныя спеціальныя ипотеки и т. д. были отмѣнены въ 1739 и 1768 гг. ²⁾.

7. Въ Кемптенѣ, такимъ образомъ, реальный кредитъ былъ организованъ на началѣ генеральной ипотеки. И эта ипотека была не только акцессоріемъ, но законнымъ спутникомъ всякаго личнаго требованія, записаннаго въ книгу; для записи не требовалось и согласіе должника, и если должникъ могъ оспаривать запись, то не потому, что она влекла нежелательную ему ипотеку, а лишь настолько, насколько обезпечиваемое ипотекой требованіе было недѣйствительнымъ.

Организація эта имѣла большой практической успѣхъ и уступила только новѣйшей организаціи кредита на началѣ спеціальной ипотеки, но и это произошло не столько вслѣдствіе сознанныхъ внутреннихъ недостатковъ ея и преимуществъ спеціальной ипотеки, сколько въ цѣляхъ объединенія ипотечнаго права Баваріи ³⁾.

§ 47. Прочія мѣстныя Баварскія права.

Много интереснаго и своеобразнаго мы встрѣчаемъ и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстныхъ Баварскихъ правахъ въ области организаціи реального кредита. При чемъ своеобразие ихъ всегда выражается въ мѣрахъ къ возможному обезпеченію кредиторомъ а почвой своеобразія является малая территория и полное однообразіе образа жизни гражданъ, живущихъ на территории. Благодаря этимъ-то двумъ условіямъ и получилась возможность организовать дѣло съ такой тщательностью, которая была бы немыслима на большой территории и при нестрогъ составѣ населенія, культуры и экономическихъ отношеній. Но именно поэтому партикулярныя организаціи и не годились для возведенія ихъ въ общее право и исчезли, когда въ Баваріи приступили къ объединенію права ипотечнаго режима.

1. Таково, напримѣръ, ипотечное право Майнца, сведенное изъ обычаевъ въ 1755 г. въ Майнцкомъ Ландрехтѣ и особенно развитое въ спеціальной новеллѣ отъ 15 янв. 1783 г. ⁴⁾. Болѣе или менѣе общая для того времени организація ипотечнаго режима осложняется въ Майнцѣ слѣдую-

¹⁾ Eod. § 21.

²⁾ Eod. см. также Weber, 114.

³⁾ Verhandlungen 1822. Bd. III, стр. 179 и сл., 172 и сл.

⁴⁾ Churfürstlich-Mayntzische Land-Recht... Aufgelegt v. d. S. Rochi Hospital. Mainz 1755. tit. XIX: Von Unterpänder, Hypothecae, die gerichtlich ausgefertigt werden sollen. Тамъ же приложена и Vg. 1785, см. стр. 181; тамъ же регулируется эвекція на недвижимости въ Unterggerichtsordn., tit. XI и XXXV. Ср. еще Kurz, D. Cursf. Mayntzsche LR, Aschaffenburg 1866 и Regelsberger, цит. со стр. 6.

щими своеобразными чертами. Возникновению ипотеки предшествуют специализация и оценка недвижимости особой комиссией из 3—4 лиц, состоятельных членов общины. Комиссия называется H-Taxatoren. Участие в комиссии есть повинность общинников. Главою комиссии является представитель общины. Результат специализации и оценки недвижимости облагается в форму Taxprotokoll и направляется вместе с производством установления ипотеки в общинное правление (Orts-Gericht), где ведется особая H-Buch. Общинное правление совершает акт (Verlegungen) об установлении ипотеки и записывает акт в свою книгу, должнику же выдает два экземпляра акта. Последние направляются должником в правительственный суд первой инстанции (Unter-Gericht). Этот суд тщательно исследует сделку не только с правовой, но и экономической стороны, и когда сделка окажется отвечающей всем этим условиям, суд изготовляет уже окончательную закладную, которая и выдается кредитору. Но суд ведет и свою ипотечную книгу и туда заносит экстракт сделки. Эти книги ведутся судом особо для каждой общины.

По заботы очерченных установлений об экономической надежности ипотеки не прекращаются во все время действия ипотеки. Таксаторы все это время наблюдают, чтобы имение не ухудшилось и цена его не падала. Иначе, таксаторы вызывают кредитора к востребованию долга. А когда одна ипотека устанавливается для того, чтобы суженной под нее суммой погасить другое ипотечное требование, таксаторы являются посредниками перемены капитала и т. п.

За все свои действия очерченные органы отвечают перед кредитором экономически. В материальном праве мы встречаем намеки на то, что на одну недвижимость не допускалось больше одной ипотеки.

2. В княжестве Würzburg реальный кредит издавна интересовал законодателя. Первые меры к его регулированию, как видно из Mandat v. 1648 окт. 30, принимались еще епископом Юлием в 1585—86 гг. Уже тогда, в интересах обеспечения притязаний кредиторов, был установлен предель задолженности в $\frac{2}{3}$ цены недвижимости. Со середины же 17 в. издается ряд мандатов и рескриптов от 1648 г. 30 окт., 1666 г. 27 ноября, 1671 г. 20 янв., 1687 г. 23 дек., 1700 г. 11 окт., 1704 г. 1 авг., 1714 г. 28 июля, которые и поставили ипотечное дело на значительную высоту, придав ему и оригинальность¹⁾.

Ипотечное дело вошло было установлениям финансового ведомства („Steuerstube zum grünen Baum“). Стороны являлись в это установление и выражали просят ипотечной сделки. Чиновник освещался в налоговой книге об оценке имения и выставлял соотношение последней к величине ипотеки. Если ипотека не превышает $\frac{1}{2}$ налоговой оценки имения, чиновники утверждают сделку, прилагая к акту ее специальную печать. В

¹⁾ Все эти меры находятся в Sammlung der hochfürstlich-wirzburgischen Landesverordnungen. I Th. Würzburg 1776, стр. 234, 266, 286, 336, 506, 538, 588.

противном случае они предупреждают кредитора, и тогда кредитор уже действует на свой страх. Чиновники ведут особые книги сделок, из которых бы ясно было правовое положение имения и степень обременения его. Впрочем, жители деревень предъявляют еще и от своего общинного правления удостоверение как о стоимости недвижимости (двойной сравнительно с устанавливаемой ипотекой), так и о том, что недвижимость свободна от ипотеки. Так что, как будто на недвижимость не допускается больше одной ипотеки. Ипотека, совершенная не по торжественной форме, означала чисто личное требование. Позднее весь вотчинно-ипотечный оборот был привлечен к очерченной системе. Нечего и говорить, что чиновники отвечали экономически за правильность действий.

3. В Аугсбурге и Мюнхене действовали Handvesten: там — при ипотеке, тут — при ренте (Ewiggeld)²⁾.

О Т Д Ъ Л Ъ II.

Новое движение во Франции.

И во Франции мы встречаем с мерами правительства, направленными на придание вотчинно-ипотечному обороту обеспеченности и гласности, издавна и задолго до наступления общего кризиса в обороте, описанного Louyseau.

§ 48. Право города Парижа.

Провозвестником нового движения в праве, регулирующем вотчинно-ипотечный оборот, является ряд мер, принимавшихся правительством для города Парижа в начале 15 столетия.

1. Уже в 1424 г. 27 мая Генрих издает Lettres³⁾, содержащий энергическую меру, имевшую целью оживить упавшее от разных неурядиц домостроительство в г. Париже. Между прочим Lettres пытаются уничтожить процессуальную волокиту, ограничить право выкупа имений, проданных с торгов, урезать и ограничить сроки и право возражения 3-х лиц на торги и т. п. Эти меры принимались с той целью, чтобы оживить и усилить приток капиталов к домостроительству, путем упрощения формы взыскания по ипотекам.

2. Еще больше значения имеют другие Lettres от того же 27 мая 1424 г. ⁴⁾ направленные на ту же цель.

¹⁾ См. Verhandlungen, за 1822 г. разные томы.

²⁾ Recueil général des anciens lois français depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789, par Isambert. Paris 1825, т. 8, стр. 686—90, № 16.

³⁾ Eod. стр. 690—94, № 17. В мотивах говорится, что Париж привлекает массы людей со всего света, съезжающихся в него ради наук, искусств, торговли и промышленности. Он должен быть привлекательным не только общими удобствами обитания в нем, но и внешней красотой. Король соглашается с опытными лицами о мерах для улучшения города, и результат совещания содержат эти вторые lettres.

Прежде всего втория Lettres опредѣляютъ максимальный предѣлъ задолженности парижскихъ недвижимостей, на правѣ rente constituée perpetuelle. Такимъ предѣломъ служить $\frac{1}{3}$ цѣны недвижимости. Сколько бы рентъ ни было установлено, — всѣ онѣ вмѣстѣ не должны превышать этого предѣла. Оцѣнка недвижимости совершается начальникомъ города (par l'ordonnance du prévost de Paris). Мѣра клонилась не только къ тому, чтобы не отягчать недвижимостей больше, чѣмъ онѣ могутъ вывести, благодаря своимъ продуктивнымъ силамъ, но и къ тому, чтобы кредиторы могли надежнымъ образомъ ссужать капиталы подъ недвижимость.

Однако не одна только необузданность въ обремененіи недвижимостей рентами разорять владѣльцевъ и подрываетъ кредитъ; къ этому приводятъ и безконечные процессы съ кредиторами, являющіеся результатомъ недостатковъ правовой организаціи, а именно, негласности установленія рентъ, ипотекъ и другихъ вещныхъ тяготъ, откуда происходятъ безконечныя злоупотребленія со стороны владѣльцевъ, направленные на обманъ кредиторовъ, чаще всего въ видѣ приданія позднѣйшимъ актамъ даты болѣе ранней. Для устраненія этихъ злоупотребленій и чтобы дать капиталисту — ссужателю возможность получить въ моментъ открытія кредита точное и ясное представленіе о существующихъ обремененіяхъ недвижимости, въ Парижѣ вводится средневѣковая форма возникновенія вещныхъ правъ — nantissement, какъ исключительный способъ установленія вещнаго обремененія недвижимостей, дата совершения котораго опредѣляется и пріоритетъ вещныхъ правъ ¹⁾.

Подробности новой организаціи должны были составить предметъ позднѣйшихъ специальныхъ Lettres, которыхъ, однако, мы не находимъ въ источникахъ ²⁾.

Интересенъ тотъ фактъ, что для упорядоченія ипотечнаго оборота законодатель обращается къ средневѣковой организаціи; можетъ быть, отпавшимъ пунктомъ служило старое право того же города Парижа, исчезавшее подъ наплывомъ римскихъ правовыхъ идей.

3. Въ первой же половинѣ 15 ст. вышли еще двѣ мѣры для Парижа: одна отъ 1428 г. ³⁾, другая отъ 1441 г. ⁴⁾; первая облегчала процедуру выкупа рентъ, обременяющихъ недвижимость, въ случаѣ отчужденія послѣдней съ торговъ, и так. обр. пробивала брешь въ старый институтъ рентъ и сблизкала его съ ипотеками; вторая же мѣра регулировала порядокъ очистки

¹⁾ „...ordonnons que doresnavant nantissement aura lieu ezdictes vill, et prevosté vicomté de Paris, et que ezdiz lieux, ypotheques ne pourront estre constituees valablement, ne sortiront aucun effect, sinon du jour et date que ycellui nantissement aura esté fait“.

²⁾ У Loysseau, Les oeuvres, MDC LXXVI, кн. 3. гл. I, art. 36, стр. 82, мы встречаемъ бѣглое указаніе на то, что въ парижскомъ „coutumes“ когда-то практиковалась nantissement въ формѣ записи въ книгу, но исчезла, — оставивъ нѣкоторые слѣды. Повидному, общанныя Lettres и не выходила.

³⁾ Ordonnance de Henri VI. Paris, Juillet 31 an 1428, Recueil d'Isambert VIII 742, № 36.

⁴⁾ Ordonnance. Nov, 1441, Paris, eod. IX, 86—99, № 140.

недвижимостей отъ лежащихъ на нихъ ипотекъ, тоже внося упрощеніе въ эту процедуру.

§ 49. Эдиктъ 1553 г.

Первая попытка урегулированія вотчинно-ипотечнаго оборота на новыхъ началахъ, сулящихъ ему обеспеченность и гласность, на болѣе обширной территоріи Франціи, им. въ странахъ писаннаго (римскаго) права, относится къ 2-й половинѣ 16 в., когда оборотъ характеризуется и въ провинціи значительнымъ оживленіемъ.

Таковъ именно эдиктъ Генриха II отъ 3 мая 1553 г. ¹⁾. По обыкновенію, эдиктъ начинается жалобами на злоупотребленія негласностью переходовъ собственности и возникновенія вещныхъ правъ. Для устраненія этихъ злоупотребленій эдиктъ и вводитъ слѣдующія начала.

Вещное право всякаго рода (собственность, ипотека, рента и т. д.), не можетъ быть пріобрѣтено на недвижимость по сдѣлкамъ между живыми иначе, какъ только путемъ записи титула въ книгу (инсинуацій и регистраціи). И только съ момента такой записи вещное право начинаетъ свое абсолютное дѣйствіе въ отношеніи 3-хъ лицъ. Владѣніе не имѣетъ тутъ значенія. И если бы нѣсколько лицъ производили свое вещное право отъ одного и того же ауктора, то, не взирая на моментъ вступленія во владѣніе кого-либо изъ нихъ, управомоченнымъ признается тотъ, кто раньше совершилъ запись своего права.

Но въ отношеніи контрагентовъ запись не требуется, какъ необходимая. Уступка началу записи была сдѣлана и въ другомъ направленіи; именно, записи подлежали права, цѣнность которыхъ не ниже 50 ливровъ (50 livres tournois); права низшей цѣнности освобождались отъ записи.

Запись совершалась по мѣсту нахождения недвижимостей, въ особу для того учреждаемыхъ регистратурахъ при судахъ.

Отъ этой-то организаціи законодатель и ожидалъ водворенія порядка въ вотчинно-ипотечномъ оборотѣ. Но многого такая организаціи не могла дать; въ ней мы находимъ лишь нѣсколько развитой институтъ римскаго права, им. actus publicus, далекий отъ непогрѣшимости. Организаціи не исключала ни виндикацій, ни оспариваній ипотекъ, даже въ 3-хъ рукахъ находящихся. Publica fides не была свойственна этой регистратурѣ. Къ внутреннимъ недостаткамъ организаціи присоединялись и внѣшніе: реестры велись въ хронологическомъ порядкѣ безо всякой системы, — отчего обзорность ихъ была крайне неудовлстворительной ²⁾. Наконецъ, организаціи вовсе не касалась молчаливыхъ законныхъ ипотекъ; эти ипотeki не подлежали записи, а онѣ служили всегда и вездѣ огромнымъ тормазомъ успѣшному ходу реального кредита.

¹⁾ Edit. Saint-Germain-en-Laye. 3 Mai 1553, Henri, II eod. XIII 314.

²⁾ Cp. Besson, les livres fonciers et la réforme hypothécaire, Paris 1891, стр. 74.

§ 50. Эдиктъ 1581 г.

Довольно близко по содержанию къ очерченной мѣрѣ стоитъ другая мѣра, введенная эдиктомъ 1581 г. ¹⁾ и носящая название *contrôle des actes extrajudiciaires*, созданная по плану знаменитаго государственнаго дѣятеля Сюлли.

Безпорядокъ отношеній между гражданами, безконечные процессы, подложныя сдѣлки, обходы закона, рупна благосостоянія подданныхъ, распушенность нотариусовъ, подставляющихъ въ своихъ актахъ мертвыхъ въ свѣдѣтели, совершающихъ подлоги даты, печати и т. д., такая запутанность актовъ, что трудно отличить между ними дѣйствительныя отъ подложныхъ, еще болѣе безотрадное положеніе актовъ *mortis s.*, гдѣ нерѣдки случаи, что умирающій не подписываетъ акта, а заинтересованныя лица усердствуютъ отмѣчать, что этого умершій не могъ сдѣлать по слабости здоровья, и все это во вредъ законнымъ наследникамъ, или, наоборотъ, законные наследники скрываютъ актъ завѣщанія, въ ущербъ послѣдникамъ по завѣщанію, — вотъ картина оборота того времени во Франціи, нарисованная эдиктомъ: попадающіеся на каждомъ шагѣ, эти безпорядки привели оборотъ къ плачевному состоянію: граждане затрудняются вступать въ договоры, нѣтъ покупателей и продавцовъ, оборотъ замираетъ; отъ этого страдаетъ и государственный интересъ: договоры купли остаются долго въ секретѣ и стоитъ много труда и усилій, чтобы отыскать ихъ въ массѣ нотаріальныхъ реестровъ; пропадаютъ и ленныя пошлины и доходы. Вывести оборотъ изъ этого положенія и составлять задачу эдикта.

Всякое вещное право (собственность, ипотека, рента, аренда, превышающая 9 лѣтъ, и т. д.), на какомъ бы титулѣ оно ни основывалось (сдѣлки между живыми или на случай смерти, даже продажа съ торговъ, *adjudication par décret*) ²⁾ не можетъ быть приобретено на недвижимость иначе, какъ только путемъ регистраціи титуловъ. Для регистраціи полагается 2-х-мѣс. срокъ. Регистрація, своевременно совершонная, сообщаетъ сдѣлкѣ обратное дѣйствіе къ моменту заключенія ея. Эта обратная сила записи представляетъ огромную уступку началу негласности, каковой уступки не знаетъ эдиктъ 1553 г., — и уступку не въ пользу новой системы. Въ самомъ дѣлѣ, если нѣсколько лицъ производятъ вещное право отъ одного и того же ауктора, то управомоченнымъ въ принципѣ признается тотъ, кто своевременно записанъ; овладѣніе не имѣетъ юридическаго значенія. Но если послѣ записи одного своевременно же заявился съ приобретательнымъ актомъ другой титулованный, сдѣлка коего совершена раньше, чѣмъ сдѣлка перваго записаннаго, тогда первый, не взирая на болѣе раннюю записъ его права, отпадаетъ и уступаетъ второму. Тутъ-то и заключается опасный характеръ системы эдикта 1581 г. Въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ записъ не обезпечиваетъ

¹⁾ Edit. Blois. Juin 1581 въ Recueil d'Isambert, XIV 493—99, № 129.

²⁾ Но не послѣдованіе по закону и не законныя ипотеки.

приобрѣтателю его приобретенія. И 3-е лицо въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ не можетъ довѣрять записи и не можетъ вступать съ записаннымъ собственникомъ ни въ какія отношенія по недвижимости.

Кромѣ этого недостатка, эдиктъ 1581 г. усвоилъ и все недостатки эдикта 1553 г. И по нему въ отношеніяхъ контрагентовъ записъ сдѣлки, по крайней мѣрѣ открыто, не требуется, какъ необходима; по нему также записъ обязательна лишь для правъ, превышающихъ извѣстную денежную цѣнность (*vingt escus* капитала или *trente sols* ренты); права низшей цѣнности не подлежатъ записи. Наконецъ, и онъ не затрогиваетъ законныхъ молчаливыхъ ипотекъ и сохраняетъ за ними дѣйствіе, хотя бы онѣ не были записаны. Эдиктъ многого ожидалъ отъ объединенія вотчиннаго дѣла въ рукахъ однихъ опредѣленныхъ органовъ, но и этого не провелъ послѣдовательно. Записъ приобретенія собственности, ипотеки и другихъ вещныхъ правъ по сдѣлкамъ между живыми должна была совершаться по мѣсту нахождения недвижимости. Тамъ же должны были записываться и сдѣлки, влекущія генеральную ипотеку. Но завѣщанія и прочія распоряженія на случай смерти достаточно было зарегистрировать по мѣсту жительства наследодателя или мѣсту его смерти. Такимъ образомъ, правоотношенія по одной недвижимости записывались въ книги, разбѣяныя въ разныхъ концахъ государства. Еще болѣе нарушалось начало объединенія записей тѣмъ, что, когда недвижимость лежала на границѣ нѣсколькихъ судебныхъ округовъ, договоры заносились въ книгу уже не мѣстныхъ судовъ, а королевскаго суда (*au siège royal*), гдѣ и содержался особый *manoir principal* для тѣхъ округовъ.

Контроль ввѣрялся судамъ разнаго рода, гдѣ и велись съ этой цѣлью реестры, находящіеся въ завѣдываніи контролеровъ (*controleur des titres*), назначаемыхъ лично королемъ.

Интересенты имѣютъ право справляться у контролера о содержаніи реестра и требовать выписей изъ реестровъ.

Принимаются мѣры для того, чтобы система дѣйствовала надежно и успѣшно; для этого устанавливается связь между дѣятельностью нотариусовъ и контролеровъ; строго регулируется и ввѣнный порядокъ веденія реестровъ и храненіе ихъ; устанавливается и санкціи нормъ въ формѣ суровыхъ каръ нарушителямъ предписаній эдикта.

Къ сдѣланнымъ выше критическимъ замѣчаніямъ объ эдиктѣ 1571 г. прибавимъ еще, что и этотъ эдиктъ ни въ матеріальномъ, ни въ формальномъ своемъ правѣ не дѣлаетъ никакихъ успѣховъ сравнительно съ эдиктомъ 1553 г., и высказанныя къ послѣднему эдикту заключительныя строки вполне относятся и къ эдикту 1571 г., даже еще въ большей степени.

И, тѣмъ не менѣе, эдиктъ высоко цѣнился современниками и потомками-французами и стоилъ дорого правительству ¹⁾.

¹⁾ См. Mémoires de Sully, principal ministre de Henri-le-Grand. T. IV. Paris 1814, стр. 539 и друг. Между прочимъ мы встречаемъ тамъ исповѣдь Сюлли о гонимомъ вавилоніи, которымъ министръ былъ провиненъ, когда создавалъ эдиктъ 1571 г.: „Il ouïroit être

§ 51. Эдиктъ 1673 г.

Задуманный другимъ знаменитымъ государственнымъ мужемъ Франціи, Кольберомъ, эдиктъ 1673 г. ¹⁾ пытался ввести гласный вотчинно-ипотечный режимъ во всей Франціи, т. е. и въ странахъ обычнаго права, въ которыхъ сохранились *nantissement*, *arrapriance* и т. д.

Эдиктъ потому рѣшается послѣгнуть на эти испытанныя учрежденія, что самъ воспринимаетъ ихъ идею и предполагаетъ лишь усовершенствовать ее. Однако, какъ ни восхваляли его потомъ французы, эдиктъ былъ далекъ отъ совершенства и уступалъ по своимъ достоинствамъ отбѣняемымъ имъ старымъ организациямъ странъ обычнаго права. Причина крылась въ томъ, что эдиктъ стоялъ большей частью на почвѣ писаннаго, т. е. римскаго права. Но общая мысль его была все же вѣрной и цѣль была имъ понята правильно, когда во введеніи къ нему говорилось, что заботы о благѣ подданныхъ и цѣлости ихъ имуществъ привели правительство къ убѣжденію, что цѣлость эта зависитъ, главнымъ образомъ, отъ мѣръ обезпеченія ипотечнаго оборота, средства же не найдено лучшаго, какъ придать всѣмъ ипотекамъ гласность. „Par ce moyen, заключаетъ эдиктъ свое введеніе, on pourra prêter avec sûreté et acquérir sans crainte d'être évincé; les créanciers seront certains de la fortune de leurs débiteurs et ne seront, ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possession par des charges ou hypothèques antérieurs“.

Но насколько потребность публицитета была ясно понята, настолько же начало публицитета было слабо проведено въ диспозитивной части эдикта.

Въ противоположность прежнимъ мѣрамъ, эдиктъ 1673 г. преслѣдуетъ болѣе узкія цѣли чисто ипотечной системы, а не вотчинной.

Всякая ипотека, привиллегія и рента, покоящаяся на любомъ титулѣ (даже на судебномъ приговорѣ или актѣ), подлежатъ предъявленію (*opposition*) въ специально учрежденныя съ этой цѣлью установленія (*greffes des enregistrements*) ²⁾. Предъявленіе должно состояться въ 4-мѣс. срокъ лицами, живущими внутри государства, и въ 6-мѣс. срокъ—лицами, живущими за границей. Срокъ исчисляется для договоровъ со дня ихъ совершенія, а для судебныхъ приговоровъ и ареста—со дня объявленія ихъ ³⁾. Своевременно со-

établi en même temps, pour détruire ce mal jusque dans sa source, qu'aucune personne de quelque qualité ou condition qu'elle pût être, n'eût pu emprunter une somme, censée considérable, par rapport, à ses facultés, ni aucun autre la lui prêter sous peine de la perdre, sans qu'il fût déclaré en même temps dans les contrats ou obligations, à quoi on prétend employer cet emprunt, quelles dettes peut avoir déjà l'emprunteur, à quelles personnes, sur quels biens, et ce qui lui reste de revenus, tant pour assurer cette dette, que pour entretenir sa famille“... См. еще Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris MDCCC. XXVII, т. 15, пренія въ государств. совѣтъ по поводу ипотечнаго права Наполеонова кодекса.

¹⁾ Edit. mars 1673. Versailles; Recueil d'Isambert XIX 73—83, № 718.

²⁾ § 12, 24.

³⁾ § 23, 24.

временное предъявленіе имѣетъ обратное дѣйствіе къ моменту возникновенія ипотеки привиллегіи или ренты ¹⁾.

Юридическое дѣйствіе предъявленія состоитъ въ томъ, что предъявленные ипотеки имѣютъ преимущество передъ непредъявленными, хотя-бы и старѣйшими ²⁾. Но между своевременно предъявленными ипотеками и рентами преимущество опредѣляется моментомъ возникновенія сдѣлки, а не моментомъ предъявленія ³⁾. Между предъявленными, далѣе, сохраняютъ свое значеніе и свойства привилегированности однихъ правъ и непривилегированности другихъ ⁴⁾.

Вовсе непредъявленные права ипотеки, привиллегіи и ренты признаются открыто дѣйствительными, только уступающими предъявленнымъ правамъ; между собою они располагаются по времени возникновенія ⁵⁾.

Права, предъявленные по истеченіи срока, установленнаго на то, получаютъ преимущественное дѣйствіе лишь съ момента предъявленія ихъ ⁶⁾. Если предъявленіе состоитъ для нѣсколькихъ заповѣданныхъ правъ въ одинъ и тотъ же день до или послѣ полудня, ихъ приоритетъ опредѣляется временемъ ихъ возникновенія и привилегированными ихъ свойствами ⁷⁾.

Все сказанное относится и къ случаю, когда кредиторъ, имѣющій генеральную ипотеку, хочетъ обезпечить себѣ право на вновь приобрѣтенныя должникомъ недвижимости ⁸⁾.

Предъявленіе допускается одно для нѣсколькихъ правъ и въ отношеніи нѣсколькихъ имѣній, находящихся въ одномъ округѣ ⁹⁾.

Предъявленію съ его послѣдствіями подлежатъ и переходъ правъ, подлежащихъ предъявленію, изъ руки I-го приобрѣтателя въ руки 3-хъ лицъ ¹⁰⁾. При чемъ второй приобрѣтатель можетъ совершить прѣъявленіе даже и тогда, когда первый приобрѣтатель, его аукторъ, не сдѣлалъ для себя никакого предъявленія ¹¹⁾.

Должникъ же во всякомъ случаѣ обязывается совершить предъявленіе установленныхъ имъ на свои недвижимости ипотеки и т. д., подѣ страхомъ быть преслѣдуемымъ въ противномъ случаѣ уголовнымъ порядкомъ за обманъ (*stellionat*) ¹²⁾.

Такъ какъ во Франціи кредитъ покоился на началѣ генеральной ипотеки, которая *ipso jure* была присуща всякому личному требованію, и книги

¹⁾ § Eod.

²⁾ § 21.

³⁾ § 28.

⁴⁾ § 24.

⁵⁾ § 41.

⁶⁾ § 25.

⁷⁾ § 40.

⁸⁾ § 27.

⁹⁾ § 39.

¹⁰⁾ § 34—38.

¹¹⁾ Eod.

¹²⁾ § 26.

велись по лицамъ, а не имѣнямъ, даже въ позднѣйшую эпоху, наконецъ, все французское право проникнуто личнымъ, а не имущественнымъ началомъ, то и предъявленіе ипотеки направлялось на субъекта недвижимостей, а не на самыя недвижимость.

Заявленіе, сдѣланное въ отношеніи должника при жизни его, дѣйствительно и въ отношеніи наследника ¹⁾. Не заявившіеся со своимъ правомъ до смерти должника могутъ еще предъявить свои права въ теченіе 4-хъ мѣс. по смерти должника, и тогда предпочитаютъ кредиторамъ наследника въ отношеніи наследства; опоздавшіе же получаютъ право на наследственное имущество лишь съ момента предъявленія ²⁾.

Однако, предъявленію подлежали вообще лишь права, превышающія цѣнность 200 ф. капитала или 10 ф. ренты. Прочія же права сохраняли свою силу и привилегированное положеніе и безъ записи ихъ, если только совокупность ихъ не превышала указанныхъ предѣловъ ³⁾.

Незвирая на размѣры цѣнности, отъ предъявленія были освобождены:

1. Ипотеки и привилегіи короли на имущество контаблей; онѣ имѣютъ полное дѣйствіе и безъ предъявленія ⁴⁾.

2. Ипотеки малолѣтнихъ на имущество опекуновъ и попечителей, завѣдующихъ имуществомъ (comptables), но не ипотеки лицъ, пользующихся привилегіей наравнѣ съ малолѣтними. Послѣднія подлежатъ предъявленію.

Но и первыя, т. е. ипотеки малолѣтнихъ, когда малолѣтнія достигнутъ совершеннолѣтія, предъявляются ими въ теченіе 1 года съ момента совершеннолѣтія, и только тогда ипотеки сохраняютъ свое дѣйствіе со дня возникновенія ихъ; иначе же онѣ имѣютъ дѣйствіе лишь со дня предъявленія ихъ ⁵⁾.

3. Ипотека жены на имущество мужа по поводу приданого и другихъ имущественныхъ правъ, возникающихъ для нея изъ брака, имѣетъ полное дѣйствіе съ момента заключенія брака и безъ предъявленія. Но жены, отдѣленные отъ мужей, обязываются предъявить свою ипотеку на имущество мужа въ теченіе 4 мѣс. съ момента объявленія приговора объ отдѣльномъ жительствѣ жены (séparation du corps). Иначе, ихъ ипотека займетъ мѣсто среди другихъ ипотекъ лишь по моменту предъявленія ея. Вдовы должны совершить то же самое и съ тѣми же послѣдствіями въ теченіе 1 г. со дня смерти мужей ⁶⁾.

4. Ипотека дѣтей на имущество отца по поводу управленія послѣдняго имуществомъ первыхъ (douaire des enfans), гдѣ она въ обычаѣ. И тутъ дѣти, ставъ совершеннолѣтними, должны предъявить такія ипотеки въ теченіе 4 м. со смерти отца, съ тѣми же послѣдствіями ⁷⁾; и нѣкотор. др. ⁸⁾.

1) § 30.

2) § 31. Но противъ сингулярнаго преемника предъявленіе, конечно, не имѣло мѣста.

3) § 22.

4) § 56.

5) § 57, 58.

6) § 60—64.

7) § 65.

8) §§ 66—67.

Въ интересъ больше ипотечныхъ кредиторовъ, чѣмъ приобретателя, эдиктъ устанавливаетъ обязанность предъявлять и сдѣлки объ отчужденіи недвижимостей въ теченіе 4 мѣс. и судебные приговоры того же рода. Эта обязанность возлагается на отчуждателя и санкционируется суровой мѣрой преслѣдованія его въ противномъ случаѣ, какъ виновника въ stellionat ¹⁾. На приобретателя же возлагается обязанность (кромѣ случаевъ приобретенія mortis c.) объявить по извѣстной формѣ о своемъ приобретеніи тѣмъ ипотечнымъ кредиторамъ, которые предъявили свои ипотеки и т. д. на отчуждаемую недвижимость, будутъ ли это первые приобретатели подобныхъ правъ или цессіонаріи (sous-ordre). Эта обязанность санкционируется тѣмъ, что приобретатель недвижимости, не объявившій о приобретеніи ипотечнымъ кредиторамъ, не пользуется иной давностью, кромѣ 30-лѣтней (повидному, въ отношеніи притязаній ипотечныхъ кредиторовъ) ²⁾. Судебный приговоръ, присуждающій недвижимость лицу, третируется ничтожнымъ, если не совершенно объявленіе ипотечнымъ кредиторамъ о переходѣ по судебному приговору права собственности къ другому лицу ³⁾. Эти мѣры находятъ объясненіе не столько въ природѣ генеральной ипотеки, сколько во французскомъ институтѣ очистки недвижимости отъ иптекъ, сопровождавшей отчужденіе недвижимости и грозившей ипотечнымъ кредиторамъ утратой ихъ правъ, не предъявленныхъ въ процессѣ объ очисткѣ.

Въ цѣляхъ осуществленія системы opposition учреждаются особыя канцеляріи (greffes d'enregistrement) въ разныхъ административно-судебныхъ округахъ; во главѣ канцелярій стоятъ и завѣдуютъ дѣломъ секретари (greffiers des enregistrements) ⁴⁾. Эдиктъ много заботится о возможной надежности организаціи, устанавливаетъ рядъ мѣръ, цѣлящихся обезпечить достоинство чиновниковъ ⁵⁾, исправность и точность реестровъ, въ которые записываются предъявленные ипотеки, ⁶⁾, обезпеченіе реестровъ отъ несчастныхъ случаевъ ⁷⁾ и т. п. ⁸⁾. Изготовленіе книгъ, веденіе ихъ и завершеніе ставится подъ надзоръ суда, который и наблюдаетъ за точнымъ примѣненіемъ указанныхъ предписаній веденія книгъ ⁹⁾. () формѣ книгъ предписывается, что листы ея дѣлятся горизонтально на двѣ половины, но цѣль дѣленія не указывается ¹⁰⁾.

Не менѣе заботливо регламентируется и форма, и содержаніе самаго акта предъявленія (opposition). Актъ письменный указываетъ цѣну права и при-

1) § 26.

2) § 42.

3) § 47—52.

4) § 1.

5) § 2.

6) § 3, 7 и друг.

7) § 10.

8) § 11.

9) § 5, 6, 8, 9.

10) § 4.

роду его, ими кредитора и должника, титулъ права, дату совершенія сдѣлки, ими нотариуса, совершавшаго ее, и отмѣтку о томъ, предъявляется ли подлинникъ или копія сдѣлки; если право основывается на судебномъ приговорѣ или арестѣ, указывается и юрисдикція суда ¹⁾. Далѣе указывается домиціи кредитора, время предъявленія, до или послѣ объѣда, подпись представителя и секретаря канцеляріи ²⁾. Указывается точное положеніе недвижимости и названіе, равно имя собственника ³⁾.

Предъявленіе совершается по мѣсту нахожденія недвижимости ⁴⁾. Секретарь записываетъ опредѣленіе въ реестръ ⁵⁾. По требованію сторонъ, секретарь даетъ выписъ изъ реестра, съ указаніемъ мѣста и времени записи оппозиціи въ реестръ, или же удостовѣреніе, что никакихъ правъ на данное лицо въ реестръ не значится ⁶⁾. За правильность даваемыхъ свѣдѣній секретарь отвѣчаетъ ⁷⁾.

Несмотря на то, что эдиктъ появился въ эпоху расцвѣта системы просвѣщеннаго абсолютизма, онъ вовсе не знаетъ начала легалитета, начала опеки власти надъ подданными, какъ вообще не знаетъ легалитета вся исторія французскаго ипотечнаго режима вплоть до нашихъ дней.

Читатель не повѣрилъ бы, что эдиктъ вышелъ при Людовикѣ XIV и былъ произведеніемъ Кольбера, если бы мы не отмѣтили въ заключеніи, что каждый шагъ сторонъ и секретаря оплачивался высокой пошлиной ⁸⁾.

Какъ я уже сказалъ, эдиктъ отмѣняетъ дѣйствующія формы установленія ипотекъ во всѣхъ coutumes de nantissement, насколько эти формы не ствѣчаютъ опредѣленіямъ эдикта ⁹⁾.

Эдиктъ пользовался большимъ уваженіемъ даже у принципиальныхъ противниковъ гласности ипотeki, какъ D'Agessseau ¹⁰⁾, а тѣмъ болѣе у сторонниковъ ея, и служилъ для послѣднихъ историческимъ аргументомъ за публицитетъ ипотекъ даже гораздо позднѣе, именно при обработкѣ Наполеонова кодекса ¹¹⁾. Однако, современный юристъ не можетъ не сдѣлать многихъ и многихъ упрековъ праву эдикта 1673 г. Эдиктъ вноситъ то положительное

¹⁾ § 13.

²⁾ § 14.

³⁾ § 15.

⁴⁾ § 12 i. f. и друг.

⁵⁾ § 19 и друг.

⁶⁾ § 19, 73.

⁷⁾ § 74.

⁸⁾ § 76, 6, 8 и друг.

⁹⁾ § 71.

¹⁰⁾ D'Agessseau, Oeuvres, Paris MDCC LXXXIX, т. XIII, стр. 620: „Toutes les dispositions de cette loi (эдикта 1673) furent méditées avec un soin qui se fait encore sentir à tous ceux qui la lisent, et qui fait voir que ceux qui travaillèrent à la rédiger croyoient travailler pour l'éternité“. И это говоритъ Дагессо въ работѣ, посвященной отрицательной критикѣ аналогичнаго эдикта 1771 г.

¹¹⁾ См. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, MDCCC XXVII, т. 15, пренія госуд. совѣта.

въ правообразованіе Франціи, что онъ обстоятельнѣе прежнихъ мѣръ регулируетъ вопросъ, для чего и сосредоточиваетъ все вниманіе на одномъ только институтѣ ипотeki. Далѣе, онъ характеризуется постепенностью своихъ мѣропріятій, осторожностью и общей сдержанностью. Но и при всемъ этомъ эдиктъ 1673 г. страдаетъ всѣми недостатками прежнихъ эдиктовъ. Начало публицитета прорѣзывается въ немъ важными исключениями для законныхъ ипотекъ; дѣйствіе публицитета ослаблено обратнымъ дѣйствіемъ предъявленія къ моменту установленія сдѣлки; вѣдущія организаціи реестровъ прежнія хронологическая, неудобная для обозримости отношеній. Переходы собственности имъ вовсе не урегулированы сами по себѣ. Въ виду всего этого приходится признать правильнымъ замѣчаніе Besson ¹⁾, что этотъ эдиктъ, какъ и прежніе, лишь хочетъ замѣнить институтъ décret volontaire и избѣжать грубыхъ недостатковъ послѣдьяго. Décret volontaire имѣлъ цѣлью вскрыть составъ правоотношеній по недвижимости и призвать ихъ къ свѣту во время уже ихъ существованія, чаще всего при переходѣ собственности изъ однихъ рукъ въ другія; эдикты же, особенно 1581 г. и 1673 г., задались цѣлью вскрыть правоотношенія при самомъ ихъ возникновеніи, но цѣль вскрытія лишь та же и въ мѣрахъ эдиктовъ, кака была въ институтѣ décret volontaire, т. е. цѣль очистки недвижимости отъ ипотекъ. Этой цѣлью объясняется все.

Но эдиктъ 1673 г. имѣлъ уже такой порокъ, какого не имѣли предшествующіе эдикты, именно дороговизну производства, финансовую цѣль, откровенно выступающую за каждымъ артиклемъ эдикта.

И все-таки эдиктъ 1673 г. могъ сослужить службу дѣлу реального кредита, хотя и относительную, т. к. онъ все же долженъ былъ повлечь вскрытіе имущественной состоятельности лицъ.

Однако, этому не суждено было случиться: въ слѣдующемъ же 1674 г. въ апрѣлѣ эдиктъ былъ отмѣненъ ²⁾; отмѣняющій эдиктъ мотивируетъ отмѣну „благодѣтельнаго“ эдикта 1673 г. тѣмъ, что время военныхъ дѣйствій не благоприятствуетъ трудному дѣлу проведенія эдикта въ жизнь. Но въ обществѣ объясняли отмѣну иными причинами: сторонники эдикта указывали на враждебное отношеніе къ нему вліятельной французской знати, для которой вскрытіе имущественнаго положенія ея было равносильно банкротству и потерѣ кредита; враги же эдикта объясняли отмѣну враждебнымъ отношеніемъ къ эдикту народныхъ массъ, которыя видѣли въ правѣ эдикта лишь поводъ къ новымъ налогамъ. Въроятнѣе, однако, что дѣйствовали всѣ эти причины вмѣстѣ ³⁾.

¹⁾ Besson. Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Paris 1891, стр. 78—81.

²⁾ Edit. avril 1674. Versailles. Recueil d'Isambert XIX 133, № 769.

³⁾ См. D'Agessseau, eod.; Besson, eod.; Fenet, eod., особенно же Testament politique de messire Jean Baptiste Colbert, Ministre et Secrétaire d'Etat, MDCXCIII стр. 474 и сл.: „...le parlement n'eut garde de souffrir un si bel établissement qui eut coupé la tête à l'hydre des procès dont il tire toutes sa substance. Il remontra que la fortune des plus grands de la cours s'alloit anéantir par là; et qu'ayant pour la plupart plus de dettes que de biens,

§ 52. Другой специальный эдикт 1673 г.

Отъ того же марта 1673 г. мы имѣемъ и другой еще эдиктъ, преслѣдующій аналогичныя первому цѣли, но лишь въ специальной сферѣ ипотекъ, обременяющихъ ренты, установленныя на королевскіе домены. Этотъ специальный эдиктъ ¹⁾ имѣетъ общую цѣль съ первымъ и нѣкоторымъ постановленіемъ, но онъ содержитъ и много особеннаго; онъ интересенъ по своимъ историческимъ судьбамъ въ сферѣ, нами изслѣдуемой.

Эдиктъ вызванъ общими безпорядками оборота. Оборотъ рентъ на королевскіе домены также тормазился тѣмъ, что надежное приобрѣтеніе ихъ безъ соблюденія вынужденнаго производства и преклюзивнаго приговора (*décret volontaire*) было невозможно. А это производство стоило дорого, „поглощало нѣрѣдко большую часть капитала“ и требовало много времени. Для оживленія оборота второй эдиктъ и предписываетъ:

Кредиторы, имѣющіе на такіа ренты ипотеку, совершаютъ предъявленіе своей ипотеки (*opposition*) особо для того назначенному чиновнику. Такое предъявленіе сохраняетъ право ипотеки съ полнымъ дѣйствіемъ на 1 годъ.

И лица, претендующія на право собственности на ренту, заявляютъ о своемъ правѣ тому же чиновнику. И тогда они свободны отъ совершения великихъ другихъ мѣръ, необходимыхъ для надежнаго приобрѣтенія собственности на ренту (какъ *décret volontaire*). Лица же, приобрѣтающія впредь право собственности на ренту по какому-либо титулу, всякій разъ выправляютъ на приобрѣтеніе особыя *lettres de ratification*, цѣлящіяся фиксировать составъ правоотношенія на данную ренту, или, что то же, — очистить ренту отъ негласныхъ ипотекъ, — подобно *décret volontaire*. Именно, въ силу *lettres de ratification*, приобрѣтенныя ренты становятся чисты отъ всякихъ правъ и ипотекъ, возникшихъ за долги предшественниковъ и не предъявленныхъ (*opposition*) во-время чиновнику. Рента въ рукахъ новаго собственника ей остается обремененной только предъявленными по формѣ ипотеками. И тутъ не требуется болѣе *décret volontaire*, замѣнить который мѣры эдикта только и были призваны.

Для осуществленія системы этого эдикта учреждается особая должность 4-хъ хранителей ипотеки (*4 nos conseillers, greffiers conservateurs des hypothèques desdites rentes*). Эти чиновники имѣютъ доступъ къ печати, хранящейся въ королевской канцеляріи (*notre grande chancellerie*). Они ведутъ надежныя реестры оппозиціямъ, которыя предъявляются имъ ипотечными кредиторами и которыя они записываютъ въ реестрѣ. При реестрахъ ведутся для облегченія справокъ особыя указатели (*exploits*). Каждыя $\frac{1}{4}$ года реестры передаются новому чиновнику, — мѣра, которая, для успѣха дѣла, была только

ils ne trouveroient plus de ressource d'abord que leurs affaires seroient découvertes... Подлинность памятника потому подвергалась сомнѣнію, но правдоподобіе сообщеній признавалось. См. Fenet, цит. трудъ, т. 15, предія госуд. сов.

¹⁾ Edit. mars 1673. Versailles. Recueil d'Isambert XIX 83—86. № 719. — Этотъ эдиктъ вродиваетъ связь на сущность эдикта 1673 г.

вредной и которая находить собѣ объясненіе въ извѣстныхъ всемъ особенностяхъ управленія Людовика XIV.

Интересантамъ выдаются справки и извлеченія изъ книгъ о зарегистрированныхъ оппозиціяхъ. А лицамъ, приобрѣтающимъ ренты въ собственность, выдаются *lettres de ratification*. *Lettres* изготовляются этими чиновниками, по наведенію справокъ въ реестрахъ о записанныхъ тамъ оппозиціяхъ ипотекъ. Итоги поисковъ отмѣчаются на поляхъ *lettres*. Отысканныя оппозиціи отмѣчаются съ именами оппонентовъ, количествомъ оппозицій, датой наведенія справки. Дата имѣетъ огромное значеніе, опредѣляя моментъ, къ которому относится данный составъ правоотношенія по рентѣ. Послѣ этого на *lettres* прилагается печать въ королевской канцеляріи. Чиновникъ отвѣчаетъ за погрѣшности при указаніи оппозицій лично. Каждый шагъ оплачивается пошлиной. Въ остальномъ и по введеніи эдикта все остается по прежнему. Въ частности, возникновеніе ипотекъ по эдикту совершается дѣйствительнымъ образомъ и безъ оппозицій, какъ равно и приобрѣтеніе рентъ — совершается дѣйствительнымъ образомъ и безъ *lettres de ratification*. Только надежность приобрѣтенія гарантируется мѣрами эдикта.

Такимъ образомъ, эдиктъ уже совершенно отказывается отъ публичнота приобрѣтенія, и все, что онъ имѣетъ въ виду, — это замѣнить *décret volontaire* — оппозиціей и *lettres de ratification*, взятая съ обѣихъ сторонъ не малую пошлину, ежегодно возобновляемую, такъ какъ и вся обезпеченность даруется имъ только на 1 годъ. Но все же мѣры эдикта были и быстрые, и легче, чѣмъ *décret volontaire*.

Эдиктъ остался въ дѣйствіи ¹⁾ и послужилъ позднѣе образцомъ дальнѣйшихъ мѣропріятій въ области общаго права.

§ 53. Другія мѣры современныя и послѣдующія за эдиктами 1673 г.

Если правительство Людовика XIV и не забывало фискальнаго интереса даже тамъ, гдѣ онъ менѣе всего могъ быть преслѣдуемъ, если оно, далѣе, не останавливалось и передъ вредными для дѣла комбинаціями, когда это было нужно, чтобы пристроить многочисленный штатъ должностныхъ лицъ безъ мѣта, все же и оно кое-что дѣлало въ новомъ направленіи такого, что на виду связано было съ отказомъ фиска отъ нѣкоторыхъ преимуществъ въ интересахъ улучшенія условій реального кредита.

Такъ, эдиктомъ отъ 1669 г. ²⁾ дается ограничительное толкованіе деклараціи 1665 г. ³⁾, слишкомъ расширявшей законныя ипотеки фиска на имущество чиновниковъ-контаблей. А когда на практикѣ и эдиктъ 1669 г. стали толковать въ духѣ деклараціи 1665 г., то правительство издало новую декларацію отъ 11 дек. 1673 г. ⁴⁾, подтверждающую ограничительный

¹⁾ См. Декларация 30 июня 1673, 4 ноября 1680 и эдиктъ 1706 у Isambert, XIX 113, № 735; 254 № 978; и XX 485 № 1999.

²⁾ Recueil d'Isambert XVIII 329, № 576.

³⁾ Передается въ деклараціи 1673 г.

⁴⁾ Rec. d'Isambert XIX 123, № 750.

смысль эдикта 1669 г. въ отношеніи деклараціи 1665 г. Мотивомъ ограничительнаго толкованія служить то, что вызвавшія деклараціи 1665 г. исключительными условіями (безпорядки финансоваго управленія) устранены, а мѣра деклараціи препятствуетъ, между тѣмъ, возстановленію кредита чиновниковъ, имущества коихъ обременены чрезмѣрной законной привиллегіей въ пользу фиска.

Впрочемъ, на этомъ относительно умѣреніи привиллегій фиска правительство и остановилось. За фискомъ остались еще широкія преимущества, и институтъ негласныхъ ипотекъ фиска, крайне вредный для интересовъ реального кредита, оставался и неоднократно настойчиво подтверждался; ипотечки короля на ренты контаблей были изъяты отъ дѣйствія *lettres de ratification*, а способъ очистки ипотекъ на имѣнья, приобретаемыя королями (Roi=Etat), былъ исключительно легкимъ. Такъ что и въ роли кредитора, и въ роли должника фискъ, или король (источники употребляютъ оба термина въ одномъ значеніи) пользовался исключительно привилегированнымъ положеніемъ. А при широкой жизненной роли фиска, при служеніи массы землевладѣльцевъ государству, это положеніе должно было сильно вредить ипотечному обороту¹⁾. Въ заключеніе добавлю, что строй этихъ привиллегій фиска характеризуется такимъ юридическимъ беззвусіемъ, такимъ отсутствіемъ всякаго руководящаго начала, что онъ одинъ можетъ уже иллюстрировать всю ту бездарность, какую французы обнаружили въ правовой организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота не только въ разсматриваемомъ періодѣ, но и во все позднѣйшее время вплоть до нашихъ дней, и какалъ можетъ найти себѣ объясненіе только въ томъ, что во Франціи пустила глубочайшіе корни доктрина естественнаго права (ниже).

§ 54. Эдиктъ 1771 г.

Во второй половинѣ 18 столѣтія, именно въ 1771 г., дѣлается опять попытка урегулировать оборотъ недвижимостей, и снова — на началахъ ипотечной, но не вотчинной системы. Эдиктъ 1771 г.²⁾ открыто заявляетъ о своей преемственной связи съ обоими эдиктами отъ марта 1673 г. Цѣль его — это цѣль общаго права Кольберовскаго эдикта, средства же — это средства спеціальнаго права другого эдикта 1673 г., имѣвшаго узкую сферу примѣненія къ рентамъ на королевскіе домены. Вызванъ эдиктъ застарѣлыми жалобами на безпорядокъ оборота, эвикціи, разорительные процессы и неудовлетворительность, разорительность и медленность *décret volontaire*, служащаго до сихъ поръ единственнымъ средствомъ общаго права, могущимъ помочь сторонамъ при переходѣ недвижимости въ другія руки. Законодатель, по-прежнему, увѣренъ, что дѣлу можетъ помочь гласность и

¹⁾ Кроме деклараціи 1665 г., эдикта 1669 г. и деклараціи 1673 г., см. еще декларацію отъ 4 н. 1680, декларацію 1689 г., эдиктъ 1706 г., деклар. 11 окт. 1707 г., эдиктъ 1693 г. Находятся у Isambert, XIX 113; XX 485; XX 78; XX 526; XX 195.

²⁾ Recueil d'Isambert XXII 530 № 1014.

обезпеченность ипотечнаго оборота. Въ нѣкихъ послѣднихъ эдиктѣ и предписывается:

Кредиторы и всѣ, имѣющіе претензію на право привиллегій и ипотекъ на реальные и идеальные (фиктивные) недвижимости, всякаго рода и мѣста нахождения, должны совершать впродъ оппозицію своихъ правъ у хранителей (*conservateurs*) по мѣсту нахождения недвижимостей. И тогда они сохраняютъ свои ипотечки и привиллегіи, несмотря на переходы собственности на обремененныя недвижимости и на сопровождающія такіе переходы *lettres de ratification* (о которыхъ ниже)¹⁾. Но дѣйствіе оппозиціи сохраняется только въ теченіе 3 лѣтъ²⁾. Чтобы право сохранило свое дѣйствіе и на дальнѣйшее время, требуется возобновленіе оппозиціи, хотя бы и до истеченія 3-хъ лѣтъ³⁾. Формулировка послѣдняго положенія указываетъ на плохо скрытую въ эдиктѣ фискальную цѣль, вполне понятную въ эпоху угнетеннаго финансоваго положенія, переживавшагося въ то время Франціей.

Обязанности предъявленія повинны всѣ, безъ различія положенія, въ частности и малолѣтніе, и ограниченныя въ дѣеспособности по другимъ основаніямъ (*interdits*), отсутствующіе, *les gens de main-morte*, жены, состоящія подъ властью мужей, законные представители, какъ опекуны, управители, синдики и директоры торговыхъ товариществъ, и т. д.⁴⁾

Изъ этого общаго правила эдиктъ знаетъ, однако, нѣсколько исключеній: 1) ипотечка жены на имущество мужа, при жизни послѣдняго, свободна отъ оппозиціи; 2) тоже — ипотечка дѣтей на имущество отца, по случаю управленія послѣднимъ ихъ *biens non ouverts*; 3) наконецъ, нѣкоторые права феодальныхъ сеньоровъ, какъ таковыхъ⁵⁾.

Срока для совершенія оппозиціи эдиктъ не опредѣляетъ.

Ипотечки не предъявленныя, но повинныя предъявленію, сохраняютъ свою силу, онѣ только: 1) уступать предъявленнымъ, 2) гаснуть при переходѣ имѣнья въ 3-ю руку (очевидно, если переходъ сопровождается выправленіемъ *lettres de ratification*). Въ этомъ духѣ регулируется и расположеніе ипотекъ въ конкурсахъ⁶⁾.

Для того, чтобы придать ипотечкамъ большую гласность, а также и для того, чтобы этимъ путемъ обезпечить приобрѣтеніе собственности, эдиктъ 1771 г., по образцу эдиктовъ 1673 г., привлекаетъ къ своей системѣ и переходы собственности.

Всѣ приобрѣтатели недвижимостей, реальныхъ или (фиктивныхъ) идеальныхъ, по какому бы титулу они ни приобрѣли таковыя, обязываются, при каждой переимѣнѣ въ лицѣ собственника, выправлять *lettres de ratification*, ратификаціонную грамоту, если только желаютъ фиксировать составъ ипо-

¹⁾ § 12, 15.

²⁾ § 16.

³⁾ § 16.

⁴⁾ § 17, 18.

⁵⁾ § 32, 34.

⁶⁾ § 19.

текъ и другихъ вещныхъ правъ на приобретаемую недвижимость, или, какъ выражается эдиктъ, имѣя въ виду цѣль мѣры — „очистить недвижимость отъ ипотекъ“ ¹⁾ Ратификационная грамота имѣетъ своимъ послѣдствіемъ очистку недвижимости отъ всѣхъ привилегій и ипотекъ, установленныхъ продавцомъ, управомоченные по которымъ пренебрегли совершить оппозицію своихъ правъ ²⁾. Но въ отношеніи права собственности грамота не даетъ приобретателю больше, чѣмъ имѣлъ отчуждатель и чѣмъ онъ уже передалъ приобретателю по акту приобретенья ³⁾.

Грамота выправляется по мѣсту нахождения недвижимости. Если послѣдняя расположена въ нѣсколькихъ округахъ, то грамота подлежитъ предварительной провѣркѣ и наложенію печати во всѣхъ округахъ, иначе на недвижимость сохраняютъ свое дѣйствіе всѣ ипотeki, установленныя отчуждателемъ, въ той долѣ ея, которая расположена въ округѣ, гдѣ грамота не была опечатана ⁴⁾. Исключеніе допускается только для перехода леновъ и сенборій; тутъ достаточно, чтобы грамота была опечатана по мѣсту нахождения главной массы имѣнья ⁵⁾.

Для выполненія очерченныхъ операций, учреждаются въ округахъ (bailliage et sénéchaussée) особыя канцеляріи, а въ нихъ особыя должности хранителей ипотекъ, хранителей печати и секретарей (conservateurs des hypothèques, gardes des sceaux, greffiers expéditionnaires desdites lettres de ratification ⁶⁾). Хранители ипотекъ ведутъ реестръ на гербовой бумагѣ, съ соблюденіемъ при этомъ строгой точности и порядочности, приличныхъ свойству и значенію его. Въ реестръ и записываются оппозиціи немедленно по ихъ поступленіи ⁷⁾.

Общій порядокъ производства въ установленіи различается для совершенія оппозиціи и для выдачи ратификаціонной грамоты.

а) При оппозиціи производство то же, какое было установлено на этотъ случай специальнымъ эдиктомъ 1673 г. Новы лишь нѣкоторыя детали да еще то, что оппонентъ указываетъ условно избранный имъ домиціалій въ мѣстѣ нахождения канцеляріи, по каковому домиціалію и направляются потомъ юридически дѣйствительнымъ образомъ всѣ официальные акты, повѣстки, извѣщенія и т. д., предназначенныя для оппонента ⁸⁾ б) Приобрѣтатель недвижимости, желающій выправить ратификаціонную грамоту, представляетъ въ канцелярію по мѣсту нахождения недвижимости актъ приобретенья. Когда же отчуждается идеальная недвижимость, предъявленіе совершается въ канцелярію по мѣсту жительства отчуждателя. А такъ какъ послѣднее можетъ измѣняться, то отчуждатель доказываетъ въ актѣ отчужденія или въ осо-

¹⁾ § 6.

²⁾ § 7.

³⁾ § 7; ср. § 33.

⁴⁾ § 12.

⁵⁾ eod.

⁶⁾ § 1, 2.

⁷⁾ § 21.

⁸⁾ § 20—24.

бомъ нотаріальномъ актѣ своей домиціалій за 3 послѣднихъ года. Такъ какъ 3 года есть преклюзивный срокъ для оппозиціи, то приобретатель всегда съ этими данными будетъ обезпеченъ отъ всякихъ неожиданностей. Секретарь, которому предъявляется актъ приобретенья, обязанъ въ теченіе 3-хъ дней, по представленіи акта, выставить на особой доскѣ, нарочно для того помѣщенной въ залѣ канцеляріи, извлеченіе изъ договора, содержащее данныя о переходѣ собственности, цѣнѣ и условіяхъ приобретенья. Извлеченіе виситъ 2 мѣс. и до истеченія этого срока не выдается и ратификаціонная грамота ¹⁾.

Кредиторы продавца благоволятъ являться за этотъ періодъ для надбавки цѣны. И тогда покупательъ удерживаетъ за собою предметъ лишь подъ условіемъ, что согласится дать высшую предложенную кредиторомъ цѣну. Затѣмъ изготовляется грамота. Прежде чѣмъ наложить печать на грамоту, наводятся справки о заявленныхъ ипотекѣхъ и т. п. на недвижимость. Найденныя оппозиціи отмѣчаются на поляхъ грамоты, и послѣдняя опечатывается съ бременемъ заявленныхъ ипотекъ; эти ипотeki и остаются въ дѣйствіи безъ того, чтобы кредиторы возобновили ихъ въ отношеніи новаго приобретателя (по случаю перехода собственности въ другія руки; периодическое же возобновленіе оппозицій обязательно каждые 3 г.). Если заявленныхъ ипотекъ не встрѣчается, грамота опечатывается безъ оговорокъ. Производство съ опечатаніемъ заимствуется изъ практики королевской канцеляріи ²⁾.

За дѣйствія свои, особенно за упущенія при указаніи оппозиціи, чиновники отвѣчаютъ передъ сторонами лично ³⁾.

Когда недвижимость отчуждается съ публичнаго торга (décret forcé), кредиторы, введенные во владѣніе недвижимостью, обязываются, по крайней мѣрѣ за 1 мѣс. до присужденія недвижимости съ торговъ, объявить о своемъ владѣніи кредиторамъ, совершившимъ оппозицію своихъ ипотекъ на такую недвижимость, по домиціалію кредиторовъ, иначе и публичные торги будутъ ничтожны въ интересъ кредиторовъ ⁴⁾.

Въ переходномъ правѣ эдиктъ отмѣняетъ опять всѣ національныя формы возникновенія ипотeki, извѣстныя coutumes de nantissement ⁵⁾.

Окончательно отмѣняется и décret volontaire, такъ какъ ратификаціонная грамота только и предназначена замѣнить декреты.

Эдиктъ 1771 г. привился, былъ декларированъ ⁶⁾ и имѣлъ историческое значеніе, служа образцомъ для нѣкоторыхъ революціонныхъ проектовъ, державшихся начала негласной ипотeki ⁷⁾. Ибо система 1771 г. есть, въ сущности, система полной негласности ипотекъ. Ни дѣйствительность ипо-

¹⁾ § 8, 10, 11.

²⁾ § 25, 26.

³⁾ § 27.

⁴⁾ § 31.

⁵⁾ § 35, 36.

⁶⁾ У Isambert, XXII 547, № 1031: Déclaration 23 juin 1772.

⁷⁾ Проектъ Bigot-Prémeneau, у Fenet, Recueil complet, цит. т. I и XV.

теки, ни действительность перехода собственности не зависели вовсе от той мѣры, которая вскрывала ипотеку и переход собственности. Эту мѣру стороны могли осуществить когда угодно, ибо эдиктъ 1771 г. даже не связывает оппозицію и выправленіе грамоты какимъ-либо срокомъ. Дѣйствіе ипотеки, далѣе, всегда относится къ моменту ея негласнаго возникновенія. Были оставлены все еще важныя молчаливыя ипотеки. Эвикція была совершенно не ограничена, и кредиторъ, даже заявившій свою ипотеку, могъ лишиться ея, разъ только недвижимость эвикцируется у установителя ипотеки. Весь успѣхъ закона лишь въ томъ и заключается, что онъ замѣнилъ волокитное и дорого стоящее производство *décret v. menŕe* волокитнымъ, но едва ли болѣе дешевымъ производствомъ выправленія грамоты и оппозиціи ипотеки. Мѣра служила болѣе приобрѣтенію недвижимостей, чѣмъ реальному кредиту. Но и приобрѣтатель не былъ гарантированъ отъ злоупотребленій со стороны отчуждаемаго, а только отъ неизвѣстныхъ ему ипотеки. Стоило явиться болѣе раннему приобрѣтателю, — и грамота была безсилна. Возможность же злостныхъ многократныхъ отчужденій въ то время не исключалась вовсе во Франціи, такъ какъ собственность приобрѣталась простымъ соглашеніемъ, облеченнымъ въ нотаріальную форму, а это соглашеніе могло состояться въ любомъ концѣ государства ¹⁾.

Не удивительно, что страны обычнаго права оказали эдикту 1771 г. упорное сопротивленіе. Парламентъ Фландрій заявилъ ²⁾, что онъ смотритъ на содержащуюся въ *nantissement* публицитетъ ипотеки какъ на верхъ мудрости, какъ на печать, опору и надежду собственности, какъ на коренное право, пользованіе которымъ давало во всѣ времена напчастливѣйшіе успѣхи, создавало довѣріе и вызывало легкость сдѣлокъ, которыя бельгійцы заключаютъ между собою. Благодаря этой формѣ, всѣ тяготы и ипотеки, обременяющія недвижимость, вскрывались, и ничего нѣтъ болѣе надежнаго и достаточнаго, чтобы вѣрно сузить, — какъ удостовѣриться въ правовомъ состояніи недвижимости посредствомъ простаго осмотра ипотечнаго реестра "... И вплоть до революціи эдиктъ 1771 г. фактически не примѣнялся въ этихъ странахъ. „Это объяснялось слабостью тогдашней власти, но это было и полезно для указанныхъ странъ“ ³⁾.

Но время было такое, что на эдиктъ напали и съ другой стороны, эдиктъ осуждали за то, что онъ пытается ввести хотя какую-нибудь гласность. И это дѣлали такіе почтенные юристы, какъ D'Agessseau ⁴⁾. „Гласность, разсуждаетъ Дагессо, вообще противна частному дѣлу. А во Франціи она и вовсе опасна. Французы болѣе, чѣмъ какой-либо другой народъ, живутъ общественнымъ мнѣніемъ. Доброе мнѣніе для француза источникъ бо-

¹⁾ См. Besson, цит. соч. стр. 76—78.

²⁾ Fenet, цит. тр. XV т. пренія Госуд. Совѣта по поводу ипотечнаго права Напол. кодекса.

³⁾ Fenet, eod. См. также Декретъ 20 сент. 1790 г. и Viollet, 633 стр.

⁴⁾ Oeuvres, Paris. MDCC. LXXXIX, XIII т., 620 стр.

гатства, а дурное — путь къ разоренію. Ввести гласность — значитъ лишить человѣка возможности выйти изъ затруднительнаго положенія, затопить его; это значитъ вызвать національный кризисъ и сломать послѣднюю защиту противъ нищеты, $\frac{3}{4}$ подданныхъ короли въ одинъ день послать подъ декретъ! Скажутъ, что гласность выгодна кредиторамъ, а ихъ нужно поощрять. Но лучше этого не дѣлать, такъ какъ лѣкарство можетъ причинить больше зла, чѣмъ самая болѣзнь. Лучше предоставить самимъ частнымъ лицамъ распознавать благонадежность тѣхъ, съ кѣмъ они имѣютъ дѣло. Законъ зашелъ бы слишкомъ далеко, если бы задался цѣлью предусмотрѣть всѣ частныя неудобства. Онъ могъ бы только повредить свободѣ и легкости сдѣлокъ, которыя только и возможны при томъ порядкѣ, при которомъ возникаютъ и неудобства отъ свободы. Сдѣлать оборотъ обезпеченнымъ — значитъ уничтожить его; некасть совершенства напрасно, такъ какъ оно несвойственно человѣчеству. Да и число должниковъ въ государствѣ болѣе, чѣмъ кредиторовъ; разрушить ихъ имущественное положеніе — значитъ разрушить государство, да и кредиторовъ. Только ростовщики извлекутъ выгоду изъ такого закона“. Въ заключеніе Дагессо все же замѣчаетъ, что если уже вводить систему гласности, то не въ духѣ эдикта 1771 г., а въ духѣ эдикта 1673 г.

Всѣ эти доводы повторялись дословно сторонниками негласнаго режима, при обсужденіи проекта Наполеонова кодекса во французскомъ госуд. совѣтѣ ¹⁾.

ОТДѢЛЪ III.

Новое движеніе въ Австріи.

Въ Австріи унадокъ національнаго вотчинно-ипотечнаго режима и притесненій отсюда вредъ для оживающаго оборота былъ замѣченъ довольно рано. И весь 18 вѣкъ въ исторіи австрійскаго права знаменуется законодательной горячкой въ области урегулированія вотчинно-ипотечнаго оборота. При этомъ австрійскій законодатель дѣйствуетъ съ такой рѣшительностью, какую не проявилъ ни одинъ законодатель того времени и которая можетъ быть объяснена только тѣмъ, что онъ имѣлъ передъ собою живой образецъ богемскихъ помѣстныхъ книгъ, благотѣльное значеніе которыхъ для оборота было въ великой славѣ. Австрійскому законодателю не оставалось ничего лучшаго, какъ только распространить богемскій институтъ на коренныя австрійскія земли, приспособивъ его къ новымъ условіямъ и отчасти усовершенствовавъ. Онъ такъ и поступилъ. Восхваляя LT., законодатель заявлялъ, что хочетъ приобщить къ благотѣльнымъ послѣдствіямъ, получаемымъ отъ LT., и другія свои страны. Вознообразно, нѣсколькими приемами институтъ богемскихъ помѣстныхъ книгъ распространяется на всѣ значительныя австрійскія области, а, по мѣрѣ новыхъ и новыхъ расширеній сферы ихъ дѣйствія, институтъ ихъ усовершенствуется и съ внутренней стороны.

¹⁾ Fenet, цит. трудъ томъ I и XV.

§ 55. Внешняя история Landtafel за данный периодъ.

I. Въ самомъ началѣ 18 ст., им. въ 1705 и 1709 гг., по разнымъ поводамъ, было рѣшено въ принципѣ „въ виду полезнаго дѣйствія LT. на оборотъ и, въ частности, на кредитъ въ Богемію“, организовать аналогичныя учрежденія и во внутреннихъ австрійскихъ областяхъ. Но пока было приступлено лишь къ отобранію мѣстъ о томъ отъ компетентныхъ установлений. На практикѣ же дѣло ограничилось лишь единичной мѣрой для области Троппау. Rescript v. 23 Nov. 1708 für Troppau былъ первымъ законодательнымъ актомъ въ области вотчинно-ипотечнаго режима, послѣ долгаго и глубокаго молчанія, навѣяннаго римскимъ вліяніемъ и не прерывавшагося даже для дѣйствовавшихъ въ жизни богемскихъ помѣстныхъ книгъ.

Рескриптъ 1708 г. провозглашалъ нѣсколько коренныхъ началъ вотчинно-ипотечной организаціи въ категорической формѣ, но безъ тщательнаго развитія ихъ. Рескриптъ вообще стоитъ еще одиноко и служитъ лишь провозвѣстникомъ скорого оживленія въ законодательствѣ.

II. Это оживленіе и открывается изданнымъ при Карлѣ VI Landtafel-Patent für Steiermark v. 15 Mz. 1730, осуществляющимъ давно рѣшенное въ принципѣ дѣло.

Повидному, результатъ оказался успѣшнымъ, такъ какъ на почвѣ провозглашенныхъ этимъ патентомъ началъ и лишь съ новыми и новыми частичными поправками со временемъ издается рядъ аналогичныхъ законодательныхъ мѣръ и для другихъ областей, именно: въ 1746 г. 25 іюля издается Маріей Терезіей Landtafel-Institutum для Каринтіи, въ 1747 г. 24 іюня—LT-Patent для Крайны, въ 1761 г. 10 янв. и 1772 г. 26 окт. на итальянскомъ языкѣ издаются такіе же патенты для Görz и Градиски¹⁾.

Сходно въ существенномъ составленъ и за этотъ же періодъ изданъ LT-Patent für Oesterreich Ob der Enns v. 3 Oct. 1754²⁾, вслѣдъ за которымъ въ 1758 г. 24 ноября появился въ многомъ сходный съ нимъ дословно, хотя и не безъ частичныхъ улучшеній, LT-Patent für Oesterreich Unter der Enns³⁾.

Эти патенты и рескрипты образуютъ собою первую очередь, какъ бы первую волну, но одинаково достигшую различныхъ областей, но по существу однообразную и мѣняющуюся по содержанію лишь въ частностяхъ, но мѣръ удаленія отъ центра къ периферіи государства.

III. Волна еще не достигла предѣловъ своего распространенія, какъ правительству были указаны недочеты и пробѣлы новой организаціи въ формахъ производства и книгъ, открывшіеся при примѣненіи системы въ коренныхъ австрійскихъ земляхъ.

¹⁾ Перечисленныхъ до сихъ поръ патентовъ я не могъ отыскать въ вѣнскихъ библиотекахъ и ознакомился съ ними въ передачѣ ихъ у Haan, Studien über LT-Wesen. Wien 1866, стр. 15, 19, 21.

²⁾ Codex Austriacus, Suppl. p. V, 897.

³⁾ Eod. V, 1282.

Тогда регистраторъ одного изъ новыхъ установлений, Карлъ Беррелеръ, командированъ въ Брюннъ для изученія на мѣстѣ разившейся тамъ вѣками практики веденія помѣстныхъ книгъ.

На сдѣланный имъ докладъ и былъ изданъ, отчасти на основаніи старыхъ инструкцій (Моравской отъ 1642 г., Богемской отъ 1652 г., Каринтійской отъ 1747 г.), а отчасти на основаніи добытыхъ Беррелеромъ на мѣстѣ дальнихъ и общихъ требованій усовершенствованія производства¹⁾, Patent v. 7 Aug. 1762 für Oesterreich unter der Enns²⁾, съ котораго потомъ были скопированы Patent für Steiermark v. 7 Jänner 1763³⁾ и Patent für Oesterreich ob der Enns v. 20 Jänner 1763⁴⁾. Эти патенты служили лишь новеллами, изданными на почвѣ прежнихъ мѣръ и только усовершенствованными право прежнихъ уставовъ, но не отмѣнившими ихъ⁵⁾. Нѣсколько позднеѣ, им. въ 1769 г. 29 окт., на существенно сходныхъ основаніяхъ съ реформированными прежними патентами издается LT-Patent für Breisgau⁶⁾, а 4 марта 1780 г. подводятся итоги всей второй серіи патентовъ въ Tabular-Patent für Galizien⁷⁾.

IV. Третье круговое движеніе открывается изданіемъ 1 авг. 1783 г. LT-Patent für Breisgau, принадлежавшаго въ то время Австріи⁸⁾. Этотъ патентъ содержитъ новыя значительныя усовершенствованія вѣншей стороны организаціи помѣстныхъ книгъ, но онъ не чуждъ и внутреннихъ улучшеній права. За этимъ патентомъ и на почвѣ провозглашенныхъ имъ началъ 10 янв. 1791 г. издается LT-Patent für das Jnnviertel⁹⁾.

V. Когда институтъ богемской вотчинно-ипотечной системы, съ тѣми или другими измѣненіями, обошелъ большинство австрійскихъ земель¹⁰⁾, онъ получилъ отдѣлку, оставившую позади организацію помѣстныхъ книгъ на родинѣ послѣднихъ, въ Богеміи и Моравіи. Было необходимо подновить въ законодательномъ порядкѣ и старое Богемское право. И вотъ 22 апр. 1794 г. издается LT-Patent für Böhmen u. Mähren¹¹⁾, съ приложеніемъ общарной LT-Instruction¹²⁾, освѣщенной формулярами. Повидному, законодатель при-

¹⁾ Haan, 23.

²⁾ Codex Austriacus, Suppl. p. VI, стр. 341.

³⁾ Haan, 23.

⁴⁾ Cod. Austr. Suppl. p. VI, стр. 367.

⁵⁾ См. LTPat. f. Oest. u. d. E. 1762 n. 12; LTP. f. Oest. ob d. E. 1763 n. 12 и т. д.

⁶⁾ Haan, 25.

⁷⁾ Haan, 25 и слѣд.

⁸⁾ Joseph des Zweiten Röm. Kais. Gesetze u. Verfassungen in Justizfache. Prag u. Wien 1786, стр. 247.

⁹⁾ Leopolds des Zw. Röm. Kais. Ges. u. Verf. im Justizf. 1791. Clagenfurt. № 113.

¹⁰⁾ Нѣкоторыя области до самаго закона 1871 г. не получали законодательной регламентаціи вотчинно-ипотечной организаціи, какъ Тироль, Зальцбургъ, Краковъ, Петрія, Далмація и др., хотя и тамъ путемъ обычая возникали аналогичныя явленія. См. Haan, 14.

¹¹⁾ Politische Gesetze u. Verordnungen für die Oesterr. Böh. u. Galiz. Erbländer Wien 1794, IV Anh., стр. 69.

¹²⁾ Выбѣтъ съ патентомъ находится во Franz des Zweiten Röm. Kais. Ges. u. Verf. im Justizf. Prag., стр. 96 и 110.

слушивался при изданіи послѣднихъ мѣрѣ и къ недавно вышедшему прусскому Allgemeine Nurr.-Org 1788 г.

Этимъ завершается надолго въ Австріи творческая законодательная дѣятельность въ области формальнаго вотчинно-ипотечнаго права.

Посмотримъ теперь, какіе успѣхи сдѣлала за этотъ періодъ правообразовательная дѣятельность въ области интересующаго насъ вопроса.

§ 56. Вотчинно-ипотечный режимъ австрійскихъ патентовъ 18 стол.

1. Вотчинно-ипотечное установление называется LT-Amt, Vormerkungs-Amt ¹⁾, Weiss-Boten-Amt ²⁾. Новыя функціи были ввѣрены мѣстами прежнимъ установлениямъ, отправлявшимъ болѣе или менѣе аналогичныя функціи ³⁾. По крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ установление было единоличнымъ ⁴⁾. Ипотечнымъ судьей былъ Landmarschall, онъ же Landeshauptmann ⁵⁾—и въ качествѣ ипотечнаго чиновника называется LT-Director ⁶⁾, Ober-Director ⁷⁾, LT-Amt-Director ⁸⁾. Установление было сначала и независимымъ отъ суда ⁹⁾. Съ учрежденіемъ ипотечнаго установления связывалась частичная концентрація вотчинно-ипотечнаго дѣла, им. лишеніе другихъ органовъ прежде принадлежавшихъ имъ вотчинно-ипотечныхъ функцій въ отношеніи имѣній, подчиненныхъ LT. ¹⁰⁾

Въ началѣ 2-й половины 18 ст. единоличныя и отдѣльно отъ суда стоящія ипотечныя установления были призваны неудобными. И, послѣ ознаменія Карла Берреля съ постановкой дѣла на родниѣ LT., было рѣшено ввести аналогичную богемской и моравской организацію вотчинно-ипотечныхъ установлений и въ другихъ австрійскихъ земляхъ. И вотъ, послѣдующіе патенты ¹¹⁾ ввѣряютъ вотчинно-ипотечныя функціи уже не единоличному Ландмаршалу, а ландмаршалскому суду или общимъ судамъ (Landrecht), которые, какъ *judicium formatum*, и разсматриваютъ и произносятъ опредѣленія по вѣсѣмъ вотчинно-ипотечнымъ дѣламъ.

2. Книги помѣстныхъ попрежнему носятъ названіе Landtafel ¹²⁾; но орга-

¹⁾ Pat. f. Steierm. 1730, Pat. f. Oest. ob. 1754 n. 1, Pat. f. Böhm. u. M. 1794, § 30 и др.

²⁾ Pat. f. Oest. unter. 1758 princ.

³⁾ Pat. f. Oest. unter. 1758 princ.

⁴⁾ Institutum f. Kärnth. 1746.

⁵⁾ Pat. f. Oest. unter. 1758 n. 26, Pat. f. Oest. ob. 1763, P. f. Steierm. 1763, P. f. 1763; P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. ob. 1754 n. 26.

⁶⁾ Institutum f. Kärnth. 1746.

⁷⁾ P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. unt. 1758 n. 26, P. f. Oest. ob. 1754 n. 26, P. f. Krain 1747 и др.

⁸⁾ P. f. Oest. unt. 1758 n. 10 abs. 4.

⁹⁾ P. f. Oest. unt. 1758 n. 13. Зависимость была установлена послѣ.

¹⁰⁾ P. f. Oest. unt. 1758 n. 1.

¹¹⁾ P. f. Oest. unter. 1762, P. f. Oest. ob. 1763 и P. f. Steierm. 1768, а также скандинавскія съ ними патенты.

¹²⁾ Это названіе свойственно вѣсѣмъ патентамъ.

низация ихъ отчасти съ самаго начала была на новой почвѣ иной, чѣмъ въ Богеміи и Моравіи, отчасти же потому потеряла значительныя измѣненія.

Съ самаго начала въ новыхъ областяхъ примѣненія богемской системы мы не встрѣчаемъ въ источникахъ никакихъ указаній на разряды книгъ. Очевидно, функція Landtafelamt, какъ этого и слѣдовало ожидать, специализировалась исключительно на вотчинно-ипотечной организаціи, и книги велись только вотчинно-ипотечныя, такъ сказать, только одинъ разрядъ ихъ.

Съ другой же стороны, всюду, повидимому ¹⁾, и на значительное время сохранилась старая богемская хронологическая, трудная для обозрѣнія, система записей, передача сдѣлки *per extensum*, соединеніе въ одной вотчинной книгѣ и актовъ, на которые книга опирается, какъ равно и другія примитивныя свойства вѣтшей обстановки дѣла. Однако, и въ этомъ отношеніи во 2-й половинѣ 18 ст. совершились перемѣны къ лучшему. Въ порядкѣ законодательномъ начало было положено патентомъ отъ 1783 для Брейсгау; но мы не рѣшимся утверждать, чтобы на практикѣ эти улучшенія не поступили хотя отчасти раньше ²⁾.

Прежде всего, на мѣсто одной книги вотчинныхъ сдѣлокъ, куда послѣднія заносились до сихъ поръ дословно, были учреждены двѣ книги: 1) Hauptschuldenbuch и 2) Urkundenbuch. Въ первую книгу заносится теперь лишь существенныя моменты сдѣлки и важныя для приоритета правъ условія записи; во вторую же заносится вѣсѣ документы, на основаніи которыхъ право приобретено, и дословно. Такъ что первая книга получаетъ значеніе современной ипотечной книги, вторая же — современныхъ вотчинно-ипотечныхъ актовъ.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ дѣлается попытка провести для первой книги, ипотечной, табellarную форму, и при томъ предметную, что очень важно для обозримости ея. Именно, тамъ образуются рубрики по имѣніямъ, и въ эти рубрики записываются имена владѣльцевъ, способы приобретѣнія владѣнія, обремененія его ипотеками и отмѣтки предварительнаго или протестативнаго характера ³⁾.

Когда это дѣленіе книгъ и табellarная форма ихъ утвердилась въ австрійскихъ областяхъ, тогда богемская организація помѣстныхъ книгъ представлялась уже отсталой, и въ богемско-моравскомъ патентѣ 1794 г. тѣ же усовершенствованія вносятся и въ богемскія и моравскія помѣстные книги, только еще болѣе изощренныя. Именно, прежніи Quaternen остаются и впредь, для дословной записи сдѣлокъ, и только стлняются впредь другъ отъ друга, вмѣсто красокъ, числами. Лишь тѣ Quaternen отмѣняются, которые и безъ того уже приходили въ упадокъ ⁴⁾. Архивъ отдѣляется отъ

¹⁾ См., однако, Naan, 15 стр.

²⁾ См., напр., Pat. f. Böhm. u. Mäh. 1794, введеніе; ср. также Naan, 26 стр.

³⁾ Pat. f. Breisgau 1783, § 30.

⁴⁾ § 41.

собственно Landtafel ¹⁾, так что за последними остаются только функции вотчинно-ипотечного установления ²⁾.

Но наряду с Quaternen организуется вновь Haupt-Schuldenbuch, или просто Hauptbuch ³⁾. В этой последней отводится для каждой особой недвижимости (Realität) особая рубрика ⁴⁾. Особой же или самостоятельной недвижимостью признается всякая недвижимость, которая особой обозначена в кадастръ или особо существует в действительности ⁵⁾. Таким образом, вотчинно-ипотечная система ставится в тѣсную связь с кадастромъ: „все, что значится подъ известной рубрикой в кадастръ, получает и в Landtafel особую рубрику“. Рубрика ипотечной книги и кадастра совершенно согласны другъ с другомъ ⁶⁾. Разъ записанная в ипотечную книгу (Hauptbuch и тутъ означает ипотечную книгу) рубрика остается навсегда неизмѣнной в Landtafel ⁷⁾. И впредь Hauptbuch и составляет основу Landtafel. Вещное право на недвижимость приобретаетъ теперь лишь записью его в Hauptbuch, — впрочемъ, в предположеніи, что эта запись обосновывается документами, записанными в Landtafel-Quaternen ⁸⁾.

Въ рубрикѣ каждой недвижимости на одномъ листѣ указывается наличный владѣлец ⁹⁾, а на другомъ листѣ той же рубрики отгѣчаются всѣ ипотеки и всѣ обязательства такимъ образомъ, чтобы весь составъ долговаго бремени, лежащаго на этой недвижимости, можно было обозрѣть, и чтобы рубрика каждой недвижимости сама собою уже представляла требуемый сторонами экстрактъ ¹⁰⁾.

Въ приложенной къ патенту инструкціи, обстоятельной и иллюстрированной наглядными образцами, развивается внѣшняя сторона дѣла, формулы записей на различные случаи, и т. д.; а также развивается значеніе института, толкованіе существенныхъ его началъ, канцелярская сторона дѣла, обычная для веденія вотчинно-ипотечныхъ книгъ, составъ записи въ разныхъ случаяхъ и т. д. и т. д. Вся эта сторона дѣла имѣетъ уже вполне зрѣлую постановку, отвѣчающую современнымъ требованіямъ формальнаго вотчинно-ипотечнаго права ¹¹⁾.

3. *Амнія.* Въ этомъ отношеніи дѣйствовало все время универсальное начало, что только привилегированныя рыцарскія имѣнья подлежатъ записи в Landtafel и еще нѣкоторые имѣнья свободныхъ лицъ, такъ что Landtafel

¹⁾ § 42.

²⁾ 39, 40 и др.

³⁾ Введение и § 1, 2 и др.

⁴⁾ § 2.

⁵⁾ Eod.

⁶⁾ Eod.

⁷⁾ § 3.

⁸⁾ § 1.

⁹⁾ § 4, тамъ и детали.

¹⁰⁾ § 9.

¹¹⁾ Другіе патенты въ этомъ отношеніи болѣе или менѣе приближаются къ Богемской инструкціи 1791 г. См. P. f. Breisgau 1783, § 32, f. Innviertel 1791, § 33 и др.

сохранили приданный имъ еще въ Богеміи сословный привилегированный дворянскій характеръ ¹⁾.

Для характеристики имѣнья иногда требуется указаніе цѣны его ²⁾, иногда исключается ³⁾, но и указанная цѣна не выдается за достовѣрную, а только за приблизительную ⁴⁾. Измѣреніе имѣній также нѣкоторыми патентами вовсе исключается ⁵⁾. Принадлежности недвижимостей нѣкоторыя также исключаются ⁶⁾.

4. *Лица.* Въ отношеніи правоспособности къ LT. (Fähigkeit) въ 18 ст. произошли нѣкоторыя измѣненія. Мы знаемъ, что въ Богеміи правоспособность къ LT. регулировалась очень стѣснительными нормами и стояла въ зависимости отъ подданства, вѣроисповѣданія и гражданства лица. Но уже первые патенты ⁷⁾, уступая духу времени и потребностямъ реального кредита, отступаютъ отъ богемскихъ суровыхъ началъ, а за ними либеральныя начала проходятъ и черезъ всѣ значительные послѣдующіе патенты ⁸⁾. Всѣ эти патенты провозглашаютъ начало, что „доступъ къ LT. имѣетъ всякій кредиторъ, безъ различія состоянія“. Приобрѣтающій же недвижимость долженъ иколировать. Дальше этого, впрочемъ, дѣло не пошло въ 18 ст.

5. *Внѣшнія условія и форма производства у Landtafel.*

Тутъ въ 18 ст. произошли нѣкоторыя измѣненія въ духѣ времени и, очевидно, въ приспособленіи къ все болѣе оживающему обороту.

а) Прежде всего, въ патентахъ 18 ст. совершенно не встрѣчается начало обязательной личной явки сторонъ въ установленіе для совершенія записи. Явка только дозволяется ⁹⁾, и хотя сторонѣ предоставляется право требовать записи въ ся же присутствіи, все равно, явка не имѣетъ юридическаго значенія, а развѣ только фактическое: сторона будетъ знать, что все совершено.

¹⁾ Die im Landhause inliegende Herrschaften, Güter u. Gülden, auch Freihäuser, und was sonst an Unbeweglichkeiten der Erkenntnis der Landeshauptmannschaft (или landmarschallischen Gerichtsbarkeit) unterworfen ist, P. f. Steierm. 1730, Institutum f. Kärnth v. 1746, P. f. Oest. ob. 1754, P. f. Oest. unter 1758 и др.; „diejenige ständischen Güter u. Gülden, die bei der Landschaft als wirkliche dominicalia innē liegen“, P. f. Breisgau 1783, P. f. Innviertel 1791, P. f. Böhm. u. Mähr. 1794. Прочія недвижимости мѣстами подлежали иному вотч.-ип. строю, напр., въ Каринтіи, по Institutum 1746 (крестьянскія земли заносится въ книги, ведущіяся ихъ помѣщикамъ, городскія — въ свои особыя Credittafel) и т. д., мѣстами же для нихъ было обѣщано издѣніе иной мѣры, напр. въ P. f. Oest. ob. 1754 n. 2.

²⁾ Oest. ob. 1754, Innv. 1791, § 3, Böhm. 1794, § 8.

³⁾ Steierm. 1730, Breisgau 1783, § 3.

⁴⁾ Eod.

⁵⁾ Breisgau 1783, § 3, Innv. 1791, § 3.

⁶⁾ Oest. u. 1758, § 1, Breisg. 1783, § 2, Innv. 1791, § 2.

⁷⁾ P. f. Steiermark 1730.

⁸⁾ P. f. Oest. ob. 1754, § 10, Oest. unter 1758, § 9, Breisgau 1783, § 15, Innv. 1791, § 16, и P. f. Böhm. u. Mähr. 1794, § 10. Ср. еще Maussbourg, 13 стр.

⁹⁾ P. f. Breisgau 1783, § 11, f. Innv. 1791, § 11, f. Böhm. u. M. 1794, § 16.

b) Не требуется болѣе и специальное еще согласіе вѣхъ интересентовъ на записъ 1).

с) Тѣмъ строже и пространнѣе регулируется теперь начало формальныхъ актовъ, на которыхъ основывается записъ 2). Для того, чтобы требованіе можно было записать въ LT., основывающій его актъ долженъ отвѣчать слѣдующимъ требованіямъ: а) долженъ содержать точное указаніе недвижимости, б) causa debendi и т. п., в) открытое выраженіе полномочія на записъ притязанія, г) долговое письмо должно быть совершено при двухъ свидѣтеляхъ 3) Но только на основаніи этихъ документовъ и совершается немедленно же окончательная записъ права въ книгу 4).

д) Периодическія сессіи вотчинно-ипотечнаго установленія, повидимому, смѣняются постоянной ихъ дѣятельностью, какъ равно и сессіи судовъ (Landrecht).

е) Публичность сессій вотчинно-ипотечныхъ установленій, вѣроятно, въ 18 в. не имѣла прежнихъ размѣровъ, какъ не имѣла ея и засѣданія судовъ того времени.

ф) Но вышній публицитетъ книгъ продолжаетъ развиваться. Впрочемъ, это особенно ясно только для Богеміи. Но нѣтъ основаній не предполагать этого и для другихъ областей 5). Прежде всего, по традиціи, богемскій патентъ 1794 г. провозглашаетъ начало, что книги доступны осмотру всей публики. И теперь осмотръ совершается уже самой публикой, лишь въ присутствіи чиновника 6). По этому способа ознакомленія съ книгами становится недостаточно, очевидно, вслѣдствіе развитія оборота. И потребовался способъ ознакомленія съ книгами путемъ выдачи экстрактовъ изъ нихъ 7); способъ былъ извѣстенъ и раньше, какъ исключительная мѣра 8), теперь же онъ становится правиломъ, и существенно совершенствуется. Началось съ того, что въ 80-хъ гг. нижеавстрійскій LT-Registrator Joseph Kesslern поднималъ вопросъ объ организаціи экстрактовъ изъ LT.; въ отвѣтъ на это и послѣдовалъ Hofsecret 6 Oct. 1785 9); согласно послѣднему, сторонамъ

1) P. f. Steierm. 1730, f. Kärnth. 1746, f. Krain 1747, f. Oest. ob. 1754, § 10, f. Oest. unt. § 9, f. Breisgau 1783, § 16, f. Innv. § 16, j. Böhm. § 10 и т. д.

2) Т. обр. прежнее исключеніе возводится въ правило, а прежнее правило становится исключеніемъ.

3) P. f. Steierm. 1630, f. Kärnth. 1746, f. Krain 1747, f. Oest. ob. 1754, § 11, f. Oest. unt. 1758, § 10, f. Breisgau 1783, § 17, f. Innviertel 1791, § 17, f. Böhm. u. M. 1794, § 12 и др.

4) P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. unt. 1758, § 10, abs. 2: „которые акты обладаютъ такими свойствами, тѣ немедленно заносятся въ LT., на основаніи простаго предъявленія ихъ“, тоже повторяютъ и провіе патенты, приведенные въ предш. примѣчаніи. Naan, 18: акты эти liquid, имѣютъ paratissimam executionem.

5) См. Naan, 28 стр.

6) P. 1794, § 34.

7) Ср. Naan, 28 стр.

8) См. I.O. 1565, F. XV.

9) U Naan, 28 стр.

выдаются двойкаго рода извлеченія изъ ипотечной книги (Tabular-Extrakte)— обстоятельное и суммарное. Патентъ для Богеміи и Моравіи 1794 г. 1) развиваетъ ученіе и, какъ будто, слѣдуетъ прусскому уставу 1783 г., хотя и свободно, и съ отступленіями. Согласно этому патенту, по требованію сторонъ, изготовляются экстракты общіе или специально до извѣстнаго поста относящіяся, обстоятельные или суммарные. Въ отношеніи вѣхъ ихъ проводится начало возможной точности и краткости; въ экстрактахъ не дѣлается никакихъ ссылокъ на Quaternen и акты, но помѣщается перечень постовъ съ точными цифрами; погашенные посты не вносятся, о нихъ дѣлается только отмѣтка: „N—погашенъ“. Эти экстракты выдаетъ регистраторъ, тогда какъ выписи изъ Quaternen, по-прежнему, выдаются только съ разрѣшенія суда (Landrecht).

б. *Коренная формально-правовая основы режима* усовершенствуются за это время, сохраняя прежній своеобразный характеръ.

а) Публицитетъ составляетъ излюбленный предметъ предписаній законодателя, хотя и несовершенныхъ, и незаконченыхъ. Подобно богемскому праву, всѣ патенты, изданные въ 18 ст., создають вотчинно-ипотечную систему. Записи подлежатъ всѣмъ вещнымъ сдѣлкамъ о недвижимости, имѣютъ ли онѣ предметомъ собственность 2), ипотеку 3) и т. д. 4), на какомъ бы титулѣ права ни покоились 5), на сдѣлкахъ ли inter vivos или mortis causa. По правилу, записъ признается необходимой для возникновенія права 6). Иногда изъ начала, что по записи возникаетъ вещное право, дѣлаются точныя романстическія отступленія 7).

1) § 34—38.

2) P. f. Steierm. 1730, P. f. Oest. unt. 1758, § 1, f. Breisgau 1783, § 6, f. Innv. 1791, § 6, f. Böhm. u. M. 1794, § 5.

3) Steierm. 1730, Oest. unt. 1758, § 3, 4, 20, Oest. ob. 1754, § 4, 5, 21, Breisgau 1783, § 10, 12, Innv. § 9, 12, Böhm. u. M. § 9, 10, 15.

4) P. f. Steierm. 1730, Oest. unt. 1758, § 12, 13, Oest. ob. 1754, § 13, 14, Breisgau § 20, 21, Innv. § 21, 22 (dominium reservatum, фидеикомиссъ и т. д.).

5) Законныя ипотеки: Steiermark 1730, Oest. unter 1758, § 4, 18, Oest. ob. 1754, § 5, 19, Breisgau § 12, 25, Innv. § 12, 27 и др.; завѣщанія: Oest. unt. 1758, § 4, Oest. ob. 1754, § 5, Oest. unt. 1762, § 12, Oest. ob. 1763 § 12, Breisgau § 24, Innv. § 26, Böhm. u. M. § 39; брачныя договоры: Oest. u. 1758, § 4, Oest. ob. 1754, § 5, Breisgau § 23, Innv. § 25; дареніе: Oest. unt. 1758 § 4, Oest. ob. 1754, § 5. О наибольше обычныхъ титулахъ, какъ договоры, конечно, нечего говорить. Обобщеніе начала—въ P. f. Böhm. u. M. 1794, § 1, 5 и др. Поэтому патенту отъ записи не свободно и приобрѣтеніе вещнаго права путемъ наследованія по закону (§ 7). Источники выдаютъ за исключеніе изъ начала записи уже то, что послѣдней не подлежатъ абсолютно-привилегированныя требованія, какъ налоги, процессуальныя и конкурсныя издержки, издержки на послѣднюю болѣзнь и погребеніе должника и т. п. Steierm. 1730, Oest. unt. 1758, § 4—17, Oest. ob. 1754, § 16—18, Breisgau § 10, Innv. § 9, и только Богемскій патентъ 1794 г. не знаетъ такой нормы.

6) См. всѣ мѣста источниковъ, только что приведенныя.

7) P. f. Oest. unt. § 24: незаписанные законныя залоги только уступаютъ записаннымъ, но имѣютъ силу и, въ конкурренціи съ записанными, дѣйствуютъ. Ср. также Breisgau § 12, Innv. § 12.

Запись получает абсолютное действие с самого начала, по общему правилу, лишь тогда, когда, при совершении ее или по совершении, на нее последовало открытое согласие (еще новое) обязываемого ею. Когда же согласие не последовало, запись может быть еще оспорена в течение 3 л. 18 нед. должником. Оспаривание предъясняется в старой форме одного. И только после молчания должника в течение 3 л. 18 нед. или после раннее данного согласия или отказа от протеста запись получает неприступную крепость, другими словами, абсолютную *fides p.*¹⁾

Срок, в течение которого можно требовать записи, не продлевается; кредитор или приобретатель побуждается к ней своим интересом. Но в особых случаях срок устанавливается; кредитор наследодателя имеет право записать свои притязания в течение известного срока по вступлении наследника в наследство на наследственные недвижимости, и тогда им не грозит ущерб от ипотек, установленных наследником, хотя бы и ранее записанных²⁾.

б) Специальность ипотеки в отношении недвижимости настойчиво проводится патентами. Запись ипотеки не может состояться, если акт не указывает с точностью обременяемой недвижимости³⁾. Но это не исключает открытого установления нескольких ипотек на несколько имений, в обезпечение одного требования (*Simultanhypothek*)⁴⁾. Специальность суммы не регулируется.

в) Приоритет записанных прав, по всем патентам, определяется исключительно моментом записи⁵⁾. А чтобы согласить формальную истину с материальной, патенты постепенно приходят к началу, что порядок записей совершается в последовательности, в какой поступают в ипотечное установление просьбы о записи, способные вызвать запись. Более ранние патенты ставили способность прав к записи еще в зависимость от фискальных условий, от взноса пошлины⁶⁾, но позднейшие патенты отказались и от этого условия и поставили запись в зависимость только от свойства акта, на котором покоится записываемое право⁷⁾.

1) Oest. u. 1754, § 9, Oest. ob. 1758, § 10, Breisgau 1783, § 16, Jnnv. § 18, Böhm u. M. 1794, § 32, 33. Это новое и особое еще согласие и прежде требовалось, но тогда оно являлось условием самого дозволения записи, теперь же запись совершается без него и оно служит лишь условием окончательной неоспоримости записи. Для оборота последнее удобнее, т. к. сокращает процедуру без ущерба для кого-либо.

2) 6 мес.: Steierm. 1730; 1 г.: Oest. u. 1758, § 14, Oest. ob. 1754, § 15, Breisgau § 26, Jnnv. § 28.

3) Steierm. 1730, Oest. u. 1758, § 10, Oest. ob. 1754, § 11, Breisgau § 17, Jnnv. § 17, Böhm. § 12.

4) P. f. Kärnten 1746, особ. f. Böhmen § 13.

5) P. f. Oest. unt. 1758, § 9, Oest. unt. 1762, § 5, 6, Oest. ob. 1763, § 5, 6, Breisgau § 10, Jnnv. § 9, Böhm. § 15 и др.

6) Oest. u. 1762, § 5, 6, Oest. ob. 1763, § 5, 6, Steiermark 1730; источники открыто выдают начало за исключение из общего правила „Vorrecht a die praesentati“.

7) Breisgau § 11, Jnnv. § 11, Böhmen u. M. § 16, 17.

д) Легалитет, вплоть до конца 18 ст. (новидному, вплоть до влияния прусского устава 1783 г.), выступает в патентах с чертами благоразумной умеренности. Вотчинное установление не пассивно, оно излечивает правомочность записываемого отношения, прежде чем совершить запись, что естественно в виду придания записи свойств *fides publica*¹⁾. В конце же 18 ст., в богемской инструкции, легалитет, в духе того времени, вырождается в настоящую опеку власти над подданными.

7. *Цессии записанных ипотечных требований* не подлежат безусловно записи, для действительности перехода прав; но, в виду некоторых удобств, патенты регулируют и их запись; когда право обошло несколько рук и предъясняется последним управомоченным к записи, тогда просьба указывает всех посредствующих приобретателей; в ипотечную книгу заносится только наличный управомоченный, посредствующие же управомоченные, как равно и все акты, оправдывающие промежуточные переходы права, заносятся в *Quaternen* (вопрос регулируется только в Богемском уставе²⁾).

8. *Погашение* записей следует на предъявление достаточных данных о материальном прекращении права и совершается перечеркиванием записи и отметкой на стороне „погашена“, со ссылкой на акты, помечаемые в *Quaternen*³⁾. Пока погашение не последовало, право имеет полное действие, в силу *publica fides* книги.

9. Патенты не только усвоили, но и развили старый институт *отметок*, служащий неизбежным коррективом всякой формалистической вотчинно-ипотечной системы и помогающий согласованию такой системы с материальной истиной. Именно, патенты знают уже два вида отметок: предварительные отметки и протестативные.

Предварительные отметки (*Voranmerkungen, Pränotationen*) имеют место тогда, когда правоотношение возникло, но не сложилось в такой мере, чтобы могло быть окончательно записано в ипотечную книгу. Институт намечается уже в первых патентах⁴⁾, дбляет успехи в последующих⁵⁾ и получает завершение в богемском патенте⁶⁾.

Предварительная отметка о правѣ допускается тогда, когда требование о записи не опирается на акт, способный вызвать немедленно же окончательную запись, или когда требование, опирающееся и на такой акт, идет дальше, чем допускает акт, напр. кредитор не удовлетворяется предо-

1) Oest. unt. 1758, § 1, Oest. ob. 1763 и Oest. unt. 1762, § 3, 4, Breisgau, § 6, Jnnv. § 6, Böhm. § 5, 6, 24.

2) § 23, 24.

3) Перечеркивание указывается в P. f. Breisgau 1783, § 32; но P. f. Jnnv. § 33 и f. Böhm. § 27 ее не знают; последний § 27 говорит лишь о погасительной отметке.

4) P. f. Oest. unt. 1758, § 9, 10.

5) Breisgau § 19. В P. f. Jnnv. § 19 и Oest. ob. 1754, § 11, отметка как будто не встречается, а кредитор ищет судью прямо записи.

6) § 17—19.

ставленнымъ въ актѣ обозначеніемъ и требуетъ дополнительнаго, и когда, въ то же время, уполномоченный требуетъ записи и представляеть общія доказательства наличности права. Требованіе отмѣтки направляется въ судъ (Landrecht), при которомъ состоитъ ипотечное установленіе; должникъ извѣщается. Добившійся предварительной отмѣтки долженъ въ теченіи 14 дней съ момента требованія о ней предъявить искъ къ должнику о требованіи полной записи. Искъ по большинству патентовъ называется ordentliche Klage, по бургскому патенту — Rechtsertigungs-Klage. Онъ предъявляется къ личному судѣ должника. Исходъ иска рѣшаетъ судьбу отмѣтки. Ущербъ кредитора съ предъявленіемъ иска влечетъ погашеніе отмѣтки ¹⁾.

Протестативная отмѣтка (protestatio, odpor) извѣстна всѣмъ патентамъ; она допускается тогда, когда должникъ не выразилъ своего согласия еще согласія на запись при совершеніи послѣдней или послѣ совершенія какимъ-либо образомъ. Допускается она въ теченіи 3 л. 18 нед. по совершеніи окончательной записи. Запись, противъ которой не предъявлено въ такой срокъ протестаціи, становится liquid, окончательно безспорной. Если же должникъ заявитъ протестъ, то отмѣтка о послѣднемъ заносится въ книгу и открывается процессъ о правильности записаннаго требованія. Разъ протестъ заявленъ, запись можетъ стать безспорной только въ случаѣ отказа должника отъ протеста. Исходъ спора рѣшаетъ судьбу протеста и главной записи. Оправданная запись дѣйствуетъ съ момента ея первоначальнаго совершенія. Onus probandi протеста лежитъ на протестантѣ, какъ и инициатива открытія спора ²⁾.

§ 57. И т о г и.

✓) Очерченный нами періодъ первыхъ проявленій новаго движенія въ области права, регулирующаго вотчинный оборотъ и реальный кредитъ, представляетъ собою эпоху образованія чисто виѣшней, формальной стороны вотчинно-ипотечнаго режима, которая позднѣе послужила основой для измѣненій самаго матеріальнаго права. Пока измѣненія права касаются, въ общемъ, лишь поверхности правоотношеній по недвижимостямъ и не затрагиваютъ сущности правоотношеній. Матеріальное право остается романизованнымъ. Романизованы въ извѣстной степени даже самыя новыя формы, въ которыя начинаетъ облекаться оборотъ. Запись въ книгу, кромѣ только правъ, сохранившихъ преемственность съ національными средневѣковыми правами, представляеть много чертъ римскаго actus publicus. Но во многомъ значеніе ея, а особенно организація книгъ, уже усовершенствованы; по многимъ правамъ, только запись въ книгу завершаетъ пріобрѣтеніе права и только книга легитимируетъ субъекта права на распоряженіи послѣднимъ. Съ этимъ началомъ дано уже многое. Незаписанная ипотека, по правилу, не есть уже ипотека и въ обо-

¹⁾ Подробности производства въ Р. с. Böhmen § 18—19.

²⁾ Oest. u. 1758, § 9, Oest. ob. 1754, § 10, Breisgau § 16, Jnnv. § 16, 18, Böhm. § 32, 33, Steierm. 1730, у Naau, 18.

ротъ не имѣетъ значенія. Часто и незаписанная собственность не есть уже собственность. Однако, записанная ипотека и собственность пока подвержены оспариванію изъ матеріальныхъ основаній не только въ отношеніи непосредственно сторонъ, но и противъ 3-хъ добросовѣстныхъ пріобрѣтателей. Отсюда, существеннаго момента, которымъ отличается современная книга отъ римскаго actus publicus и который только и даетъ надежность оборота, служить душою организаціи, т. е. fides publica, въ разсмотрѣнную эпоху еще нѣтъ, кромѣ тѣхъ же лишь правъ, которыя стоятъ въ преемственности со средневѣковыми правами. Но сознаніе важности fides publica уже сказалось, и принимаются обходныя мѣры для приданія этого свойства отдѣльнымъ записямъ. Дальнѣйшему ближайшему правообразованію предстояло подвести итоги назрѣвшимъ идеямъ и, завершивъ формально-правовую основу режима, повести право недвижимостей на путь измѣненій внутреннихъ.

ОТДѢЛЪ I.
Французскій типъ.

ГЛАВА I.

Эпоха великой Французской революціи.

Подобно другимъ областямъ права, а можетъ быть и больше, чѣмъ въ другихъ областяхъ права, французская революція была въ области изслѣдуемаго нами права, регулирующаго вотчинный оборотъ и реальный кредитъ, эпохой усиленной законодательной дѣятельности. Это и понятно: революціонное правительство не только сводило счетъ съ феодальной системой, но и испытывало страшную нужду въ деньгахъ, для устранения которой оно, между прочимъ, и пыталось монетизировать не только государственныя владѣнія, но и частныя. Не говорю уже о томъ, что оно хорошо понимало и общее значеніе правильнаго ипотечнаго режима для развивающагося ипотечнаго оборота. Наконецъ, кромѣ спеціальнаго вниманія, ему удѣлявшагося, вопросъ объ ипотечномъ режимѣ обсуждался и какъ часть цѣлаго: революція пыталась измѣнить основы гражданской жизни французскаго народа, а для этого она пыталась установить и новыя правовыя основы гражданскихъ отношеній, и право ипотеки обсуждалось и разрабатывалось во время революціи какъ институтъ гражданского уложенія. И вотъ каждая фаза революціи оставляетъ намъ что-нибудь изъ мѣръ, направленныхъ на урегулированіе ипотечнаго оборота. И каждая изъ этихъ мѣръ носитъ отпечатокъ фазы, ее породившей, и падаетъ, вмѣстѣ съ паденіемъ послѣдней, уступая мѣсто новымъ и новымъ планамъ, смѣняющимся вмѣстѣ со смѣной революціоннаго государственнаго строя. Но лишь кое-что отъ этой горючей работы остается въ наслѣдство Наполеонову кодексу.

§ 59. Конституанта.

Первая фаза революціи характеризовалась общей умѣренностью и частичнымъ воздѣйствіемъ на строй отношеній, сложившіяся вѣками во Франціи. Эта же черта характеризуетъ и мѣры, принятыя въ области урегулированія ипотечнаго режима.

Послѣ того, какъ были стѣснены феодальныя отношенія въ декретѣ 4 авг. 1789 г. и другихъ, слѣдовавшихъ за нимъ, декретахъ, является мысль о пересозданіи и вотчинно-ипотечнаго режима. Но эта мысль проводится лишь путемъ частичныхъ мѣръ, направленныхъ на наиболѣе необходимыя исправленія старой системы въ духѣ новаго времени.

1. Такъ, декретъ отъ 20—27 сент. 1790 г.¹⁾ намѣчаетъ въ видѣ временной мѣры ипотечную систему для странъ обычнаго права, гдѣ дѣйствовала еще феодальная система *nantissement* въ ея разновидностяхъ, став-

¹⁾ См. Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du conseil d'état, par Duvergier. Paris 1824, т. I, стр. 426. 10

КНИГА III.

Право, регулирующее вотчинно-ипотечный оборотъ, въ его новѣйшемъ образованіи.

§ 58. Общія замѣчанія.

Въ новѣйшее время правообразованіе въ области, насъ интересующей, пошло 3-мя болѣе или менѣе значительно отличными другъ отъ друга путями, приведшими къ 3-мъ различнымъ современнымъ типамъ вотчинно-ипотечнаго режима, подъ которые сводятся безъ остатка и безъ затрудненій всѣ культурныя законодательства нашего времени. Признакомъ различія служитъ, однако, не столько какое-либо основное свойство, сколько степень развитія болѣе или менѣе общей коренной основы, — именно *fides publica* вотчинной книги и, соответствующей ей въ матеріальномъ правѣ, защиты 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя правъ на недвижимость. Однако, различіе по степени развитія общей основы такъ значительно, что всѣ три типа представляются совершенно обособленными другъ отъ друга системами.

1. Прежде всего, мы имѣемъ типъ, такъ сказать, прошлаго, крайне отсталый, не отвѣчающій болѣе современнымъ экономическимъ условіямъ и всѣмъ единогласно осужденный, — это именно французскій типъ, распространенный какъ вообще у народовъ романской группы, такъ еще и въ нѣкоторыхъ другихъ южныхъ странахъ.

2. Другой типъ, наиболѣе современный, зрѣлый, привившіяся къ культурнымъ особенностямъ европейскихъ народовъ и составляющій образецъ обще-европейскаго подражанія — это именно германскій типъ, точнѣе прусскій, распространенный въ средней Европѣ и усвоенный нашимъ проектомъ вотчиннаго устава.

3. Третій типъ — это типъ будущаго, несомнѣнно; — возникшій въ срединѣ 19 ст. въ Австраліи, на почвѣ чистѣйше-капиталистическаго строя экономическихъ отношеній, этотъ типъ завоевалъ себѣ обширную колониальную территорию, а теперь пробиваетъ путь и въ законодательствѣ 2-хъ европейскихъ метрополій: Англіи и Франціи. Родоначальникомъ его и виднѣйшимъ представителемъ является Актъ Торренса. Въ такомъ историческомъ порядкѣ и я буду излагать эти три направленія правовой идеи.

шал теперь ненавистной за свое феодальное происхождение. Впрочем, декрет, повидимому, не посягает на правовую сущность института, он лишь замѣняет феодальную форму простой транскрипцией акта сдѣлки, устанавливающей ипотеку или передающей собственность, въ реестръ ¹⁾. Тамъ же, гдѣ привился эдиктъ 1771 г., онъ остается въ силѣ. Осуществленіе временной мѣры вѣдряется секретарямъ дистриктовыхъ трибуналовъ по мѣсту нахождения недвижимостей. Регулируется и общій порядокъ ихъ дѣятельности въ роли ипотечныхъ чиновниковъ; устанавливается начало, что великій гражданинъ получаетъ отъ секретари безвозмездно свѣдѣнія о содержаніи ипотечныхъ реестровъ.

2. Въ духѣ времени вносятся поправки и въ прежнее общее право ипотечнаго оборота. Такъ, декретъ 1792 г. ²⁾ отмѣняетъ привиллегію короля, установленную эдиктомъ 1693 г., на случай очистки ипотекъ, обременяющихъ приобретенныя королемъ недвижимости. По декрету 1792 г. король, теперь являющийся открыто представителемъ фиска, подчиняется общему праву эдикта 1771 г., наравнѣ со всеми гражданами, и для очистки указанного рода ипотекъ выправляетъ ратификационную грамоту, черезъ національнаго комиссара, въ дистриктовомъ трибуналѣ, по мѣсту положенія недвижимости.

3. Реорганизуется и общал нотаріально-крѣпостная система, представлявшая въ то время единственную форму вотчинно-ипотечнаго режима. Система отрѣшается отъ фискальнаго характера и вѣдряется новымъ органамъ, созданнымъ въ связи съ общей реформой судостройства ³⁾.

4. Однимъ изъ первыхъ актовъ ассамблеи 1789 г. была посылка въ *Comité des impositions* многочисленныхъ проектовъ общей реформы ипотечнаго режима, которыми ассамблея была завалена. Комитетъ обратился къ управленію нотаріально-крѣпостной части, реорганизованному декретомъ 5 дек. 1790 г. (*Régie de l'enregistrement*) съ требованіемъ сообщить комитету, съ замѣчаніями и мнѣніями управления, о всѣхъ правительственныхъ мѣрахъ и научныхъ работахъ объ ипотекѣ, вышедшихъ послѣ изданія эдикта 1771 г. Ассамблея-конституанта не имѣла времени обработать матеріалы и направила ихъ въ законодательную ассамблею, которая и поручила заняться ими одной изъ своихъ комиссій. Докладъ былъ уже редактированъ, но санкціи не получилъ, такъ какъ законодательная ассамблея была распущена раньше, чѣмъ могла обсудить его.

Такъ и ограничились труды первыхъ революціонныхъ ассамблей въ области ипотечнаго режима чисто мѣстными и временными мѣрами ⁴⁾.

¹⁾ Ср. Besson, 85 стр.

²⁾ Collection de Duvergier IV, 513.

³⁾ Decret 5—19 дек. 1790 (Duvergier II, 80), 18—27 мая 1791 (eod. II, 446).

⁴⁾ Besson, 83 и слѣд.

§ 60. Национальный конвентъ. Законъ 9 messidor an III.

Дѣятельность конвента въ изслѣдуемой нами области организаціи ипотечнаго режима характеризуется уже рѣзко — поваторскими чертами, какъ вообще законодательная дѣятельность этой революціонной фазы. 9 messidor an III (27 іюня 1795 г.) ¹⁾ издается декретъ, предъизначенный выполнить давнее обѣщаніе революціоннаго правительства — поставить вотчинно-ипотечный оборотъ на твердую почву. Декретъ совершить цѣлый ипотечный уставъ, регулирующий самымъ обстоятельнымъ образомъ ипотечное право не только формальное, но и матеріальное. Уставъ содержитъ 278 артикуловъ и заслуженно носитъ названіе *Code hypothécaire*. Существенное новшество его — это созданіе, на ряду съ прежней римской акцессорной ипотекой, — новой юридической организаціи — ипотеки на самого себя. Новая организаціи создана въ цѣляхъ мобилизаціи реального кредита, и потому она отличается во всемъ, что касается ея оборотоспособности, отъ старой ипотеки. Между обѣими формами реального кредита предоставляется гражданамъ свободный выборъ. Что же касается старой ипотеки, то въ регулированіи ея оборота уставъ скопировалъ, въ общемъ и цѣломъ, старые мотивы, намъ уже извѣстные изъ очерка эдиктовъ 1673 и 1771 г., лишь сведенные въ одинъ уставъ. Кодексъ содержитъ чисто ипотечную систему; отношенія собственности регулируются въ немъ лишь настолько, насколько это нужно для успѣха ипотечнаго оборота. Уставъ характеризуется значительной вѣрней систематичностью, хотя и нельзя сказать того же про внутреннюю принципиальность его предписаній. Наконецъ, изъ постороннихъ источниковъ мы узнаемъ, что, хотя творцы его и замалчивали удѣляемое при созданіи его вниманіе къ прусскому режиму дворянскихъ земельныхъ банковъ, созданныхъ Фридрихомъ В., режиму ипотечнаго устава 1783 г., созданному имъ же, и австрійскому режиму LT., такъ какъ въ ту пору было опасно открыто высказывать, что обновленная Франція съ пользой можетъ приглядѣться къ организаціямъ погрязшихъ въ феодализмъ нѣмецкихъ странъ, — тѣмъ не менѣе творцы декрета не только приглядывались къ порядкамъ означенныхъ странъ, но чуть-ли не ѣздили туда изучать подъ секретомъ тамошнія ипотечныя организаціи ²⁾.

Г. *Ипотечная установленія* ³⁾. Въ каждомъ дистриктѣ, въ главномъ административно-судебномъ центрѣ его, учреждается бюро храненія ипотекъ, а въ Парижѣ — генеральное бюро храненія ипотекъ. Эти бюро были, какъ и раньше и позднѣе во Франціи, самостоятельными установленіями, отдѣльными отъ судовъ и не имѣвшими свойствъ судебныхъ органовъ.

Дистриктовое бюро подраздѣляется на столько отдѣленій, сколько существуетъ въ дистриктѣ нотаріальныхъ бюро для совершенія официальныхъ актовъ сдѣлокъ по закону 5 = 19 Дек. 1790 г. И книги въ бюро храненія

¹⁾ Duvergier VIII, 189—213.

²⁾ См. Georges Rondel, *la Mobilisation du sol en France* Paris 1888, т. 2, § 2.

³⁾ Гл. IX и X, arts. 228—254. Также Georges Rondel, *La mobilisation du sol en France*, стр. 124—125, Besson, 86 и слѣд.

ипотеки ведутся отдельно для каждого из нотариально-крѣпостныхъ округовъ и никоимъ образомъ не соединяются и не смѣшиваются.

Личный составъ мѣстныхъ (дистриктныхъ) бюро хранения ипотеки образуютъ: 1) хранитель ипотеки (conservateur des hyp.), который одинъ только и подписываетъ ипотечныя свидѣтельства (cédules hypothécaires, см. ниже) для всѣхъ округовъ дистрикта; 2) необходимое число подчиненныхъ хранителю агентовъ для одного или нѣсколькихъ смежныхъ округовъ, сообразно условіямъ и потребности. Хранитель сносится съ генеральнымъ хранителемъ въ Парижѣ и состоитъ подъ его надзоромъ.

Генеральное бюро хранения ипотеки въ Парижѣ состоитъ подъ управленіемъ генеральнаго хранителя, назначасмаго законодательнымъ корпусомъ наравнѣ съ членами директоріи, ни отъ какого министерства не зависающаго и по рангу стоящаго выше министровъ. Правительство имѣетъ надъ нимъ право надзора.

Правильность дѣйствій этихъ установлений санкціонируется какъ дисциплинарной отвѣтственностью чиновниковъ, такъ и имущественной — передъ потерѣвшими гражданами.

Въ первую очередь отвѣчаютъ хранители дистриктныхъ бюро. Отвѣчая за все, происходящее въ ихъ бюро, они имѣютъ регрессивный искъ противъ подчиненныхъ имъ агентовъ. Субсидіарно, именно въ случаѣ недостаточности имущества дистриктныхъ хранителей, отвѣчаетъ генеральный хранитель. Въ этихъ цѣляхъ какъ мѣстные такъ и генеральный хранители, при вступленіи въ должность, представляютъ caution въ видѣ ипотеки на свободныя отъ ипотеки недвижимости.

II. *Ипотечныя книги* ¹⁾. Въ очерченныхъ дистриктныхъ бюро ведутся для каждого нотариально-крѣпостнаго округа по восьми реестровъ: 1) реестръ поземельныхъ декларацій и протоколовъ экспертизы; 2) реестръ для актовъ отчужденія недвижимости, добровольнаго и принудительнаго, и для отгѣтокъ о ревизіи собственности; 3) хронологическій реестръ для записи ипотечныхъ требованій, требованій ипотечныхъ свидѣтельствъ изъ бюро (cédules hyp.) и выдачи послѣднихъ; 4) реестръ для записи цессій ипотечныхъ требованій и оппозицій цессіонаріевъ; 5) реестръ погашеній ипотечныхъ требованій и ипот. свидѣтельствъ. 6) Главная ипотечная книга (le livre de raison des hypothèques), состоящая изъ 2-хъ частей: I часть представляетъ экстрактивное изложеніе двухъ первыхъ реестровъ, II часть содержитъ тоже экстрактивное изложеніе 3-хъ слѣдующихъ реестровъ. 7) Алфавитный указатель къ главной ипотечной книгѣ. 8) Реестръ входящихъ актовъ, содержащихъ извлеченія изъ ипотечныхъ книгъ, и — записи пошлннъ.

Такимъ образомъ законъ дѣлаетъ многое для приданія обзорности своимъ ипотечнымъ книгамъ, специализируя ихъ по округамъ и правоотношеніямъ и снабжая ихъ алфавитнымъ указателемъ и экстрактомъ. Декретъ кое-что дѣлаетъ и для предметной системы веденія книгъ, полагая въ основу сдѣлокъ

¹⁾ Art. 223—228.

о недвижимостяхъ поземельныя деклараціи, представляющія описаніе недвижимостей (ниже) ¹⁾. Но почему же было-бы не соединить всѣ данныя въ табellarной формѣ, какъ это практиковалось въ другихъ странахъ, и почему бы не установить исключительно-предметную систему веденія книги, вмѣсто смѣшанной? Отвѣтъ на вопросъ мы встрѣтимъ позднѣе такой: предметная система (по имѣніямъ) напоминала французамъ унизительный феодальный строй, гдѣ лицо было прикрѣплено къ землѣ; Франція же выдвигаетъ личность на первый планъ, потому и система книгъ должна быть личной ²⁾. Черезъ сто лѣтъ французы стали разсуждать иначе.

Декретъ строжайше предписываетъ тщательность и аккуратность изготовленія, веденія и хранения всѣхъ этихъ книгъ. Въ духѣ времени и учрежденія провозглашается начало вѣшняго публциитета всѣхъ 8 реестровъ. Всѣ они публичны и открыты для осмотра всѣмъ гражданамъ; требуютъ только мѣры предосторожности, да пошлнны въ пользу чиновника, присутствующаго во время обзора реестровъ публнкой. Но акты, относящіеся до ипотечнаго дѣла, не обязательно публичны, хотя допускается выдача съ нихъ копій за пошлнну.

Отличительной чертою французскаго права всегда служило начало, что недвижимости привлекаются къ режиму лишь по мѣрѣ вступленія ихъ въ ипотечный оборотъ. Единвременной и принудительной мѣры подчиненія режиму всѣхъ недвижимостей во Франціи никогда не встрѣчалось. Такой мѣры не знаетъ и декретъ 9 mess. ³⁾.

Эта ипотечная система и является основой ипотечнаго оборота.

III. *Возникновеніе ипотеки*. Уже въ моментъ возникновенія ипотеки выражается рѣзкое различіе прежней, простой ипотеки и ипотеки на самого себя.

1. Простая ипотека возникаетъ путемъ записи въ ипотечный реестръ титула ипотеки ⁴⁾.

а) Титулами ипотеки служатъ, по закону 9 mess., только договоръ и судебное рѣшеніе. Законныя ипотеки открыто исключаются ⁵⁾, что характеризуетъ законъ 9 mess. какъ чисто революціонное законодательство. Договорныя ипотеки сопровождаютъ, по прежнему, всякое обязательство имущественнаго характера, облеченное въ форму автентическаго акта ⁶⁾; по прежнему, она генеральная, такъ что кредиторъ въ правѣ на основаніи обязательственнаго автентическаго акта потребовать записи ипотеки на все иму-

¹⁾ Besson, 96 стр.

²⁾ Такъ разсуждали въ государственномъ совѣтѣ при обсужденіи ипотечнаго режима Наполеона кодекса. См. у Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris MDCCCXXVII, т. 15 въ разныхъ мѣстахъ.

³⁾ А между тѣмъ единвременное подчиненіе всѣхъ недвижимостей ипотечному режиму имѣетъ большое преимущество, такъ какъ при немъ легче избѣгнуть опасности многократнаго подчиненія ипотечному режиму одного участка подъ разными наименованіями.

⁴⁾ Art. 3 и 19 п. 2.

⁵⁾ Art. 17: „il n'y a plus d'hypothèque tacite“.

⁶⁾ Art. 17 и 13.

нство должника и не только наличное, но и въ будущемъ имѣющее поступить въ его распоряженіе ¹⁾.

Судебныя ипотеки законъ знаетъ 2-хъ видовъ: 1) ипотеки, покоющіяся на судебномъ приговорѣ, и 2) ипотеки, покоющіяся на судебномъ признаніи частнаго акта обязательства ²⁾. Судебная ипотека также генеральная ³⁾. И тутъ законъ вѣрнѣ французскимъ традиціямъ.

в) Но одного титула теперь уже не достаточно для возникновенія ипотеки; ипотека возникаетъ только путемъ записи титула въ книгу; эта запись и завершаетъ окончательно установленіе ипотеки ⁴⁾. При записи генеральная ипотека все же остается генеральной.

Записанная ипотека поражаетъ всѣ недвижимости должника, лежащія въ округѣ, гдѣ совершена запись, и не только наличныя, но и имѣющія въ будущемъ принадлежать должнику ⁵⁾. Специалитетъ объекта, декретъ знаетъ лишь крайне относительный: всѣ имѣнія, расположенныя въ одномъ дистриктѣ, настоящія и будущія, поражаются ипотекой въ силу одной записи; и только для имѣній, расположенныхъ въ разныхъ дистриктахъ, требуется столько записей, сколько дистриктовъ.

Запись совершается по требованію кредитора, имѣющаго автентическій актъ, содержащій титулъ ипотеки ⁶⁾. Уже, совершая этотъ актъ, должникъ подвергаетъ себя ипотеку, и его согласіе на запись ипотеки въ книгу не требуется ни въ какой формѣ. Но должникъ привлекается къ своеобразному участию при записи ипотеки, именно къ совершенію поземельной деклараціи (déclaration foncière des biens) ⁷⁾; эта декларація представляетъ родъ кадастра, или описанія недвижимостей, крайне элементарнаго и общаго. Должникъ совершаетъ такую декларацію отдѣльно для недвижимостей, ему принадлежащихъ и расположенныхъ на территоріи отдѣльной общины; по деклараціи должны быть совершены обо всѣхъ недвижимостяхъ, расположенныхъ въ округѣ вѣдомства бюро храненія ипотеку, въ которомъ состоялась запись ипотеки; декларація совершается по установленной формѣ. Лишь въ такой мало значащей формѣ декретъ и дѣлаетъ шагъ къ специалитету субъекта ипотеки. Собственникъ выполняетъ обязанность совершенія деклараціи по требованію кредитора, подъ страхомъ навлечь на себя невыгодныя послѣдствія въ случаѣ несовершенія деклараціи; именно, противъ собственника, не совершившаго деклараціи въ теченіе 1 мѣс., кредиторъ можетъ приступить немедленно ко

¹⁾ Art. 19, 25—31.

²⁾ Art. 10.

³⁾ Art. 17 и 19.

⁴⁾ Art. 19 и. 2: "... l'hypothèque n'est acquise définitivement que par la formalité de l'inscription..."

⁵⁾ Fod.

⁶⁾ Art. 20. Тамъ же и производство: кредиторъ представляетъ 2 экземпляра выписи изъ нотаріальнаго бюро, гдѣ хранится подлинный актъ сдѣлки, содержащихъ опись кредитовъ (bordereaux). Одна выпись, съ отивткой о записи требованій въ ипотечную книгу, возвращается кредитору. Никакого легалитета декретъ не знаетъ.

⁷⁾ Art. 32, 35 и особый законъ отъ того же 9 mess. an 3 (Duvergier VIII, 214).

взысканію долга. Если изъ деклараціи окажется, что имущества недостаточно на обезпеченіе долга, и должникъ не имѣетъ предложить дополнительнаго обезпеченія, кредиторъ въ правѣ немедленно приступить ко взысканію необезпеченной доли долга. Но кредиторъ можетъ и отказаться отъ права взысканія въ обонхъ случаяхъ ¹⁾.

Съ другой стороны и должникъ въ правѣ требовать судебнымъ порядкомъ освобожденія нѣкоторыхъ своихъ недвижимостей отъ ипотечнаго бремени, если докажетъ, что кредиторъ достаточно обезпеченъ ипотекой на прочія недвижимости его. Достаточно признается обезпеченность тогда, когда капитальная цѣна обремененныхъ недвижимостей превышаетъ на $\frac{1}{4}$ сумму обезпечиваемаго долга ²⁾.

Запись должна быть совершена въ теченіе 1 мѣсяца со дня возникновенія титула. И тогда записанная ипотека датируется съ момента совершенія ипотечнаго акта или произнесенія судебного приговора. Иначе ипотека датируется со дня совершенія записи ³⁾.

Запись и ипотечная книга снабжены по декрету fides publica; всакой приобрѣтатель ипотеки, доврившійся книгѣ, защищается въ своемъ правѣ противъ ревиндикаціи недвижимости со стороны истиннаго собственника, разъ только изъ книги не было ясно, что право собственности установителя ипотеки осариивается. Такимъ образомъ, книга въ отношеніи ипотечнаго оборота легитимируетъ книжнаго собственника на распоряженія недвижимостью. Пока въ книгѣ не указано, что имѣніе уже перешло къ другому собственнику, дѣйствія книжнаго собственника обязательны для матеріальнаго собственника ⁴⁾. Декретъ не различаетъ даже добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго 3-го прибрѣтателя ипотеки. Но защиты 3-го прибрѣтателя ипотеки противъ возраженій о порочности ипотеки изъ матеріальнаго отношенія послѣдней декретъ не устанавливаетъ.

Декретъ знаетъ и специалитетъ суммы ипотечнаго требованія и требуетъ специалитета съ такой настойчивостью, что автентическій актъ ипотеки, не указывающій точной суммы требованія, не служитъ и титуломъ ипотеки ⁵⁾.

Въ заключеніе скажемъ, что декретъ не допускаетъ записи ипотеки противъ сингулярнаго преемника должника ⁶⁾, что вполне понятно, такъ какъ договоръ ипотеки еще не устанавливаетъ вещнаго права, которое было бы дѣйствительно противъ всякаго владѣльца недвижимости.

2. *Ипотека* на самого себя возникаетъ въ гораздо болѣе сложномъ процессѣ, чѣмъ простая ипотека, что объясняется особенно острымъ характеромъ ея. Ипотека на самого себя можетъ возникнуть исключительно только

¹⁾ Art. 32, 33, 34, 35.

²⁾ Art. 30. Подробности, art. 29 и др.

³⁾ Art. 22.

⁴⁾ Art. 95: „les hypothèques inscrites et les cédules requises avant ladite notification (отивтки о ревиндикаціи) ont leur pleine et entière execution sur la chose hypothéquée, sauf le recours du propriétaire contre celui qui les avait consenties; art. 96 и 106.

⁵⁾ Art. 16.

⁶⁾ 27, 28.

по волю самого собственника; она может быть только „добровольной“, но не „принудительной“, какъ выражается декретъ; она предназначена исключительно для цѣлей развитія реального кредита и ни для какихъ другихъ цѣлей ¹⁾. Возникаетъ она путемъ исправленія собственникомъ недвижимости особаго ипотечнаго свидѣтельства (сédules hypothécaires), имѣющаго точно опредѣленную табellarную форму ²⁾.

Всякій гражданинъ, желающій выправить ипотечное свидѣтельство на свою недвижимость (сédule hyp.), обязуется предварительно, если уже раньше не сдѣлалъ этого, представить, въ установленной другимъ закономъ отъ того же 9 mess. an. III формѣ, поземельную декларацию подлежащихъ обремененію ипотекой недвижимости и оправдать ее передъ хранителемъ ипотеки, — и не можетъ воспользоваться для этого декларацией, представленной предшественникомъ его по праву; все это — подъ страхомъ недействительности акта реквизиціи и ипотечнаго свидѣтельства; хранитель, въ свою очередь, отвѣчаетъ за точность выполненія указанныхъ предписаній декрета ³⁾.

Просьба о выдачѣ ипотечнаго свидѣтельства, представляющая собою абстрактное одностороннее волеизъявленіе собственника, направляется къ хранителю ипотеки. Последній, прежде выдачи ипотечныхъ свидѣтельствъ, направляетъ ихъ для регистраціи въ нотаріально-крѣпостное бюро (bureau de la perception des droits d'enregistrements), существующее въ центральномъ мѣстѣ дистрикта (согласно закону 5—19 дек. 1790 г.), — т. е. бюро, гдѣ изготовляются всѣ аутентическіе акты, служащіе титулами ипотеки простыхъ ⁴⁾.

Для большей обезпеченности кредиторовъ, безъ которой ипотека на самого себя не имѣла бы значенія для оборота, декретъ устанавливаетъ высшій предѣлъ задолженности имѣній при этой ипотеки, именно $\frac{3}{4}$ цѣны имѣній „капитальной или продажной“, включая и сумму ипотеки, уже существующихъ на имѣніяхъ. Хранитель ипотеки, уполномоченный на выдачу ипотечныхъ свидѣтельствъ, является поручителемъ (garant) за капитальную сумму долга, значащагося въ ипотечномъ свидѣтельствѣ, и за размѣръ ипотечныхъ кредитовъ, предшествующихъ выправкѣ свидѣтельства ⁵⁾.

Въ виду такой отвѣтственности хранителя ипотеки и въ виду общей надежности ипотеки на самого себя, декретъ дѣлаетъ даже отступленіе отъ традицій французскаго права и вооружаетъ хранителя ипотеки извѣстнаго рода легалитетомъ, не встрѣчающимся при установленіи простой ипотеки. Чтобы дать хранителю ипотеки возможность судить о правѣ собственности просителя и цѣнѣ недвижимости его, проситель обязуется сообщить хранителю немедленно же и подъ роспиской (sous réséripssé): 1) точныя свѣдѣнія о ти-

¹⁾ Art. 36.

²⁾ У Duvergier, VIII, стр. 193.

³⁾ Art. 38.

⁴⁾ Art. 39. Мелкія подробности въ art. 40—42.

⁵⁾ Art. 36.

тулахъ собственности на обременяемыя недвижимости, о вещныхъ правахъ на недвижимость, о послѣднихъ протоколахъ оцѣнки или экспертизы недвижимости и другихъ документахъ, служащихъ базой поземельной декларации; 2) извлеченія изъ кадастровыхъ книгъ поземельнаго налога (rôle de la contribution foncière), относящихся до недвижимости просителя и доказывающія величину котизаціи недвижимости по налоговымъ отношеніямъ за текущій и предшествующій годы ¹⁾. Эти данныя предъявляются передъ открытіемъ экспертизы недвижимости, если послѣдняя необходима, иначе же — во время выдачи ипотечнаго свидѣтельства ²⁾. Но хранитель ипотеки можетъ и не ограничиться этими данными и можетъ привлечь не только данныя, служащія теперь дѣлу взиманія пошлины въ нотаріально-крѣпостныхъ установленіяхъ, но и данныя, накопившіяся въ до-революціонныхъ установленіяхъ, служившихъ тѣмъ же задачамъ ³⁾.

Въ теченіе 10 дней отъ реквизиціи ипотечныхъ свидѣтельствъ, хранитель, составивъ свое представленіе о цѣнности имѣній и свойствахъ ихъ, обязанъ письменно объявить просителю, не желаетъ ли онъ оспаривать поземельную декларацию въ ея исправленномъ видѣ, и, если желаетъ, почему ⁴⁾.

Если изъ представленныхъ просителемъ данныхъ о принадлежности просителю права собственности на недвижимость хранитель усмотритъ, что данныхъ не достаточно для доказательства права собственности просителя, вопросъ о выдачѣ ипотечныхъ свидѣтельствъ остается открытымъ. Тогда проситель благоволитъ представить удостовѣреніе отъ муниципальнаго правленія (corps municipal) по мѣсту нахождения недвижимости въ томъ, что проситель официально считается за собственника недвижимости; или же проситель долженъ дать caution въ ипотекахъ, въ размѣрѣ капитальной цѣны имѣній, принадлежность которыхъ ему подтвержена сомнѣнію. Иначе свидѣтельство не выдается до разрѣшенія сомнительнаго вопроса дистриктнымъ трибуналомъ ⁵⁾.

Съ другой стороны, если хранитель ипотеки найдетъ, что цѣна имѣній, какъ она указана въ поземельной декларации просителя, преувеличена, онъ предпринимаетъ оцѣнку имѣнія черезъ экспертовъ, своими заботами ⁶⁾.

Будетъ ли предпринята экспертиза или не будетъ, — все равно ипотечное свидѣтельство не можетъ быть выдано хранителемъ ипотеки ранѣе 1 мѣсяца со дня поступленія къ хранителю ипотеки просьбы о выдачѣ его,

¹⁾ Art. 43.

²⁾ Art. 44.

³⁾ Art. 45.

⁴⁾ Art. 46.

⁵⁾ Art. 47.

⁶⁾ Art. 48. Экспертизой декретъ много занимается; указываетъ принципы ея; эксперты опредѣляютъ цѣну недвижимости не на основаніи существующей арендной платы и послѣдней продажной цѣны, а на основаніи той, какую можно установить за недвижимость въ принципѣ (art. 49). Порядокъ назначенія экспертовъ, производства экспертизы, рапорты экспертовъ тщательно регулируются (50 и 77).

подъ страхомъ ответственности ¹⁾. Смысль этого предписанія заключается въ томъ, что ипотечное свидѣтельство даетъ ипотеку съ момента поступления просьбы о выдачѣ ипотечнаго свидѣтельства ²⁾, точно такъ же, какъ простую ипотеку даетъ автентическій актъ обязательства или судебный приговоръ съ момента ихъ совершенія, если послѣдніе предъявлены къ записи въ теченіе 1 мѣсяца. Во избѣжаніе того, что ипотека на самого себя окажется уступающей по старшинству простымъ ипотекамъ или что она вмѣстѣ съ простой ипотекой, старшей по приоритету, чѣмъ она, превыситъ $\frac{3}{4}$ цѣны недвижимостей, и требуется указанный мѣсяць выжиданія. И хранитель ипотеки обязуется наблюдать, чтобы сумма ипотеки на самого себя и простой ипотеки, старшей по приоритету, не превышала $\frac{3}{4}$ цѣны недвижимостей, подъ страхомъ ответственности ³⁾.

Но, съ другой стороны, непрошенное ипотечное свидѣтельство должно быть взято собственникомъ въ теченіе 10 лѣтъ со дня предъявленія просьбы, иначе требуется новое производство и прописаніе ⁴⁾.

Ипотечныя свидѣтельства выдаются на сроки и въ соиррес, опредѣляемыхъ просителемъ ⁵⁾. Срокъ не можетъ превышать 10 лѣтъ ⁶⁾. Тотчасъ, какъ ипотечное свидѣтельство вручено просителю, послѣдній получаетъ свободное распоряженіе имъ ⁷⁾. Ипотечное свидѣтельство представляетъ собою абстрактный, формальный односторонній актъ, содержащій обязательство собственника обремененной ипотекой недвижимости — уплатить изъ поименованной въ актѣ цѣны недвижимости въ пользу держателя акта указанную въ актѣ денежную сумму ⁸⁾. Имя держателя въ самомъ свидѣтельствѣ не указывается, но оно обозначается въ бланковомъ индоссаментѣ, на спинѣ свидѣтельства. Свидѣтельство есть носитель права. Пока оно не выдано собственнику на руки, послѣднему нечѣмъ и распорядиться. И въ реестръ вносится отгѣтка „о выпускѣ ипотечнаго свидѣтельства“ ⁹⁾.

Ипотека на самого себя специализируется не только въ отношеніи суммы требованія, но и въ отношеніи предмета. Поражаемая ею недвижимость перечисляется съ точностью въ ипотечномъ свидѣтельствѣ ¹⁰⁾. Однако, специализація имѣній и тутъ относительная. Долгъ не поражаетъ лишь будущихъ имѣній, да поименованныхъ въ свидѣтельствѣ. Но онъ нераздѣльно и во всей своей цѣлости падаетъ на все поименованныя имѣнія, въ ихъ

¹⁾ Art. 78.

²⁾ Art. 79.

³⁾ Art. 80.

⁴⁾ Art. 217 n. 2.

⁵⁾ Art. 81.

⁶⁾ Art. 36 n. 1.

⁷⁾ Art. 83 init.

⁸⁾ Cédule Hyp. гласитъ: „... Je... m'oblige de payer, à ce domicile, sur la valeur de mes biens territoriaux, à l'ordre du citoyen dénommé au dos, la somme de...“ Полный образчикъ ипотечнаго свидѣтельства отпечатанъ у Duvergier, VIII 193 стр.

⁹⁾ Art. 82.

¹⁰⁾ Art. 36 n. I art. 16.

совокупности. Получается, въ концѣ-концовъ, та же генеральная ипотека или, въ лучшемъ случаѣ, солидарная, но не специальная.

Внутренній публицитетъ записи такой ипотеки уже указанъ выше. Такъ, во все время цѣль обезпеченія живого ипотечнаго оборота преслѣдовалась сходными между собою правовыми ипотечными организаціями.

IV. Предметъ ипотеки составляютъ по декрету только недвижимости—реальныя и идеальныя ¹⁾.

V. Лица, способныя установить ипотеку на самого себя,—это все дѣеспособные граждане; лица, на недвижимости которыхъ можетъ быть установлена простая ипотека,—это все граждане ²⁾.

VI. Правоотношеніе ипотеки. Декретъ опредѣляетъ ипотеку какъ вещное право на недвижимости обязанаго лица, предоставленное кредитору въ обезпеченіе обязательствъ, заключенныхъ съ должникомъ ³⁾ и сводящееся въ концѣ-концовъ къ полномочию неудовлетвореннаго по личному требованію кредитора,—требовать въ судебномъ порядкѣ отчужденія заложенной недвижимости, въ чьихъ бы рукахъ послѣдняя ни находилась, съ цѣлью извлеченія этимъ путемъ цѣны недвижимости на покрытіе личнаго требованія ⁴⁾. Но мало этого. Ипотека, по мысли декрета, стоитъ въ отношеніи личнаго обязательства болѣе, чѣмъ въ положеніи аксессуарія къ личному требованію; она является всегдашнимъ и невольнымъ спутникомъ всякаго личнаго обязательства, облеченнаго въ автентическую форму. Всякій, вступающій въ обязательство такого рода, eo ipso навлекаетъ генеральную ипотеку на свои недвижимости, при соблюденіи закономъ установленной инскрипціи. Тутъ декретъ вѣрнѣе дореволюционному правообразованію. И это опредѣленіе декретъ относитъ одинаково къ обѣимъ ипотекамъ. Однако, если это опредѣленіе еще можно приять для простой ипотеки, которая, по декрету, защищается fides publica ипотечной книги, повидимому, только противъ послѣдствій эвикціи, а не пороковъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго ⁵⁾,—то это опредѣленіе уже совершенно неправильно для ипотеки на самого себя. Послѣдняя характеризуется всецѣло чертами самостоятельнаго реального бремени на недвижимость, не связаннаго при возникновеніи своемъ даже личностью личнаго требованія ⁶⁾, а въ циркуляціи не подверженнаго уже вовсе никакимъ возраженіямъ, слѣдовательно и возраженіямъ изъ личнаго требованія ⁷⁾ (котораго тутъ и нѣтъ). Съ другой же стороны, если полагаться на букву ипотечнаго свидѣтельства и закона, предписаннаго формулу свидѣ-

¹⁾ Art. 5—6.

²⁾ Art. 8—12.

³⁾ Art. 2.

⁴⁾ Art. 4.

⁵⁾ Art. 95 косвенно.

⁶⁾ „... Je... m'oblige de payer... sur la valeur de mes biens territoriaux.“... гласитъ, ипотечное свидѣтельство.

⁷⁾ Art. 83: „leur circulation (des cédules h.) ne peut être arrêtée entre les mains du possesseur, par aucune opposition principale ou en sous-ordre“.

тельства, то уже для декрета 9 mess. мы получим то строение современной ипотеки, которое позднее выдвигалось восторженными германистами, как существенно отличное от строения римской ипотеки; именно, по декрету 9 mess., сказали бы восторженные германисты, ипотека на самого себя имѣетъ на сторонѣ ипотечнаго должника, собственника обремененной недвижимости, обязанность къ положительному дѣйствию, къ уплатѣ долга (sic... m'oblige de payer...), въ противоположность римской ипотеки, гдѣ собственникъ обремененной недвижимости обязывался лишь торгѣть воздѣйствіемъ кредитора на заложенную вещь. Указанная обязанность къ положительному дѣйствию, далѣе, существуетъ въ силу обладанія обремененной недвижимостью; отсюда, по выраженію восторженных германистовъ эпохи повышеннаго національнаго настроенія, современная ипотека, въ томъ числѣ и ипотека декрета 9 mess., есть Réalobligation, гдѣ личность должника опредѣляется обладаніемъ обремененной недвижимости и возникаетъ и падаетъ съ этимъ обладаніемъ. Наконецъ, какъ увидимъ ниже, самое осуществленіе современной ипотеки, въ томъ числѣ и ипотеки декрета 9 mess., происходитъ не по-римски, а по-германски, и даже какъ будто сходно съ осуществленіемъ долговыхъ требованій, именно оно происходитъ не въ порядкѣ непосредственнаго воздѣйствія кредитора на заложенную вещь, а какъ будто въ порядкѣ осужденія собственника заложенной недвижимости къ уплатѣ долга, подъ угрозой — направленія взысканія на заложенный предметъ въ порядкѣ общей экзекуціи. Различіе осуществленія ипотеки и иного долговаго требованія будетъ состоять тогда лишь въ томъ, что тутъ экзекуція направляется на все имущество должника, а тамъ она ограничивается только заложенной недвижимостью по той причинѣ, что должникъ отвѣчаетъ только этимъ предметомъ и въ качествѣ собственника этого предмета ¹⁾).

Констатированіемъ чертъ современной ипотеки и, притомъ, самостоятельной ипотеки въ строеніи ипотеки на самого себя, извѣстной декрету 9 mess., я пока и ограничусь, оставляя болѣе точный разборъ ученія до позднѣйшаго времени, когда наберется больше матеріала для проверки германистической конструкціи ипотеки. Здѣсь же, подводя итоги только-что сказанному, замѣчу, что, согласно декрету 9 mess., ипотека во всякомъ случаѣ будеть вещнымъ бременемъ на недвижимость, въ силу котораго изъ недвижимости извлекается цѣнность въ пользу управомоченнаго; но въ одномъ случаѣ, именно при ипотеки на самого себя, это бремя не примыкаетъ уже рѣшительно ни къ какому личному требованію и является самостоятельнымъ, тогда какъ въ другомъ случаѣ, именно при простой ипотеки, оно примыкаетъ къ вѣдъ его стоящему личному требованію, которому, по мысли закона, оно и служитъ обезпеченіемъ.

¹⁾ См. Meibom, Das Mecl., HR. § 4, Regelsberger, Das Bayr. HR. § 10, Dernburg Das Preuss. HR. § 35, Sohm въ Grünhuts-Zeitschr. V стр. I и с. По своему того же мнѣнія держатся и Кассо. Полагіе залога въ современномъ правѣ.

VII. *Порядокъ ипотеки*, или приоритетъ ихъ опредѣляется: для простыхъ ипотеки, своевременно записанныхъ, моментомъ возникновенія титула, для ипотеки на самого себя — моментомъ подачи прошенія о выдачѣ ипотечнаго свидѣтельства; для невовременно предъявленныхъ простымъ ипотеки — моментомъ записи ихъ въ ипотечный реестръ ¹⁾. Декретъ не допускаетъ никакихъ привилегій и молчаливыхъ ипотеки и дѣлаетъ исключеніе только для поземельнаго налога за текуцій и одинъ истекающій годъ и для права собственника недвижимости на арендную плату ²⁾. Такое ограниченіе даже привилегій и полное исключеніе легальныхъ ипотеки является крайне благоприятной мѣрой для развитія реального кредита и, въ свою очередь, характеризуетъ декретъ 9 mess., какъ рѣзко новаторскій или революціонный памятникъ.

VIII. *Уступка ипотечныхъ кредитовъ* регулируется на существенно различныхъ началахъ для ипотеки простой и для ипотеки на самого себя.

1. Простая ипотека уступается по цессіи, облеченной въ автентическую форму ³⁾. Но этотъ автентическій актъ цессіи является только титуломъ; цессіонарій этимъ еще не становится „собственникомъ“ ипотечнаго требованія и не можетъ осуществить ипотеку; онъ долженъ еще зарегистрировать титулъ въ ипотечномъ бюро, гдѣ была совершена запись самаго права ипотеки ⁴⁾. Иначе, цедентъ легитимируется на распоряженіе ипотекой, и всякое освобожденіе должника или приобретателя заложенной недвижимости отъ ипотечнаго бремени, предшествующее предъявленію цессіи къ записи, имѣетъ силу ⁵⁾.

2. Совѣмъ иначе дѣло обстоитъ съ уступкой ипотечныхъ свидѣтельствъ. Ни цессія въ автентической формѣ, ни запись цессіи въ ипотечную книгу тутъ основательно не требуются, какъ мѣры волокитныя и несогласныя съ духомъ мобилизаціоннаго института. Само ипотечное свидѣтельство воплощаетъ ипотечное право, какъ вексель воплощаетъ личное требованіе. И ипотечное свидѣтельство, какъ вексель, переходитъ изъ рукъ въ руки путемъ простого индоссаментна на оборотной сторонѣ акта. И этотъ индоссаментъ — бланковый, а не полный ⁶⁾. Самое дѣйствіе индоссаментна сходно съ вексельнымъ индоссаментомъ: индоссать является не только субъектомъ права ⁷⁾, но и самостоятельнымъ субъектомъ, противъ котораго не допускается возраженій изъ лицъ предшествующихъ ⁸⁾. Только индоссаментъ ипотечнаго свидѣтель-

¹⁾ Art. 22, 79. При стеченіи нѣсколькихъ ипотеки, приобретенныхъ въ одинъ день, часть дня рѣшаетъ вопросъ о старшинствѣ.

²⁾ Art. 24.

³⁾ Art. 84.

⁴⁾ Art. 85.

⁵⁾ Eod.

⁶⁾ Art. 83: „...leur circulation. par la voi de l'endossement nominatif à ordre, ne peut être arrêtée entre les mains du possesseur, par aucune opposition principale ou en sous-ordre“, art. 36 п. 2 n° 2°: „Cette cédule hypothécaire est transmissible, non point au porteur in-nommé, mais par la voi de l'endossement à ordre“.

⁷⁾ Art. 36 i. f.: „elle (cédule) forme un titre exécutoire contre le citoyen qui la souscrit, au profit de celui à l'ordre duquel elle est passée“.

⁸⁾ См. цит. art. 83 i. f.

ства подобенъ вексельному индоссаменту „безоборотному“, что понятно и логично, такъ какъ ипотечное свидѣтельство нуждается лишь въ быстротѣ и легкости, но не въ усиленіи обеспеченности путемъ привлеченія къ отвѣтственности всѣхъ тѣхъ, черезъ чьи руки оно переходитъ, ибо обеспеченность дана полная въ видѣ права ипотеки, не превышающей $\frac{3}{4}$ цѣны обремененной недвижимости, отвѣтственности чиновниковъ за надежность обеспечения и т. д. Только въ случаѣ подлога допускается регрессивное требованіе къ индоссанту ¹⁾).

3. Въ заключеніе ученія объ уступкѣ ипотеки упомяну вкратцѣ о правѣ ипотеки на ипотеку. Ипотека третируется въ декретѣ, какъ идеальная недвижимость, могущая сама стать объектомъ новой ипотеки. Всякій кредиторъ, имѣющій титулъ генеральной ипотеки на имущество своего должника, получаетъ этимъ ипотечный титулъ и на принадлежащую должнику ипотеку. А чтобы получить на послѣднюю и ипотеку, кредиторъ долженъ совершить оппозицію въ ипотечномъ бюро, гдѣ записана ипотека должника. Дѣйствіе оппозиціи состоитъ въ томъ, что она препятствуетъ должнику получить для себя удовлетвореніе по своей ипотецѣ въ ущербъ своему кредитору. Эта ипотека на ипотеку допускается только при простой ипотецѣ и не допускается при ипотецѣ на самого себя, по вполнѣ понятнымъ причинамъ ²⁾). Вторая вѣдь воплощается въ ипотечномъ свидѣтельствѣ и уловить послѣднее нельзя, а допустить оппозицію къ ипотечной книгѣ и въ отношеніи этой ипотеки значило-бы убить всю организацию, превративъ мобилизаціонную ипотеку въ простую книжную ипотеку.

IX. *Прекращеніе ипотеки* регулируется опять не одинаково для простой ипотеки и ипотеки на самого себя. Впрочемъ, декретъ и тутъ не вполнѣ продумалъ вводимыя имъ новшества, когда онъ формулировалъ общее начало, что ипотека гаснетъ вмѣстѣ съ личнымъ требованіемъ, обеспеченіе коего составляетъ ее задачу ³⁾, и перечислилъ нѣсколько лишь матеріальныхъ основаній погашенія личнаго требованія. На основаніи другихъ предписаній декрета вопросъ о прекращеніи ипотеки можно, однако, изложить точнѣе, чѣмъ гласитъ общая формула декрета.

1. Матеріальнымъ основаніемъ для прекращенія простой ипотеки служитъ прекращеніе тѣмъ или инымъ путемъ личнаго требованія или титула самой ипотеки. Нѣкоторые изъ этихъ случаевъ декретъ регулируетъ специально, какъ-то: отказъ кредитора отъ ипотеки, уплату долга, новацию и давность. Новация даетъ ипотеку лишь съ момента ея совершенія — 1 мѣсяцъ назадъ; давность опредѣляется мѣстнымъ правомъ, но не можетъ превышать 10 лѣтъ ⁴⁾).

¹⁾ Art. 36 п. 2 н^о 3: „Il n'y a aucun retour de garantie d'un endossement à l'autre, excepté seulement en cas de faux“.

²⁾ Tit. 1 гл. III § 1 и 2. Прежняя оппозиція тутъ вырождается въ новую opposition sous-ordre au premier degré ou aux degrés ultérieurs. Art. 86—93 и др.

³⁾ Art. 209.

⁴⁾ Art. 210—219.

Но такъ какъ ипотека по декрету возникаетъ окончательно только путемъ записи въ реестръ, и этотъ реестръ обладаетъ свойствомъ *fidēs p.*, то и прекращеніе ипотеки окончательно совершается только записью въ реестръ погашеніе отбѣтки. Погашеніе совершается по требованію собственника обремененныхъ недвижимостей, представившаго для этой цѣли автентической актъ, доказывающій фактъ матеріальнаго прекращенія ипотеки. Давность погашаетъ ипотеку *ipso jure* ¹⁾).

2. Ипотека на самого себя воплощена въ ипотечномъ свидѣтельствѣ, и погашеніе ея совершается путемъ погашенія этого свидѣтельства или аннулированія его въ присутствіи хранителя ипотецъ, и только тогда ипотека на самого себя погашается и по книгѣ. По 10-лѣтнія давность погашаетъ ипотечное свидѣтельство *ipso jure*, и наступленіе этой давности видно изъ самаго ипотечнаго свидѣтельства ²⁾). Отсюда возвратившееся ипотечное свидѣтельство собственникъ можетъ снова пустить въ оборотъ и неоднократно, и по разнымъ основаніямъ, какъ вексель или *Handveste* ³⁾).

X. Осуществленіе ипотеки въ порядкѣ экзекуціоннаго производства на заложенные недвижимости въ правѣ декрета характеризуется крайне энергичными чертами, вполнѣ отвѣчающими общей задачѣ декрета — поставить ипотечный оборотъ на твердую почву и въ условія небывалой до тѣхъ поръ обеспеченности. Производство крайне быстрое, внимательное больше къ интересамъ кредитора, чѣмъ должника; декретъ знаетъ только публичную продажу недвижимости и отказывается принципиально отъ ввода во владѣніе кредитора и удовлетворенія его изъ доходовъ недвижимости. Публикаціи совершаются черезъ органы печати. Адьюдикація даетъ приобретателю неотъемлемое право собственности, свободное отъ какихъ-либо райѣс не заявленныхъ притязаній и какого-либо права выкупа со стороны должника. Удовлетвореніе кредиторовъ съ простой ипотекой совершается по истеченіи 1 мѣс. со дня принудительнаго отчужденія; удовлетвореніе же по ипотечнымъ свидѣтельствамъ совершается немедленно. Все производство отчужденія ставится въ живую связь съ дѣятельностью ипотечнаго бюро ⁴⁾).

XI. *Приобрѣтеніе собственности и очистка ипотецъ*. Этотъ оригинальный институтъ французскаго права развитъ и въ декретѣ.

Очистка ипотецъ, или очистка недвижимости отъ ипотецъ имѣетъ мѣсто при переходѣ недвижимости, обремененной ипотеками, изъ рукъ ипотечнаго должника въ руки 3-го лица и цѣлится одинаково удовлетворить какъ надежности переходовъ собственности, такъ и интересамъ ипотечныхъ кредиторовъ.

Никакое отчужденіе недвижимости, добровольное или принудительное, между живыми совершонное, на какомъ бы титулѣ оно ни покоилось, не при-

¹⁾ Art 220—221.

²⁾ Art. 222, 217.

³⁾ Art 222: „Aucune radiation de cédules ne peut être faite dix années de leur date, si elles ne sont rapportées en original au conservateur, biffées et annulées en sa présence“.

⁴⁾ Art 110—208.

знается действительнымъ, если ему не предшествуетъ поземельная декларация относительно отчуждаемыхъ недвижимостей. Декларация совершается, въ случаѣ добровольнаго отчужденія, отчуждателемъ, а въ случаѣ принудительнаго отчужденія—должникомъ, по формѣ, и представляется въ потариально-крѣпостное бюро, компетентное на совершеніе автентическаго акта отчужденія, безъ каковаго акта отчужденіе тоже ничтожно. Чиновники этихъ бюро, въ свою очередь, обязаны требовать предъявленія поземельной декларации, подъ страхомъ личной и имущественной отвѣтственности. Актъ отчужденія содержитъ упоминаніе о поземельной декларации.

Но приобретатель, въ силу автентическаго акта приобретения, можетъ стать неотъемлемымъ собственникомъ лишь при соблюденіи двухъ условий: 1^о, онъ долженъ объявить и представить копію съ приобретательнаго акта въ теченіе 1 мѣс. со дня совершенія такового въ каждое ипотечное бюро, въ округѣ котораго находятся приобретенныя недвижимости; 2^о уплатить въ теченіе слѣдующаго мѣсяца все ипотечныя долги и ипотечныя свидѣтельства, заключенныя и выпущенныя отчуждателемъ, невзирая на ихъ зрѣлость, развѣ только они старше по датѣ, чѣмъ отчужденіе, или, по крайней мѣрѣ, депонировать въ кассѣ дистрикта сумму, способную на удовлетвореніе по всемъ имъ, и, сверхъ того, потребовать погашенія всехъ ихъ по ипотечной книгѣ¹⁾. Такимъ образомъ при переходѣ недвижимостей происходитъ ликвидація ипотекъ всякаго рода²⁾.

При несоблюденіи предписанія п. 1, ипотеки, установленныя предшественникомъ послѣ отчужденія имъ недвижимости, действительны и въ отношеніи отчужденныхъ недвижимостей; другими словами, запись приобретения собственности имѣетъ значеніе не для самаго приобретения, а для легитимации приобретателя на ипотечный (не иной) оборотъ съ имѣниемъ, какъ это свойственно строго ипотечнымъ системамъ. При несоблюденіи п. 2, „приобретатель не презюмируется въ отношеніи ипотечныхъ кредиторовъ собственникомъ обремененной ихъ ипотеками недвижимости, и кредиторы могутъ, несмотря на актъ приобретения и предъявленіе его въ ипотечное бюро, предложить куплю недвижимости 3-му лицу, которое дастъ больше за недвижимость, въ формѣ предписанной для принудительнаго отчужденія“. Срокъ для осуществленія кредиторами такого полномочія не опредѣленъ³⁾. Такимъ образомъ, декретъ не отмѣняетъ старый институтъ очистки, а лишь старается приноровить его къ новымъ условиямъ публичнота ипотекъ, и для этого прибѣгаетъ къ фикціи, истинное значеніе которой въ концѣ-концовъ то, что публичная ипотека не вредитъ болѣе приобретению собственности и не нуждается въ истинной очисткѣ.

¹⁾ Art. 99—102, 105.

²⁾ Art. 103: „Toutes créances hypothécaires deviennent exigibles non obstant les termes accordés ou l'aliénation des capitaux, s'il y a expropriation volontaire ou forcée des biens qui leur servent d'hypothèque“.

³⁾ Art. 106.

XII. *Заключеніе*. Декретъ вовсе не регулируетъ на новыхъ началахъ оборота недвижимостей въ точномъ значеніи слова, но регулируемый имъ ипотечный оборотъ ставится декретомъ, по крайней мѣрѣ въ идеѣ, на твердую почву публичнота, а организациія ипотеки на собственную вещь своимъ остроуміемъ и смѣлостью могла бы соперничать съ самыми развитыми организациями реального кредита нашего времени. Все главные недостатки закона заключаются въ томъ, что онъ не всегда послѣдовательно проводитъ новые начала и что онъ слишкомъ теоретиченъ и слишкомъ рѣзко порываетъ съ правообразованіемъ дореволюционнымъ. Революціонная эпоха была крайне неблагоприятна для успѣшнаго функционированія такой острой системы. Рѣзкія колебанія курса ассигнацій лишали возможности кредитора ссужать подъ ипотечныя свидѣтельства капиталъ, такъ какъ колебанія цѣны недвижимостей легко могли опрокинуть всякую обезпеченность ссуды и превратить ипотечное свидѣтельство въ ничто несостоящую бумажку. Съ другой стороны, декретъ связывалъ съ новой ипотекой особыя цѣли финансовой политики; ипотечныя свидѣтельства должны были приниматься въ государственныхъ кассахъ въ обмѣнъ за ассигнаціи, а ипотечныя свидѣтельства на домены должны были и сами служить основой для выпуска новыхъ ассигнацій и своей обезпеченностью вліять на подъемъ курса ассигнацій.

Декретъ, такимъ образомъ, цѣлится добиться не только мобилизации, но и монетизации недвижимостей. И, тѣмъ не менѣе, декретъ уже прививался къ жизни, и въ нѣкоторыхъ областяхъ, особенно въ странахъ coutumes de nantissement, право декрета предпочиталось даже прежнему праву nantissement. Декретъ былъ по идеѣ родствененъ правовымъ традиціямъ этихъ странъ. Но въ другихъ областяхъ Франціи декретъ представлялся мудреной и радикальной новинкой, и правительство неоднократно отерочивало моментъ обязательнаго вступленія декрета въ дѣйствіе, а въ концѣ-концовъ отерочило это вступленіе въ дѣйствіе на неопредѣленное время вплоть до ревизіи права декрета. Это было уже при Директоріи¹⁾.

§ 61. Директорія. Законъ 11 brumaire an VII.

Опытъ примѣненія закона 9 mess. an III скорѣе говорилъ въ пользу закона, чѣмъ противъ него. И, тѣмъ не менѣе, съ самаго начала при Директоріи открывается походъ противъ этого закона; противники закона меньше всего опираются на практическіе результаты примѣненія закона или хотя на болѣе или менѣе основательную его критику, для которой законъ давалъ матеріалъ, а, какъ это часто бываетъ, отправляются отъ самыхъ общихъ соображеній, опровергнуть которые такъ же трудно, какъ и доказать, именно въ виду ихъ общности и бездоказательности. Такъ, враги запугивали общество, что законъ усилитъ эмиграцію, такъ какъ недовольные французскими

¹⁾ См. Georges Rondel, La mobilisation du sol en France, гл. II § 2 и слѣд. Besson стр. 88—92. См. также законы 26 Frimaire an IV, 19 Ventose an IV, 19 prairiale an IV, 24 thermidor an IV, 28 vendemaire an V у Duvergier, IX 23, 65, 125, 163, 231.

порядками того времени граждане, желая эмигрировать, получать легкую возможность путем ипотечных свидетельств исчерпать всю цѣну своихъ недвижимостей и этимъ путемъ ликвидировать свои дѣла на родинѣ, въ результатѣ чего болѣе отлива французскихъ богатствъ за границу; далѣе, они запугивали ужасами мобилизаціи земельной собственности, ажіотажемъ съ недвижимостями, подобнымъ ажіотажу съ движимостями во время дѣятельности Лоу; указывали на то, что система публичитета повредитъ нотаріально-крѣпостной системѣ, такъ какъ отбираетъ отъ нея массу сдѣлокъ. Но, какъ утверждаютъ, за этими громкими открытыми мотивами скрывались и менѣе почтенные внутренніе мотивы разнаго рода. Въ концѣ-концовъ, оппозиція закону восторжествовала, и приступили къ ревизіи закона 9 messidor, результаты которой и дали два закона 11 brumaire an VII. Кстати замѣчу, что вымышленные ужасы мобилизаціи и ажіотажа, которыхъ ожидали отъ примѣненія декрета 9 mess., вовсе и не проявлялись на опытѣ нигдѣ тамъ, гдѣ декретъ примѣнялся; но позднѣе они выдаются уже за непреложный фактъ, якобы имѣвшій дѣйствительно мѣсто при дѣйствіи закона 9 messidor, и запугиваютъ вплоть до нашихъ дней прожектеровъ всѣхъ временъ и народовъ¹⁾.

I. Законы 11 brumaire an VII (1 ноября 1798 г.) носятъ названіе: 1) Loi sur le régime hypothécaire и 2) Loi sur le régime hyp. et les expropriations forcées²⁾. Первый законъ регулируетъ матеріальное право ипотеки, второй—процессуальное осуществленіе ипотеки. Оба вмѣстѣ представляютъ значительную передѣлку декрета 9 messidor, представляя техническій успѣхъ (высѣтъ они содержать 56+36 artt.). Что касается организаціи ипотеки въ нихъ, то новые законы держатся тутъ большей умѣренности, чѣмъ декретъ 9 messidor. Они не знаютъ 2-хъ видовъ ипотеки, а знаютъ только одинъ ея видъ, и этотъ одинъ видъ по своей организаціи смѣлѣе, чѣмъ организаціи простой ипотеки въ декретѣ 9 mess., но сдержаннѣе, чѣмъ организаціи ипотеки на самого себя. Такъ что въ общемъ и цѣломъ законъ 11 brumaire an VII, съ точки зрѣнія условій того времени, практичнѣе, чѣмъ декретъ 9 mess. an III. Наконецъ, законы привлекаютъ къ публичету и собственность уже ради себя самой и возводятъ транскрипцію, давно установленную въ области, гдѣ отмѣнена nantissement, въ норму общаго французскаго права, чѣмъ и выполняютъ другую половину обѣщанія революціоннаго правительства передъ страной.

II. Ипотечнымъ установленіямъ удерживаются прежнія, созданныя закономъ 9 mess.³⁾. Повидимому, прежніе реестры тоже удерживаются, какъ равно и правила объ ихъ содержаніи⁴⁾. Начало вѣдѣннаго публичитета значительно ограничивается, им. осмотръ книгъ публикой и даже интересентами не до-

¹⁾ См., однако, Georges Rondel, цит. соч. о законѣ 9 mess.

²⁾ Находятся у Duvergier, XI 16—29; 29—34.

³⁾ Art. 55.

⁴⁾ Декретъ предполагаетъ составъ реестровъ готовымъ, т. I гл. I art. 3. вся гл. 6, весь II т.

пускается, а допускаются лишь выдача копій съ актовъ, записанныхъ въ реестръ, сообщенія чиновника о положеніи недвижности по реестрамъ и удостовѣренія его объ отсутствіи записей ипотекъ на данную недвижность¹⁾. Подтверждается отвѣтственность чиновника за упушенія, совершаемыя при записяхъ или при выписяхъ и удостовѣреніяхъ²⁾. Что же касается внутренняго публичитета реестровъ, то законъ вноситъ въ прежнее право одно нелѣпное новое начало, что пропускъ въ извлеченіи изъ книги какого-либо изъ записанныхъ въ нее правъ влечетъ освобожденіе приобретателя отъ пропущеннаго чиновникомъ въ удостовѣреніи правоотношенія; и потерпѣвшій только управомочивается на регрессъ къ хранителю ипотекъ³⁾. Такимъ образомъ, извлеченію изъ реестра придается больше значенія, чѣмъ самому реестру.

III. Законъ 11 brumaire an VII рѣшительно отвергаетъ радикальный институтъ ипотеки на самого себя. Онъ знаетъ только одинъ видъ ипотеки, исторически сложившейся до революціи, и лишь его приспособляетъ къ новымъ жизненнымъ потребностямъ. Въ частности законъ восстанавливаетъ и привиллегіи и законныя ипотеки.

IV. Возникновеніе ипотеки. Законъ 11 brum. различаетъ, подобно закону 9 mess., титулъ и запись титула ипотеки въ реестръ.

1. Къ прежнимъ титуламъ, теперь приходится, однако, новый—законныя ипотеки⁴⁾. И самые прежніе титулы регулируются иначе. Автентическій актъ обязательства уже не влечетъ, какъ прежде, генеральную ипотеку; кредиторъ теперь обязывается даже въ этомъ актѣ специализировать объектъ ипотеки путемъ перечня недвижимостей должника. Такимъ образомъ, договорная ипотека въ самомъ титулѣ своемъ становится строго специальной ипотекой. Отсюда, не допускается по договору и обремененіе строго специальной ипотекой. Отсюда, не допускается по договору и обремененіе должника въ будущемъ принадлежать должнику недвижимостей⁵⁾. Судебная ипотека остается генеральной, но поражаетъ только наличныя недвижности, а не имѣющія въ будущемъ принадлежать должнику⁶⁾.

Законныя же ипотеки, по прежнему, генеральныя и поражаютъ всѣ недвижности, которыя теперь принадлежатъ должнику и которыя въ будущемъ имѣютъ ему принадлежать, находящіяся въ округѣ, гдѣ имѣла мѣсто записъ ихъ⁷⁾.

Но кредитору дается вообще право путемъ послѣдующихъ записей, не въ ущербъ предшествующимъ ему кредиторамъ, записывать свою ипотеку и на будущія недвижности должника, когда таковыя поступятъ въ его собственность⁸⁾.

¹⁾ Art. 51.

²⁾ Art. 52, 53, 54.

³⁾ Art. 53.

⁴⁾ Art. 3.

⁵⁾ Art. 4 п. 1.

⁶⁾ Eod. п. 2.

⁷⁾ Art. 4 п. 3.

⁸⁾ Eod. п. 4.

Редукція ипотеки закономъ не регулюється.

Привилегіи допускаються закономъ 11 brum. вездѣ, гдѣ онѣ признаются матеріальнымъ правомъ ¹⁾.

2. По дѣйствіе ипотеки и привилегіи получаютъ лишь съ записью титула въ ипотечную книгу, въ бюро хранения ипотекъ ²⁾, по мѣсту нахождения обремененныхъ недвижимостей ³⁾. По закону VII г. дѣйствіе ипотекъ (не привилегій) и начинается только съ момента записи; послѣдняя не имѣетъ болѣе обратнаго дѣйствія къ моменту возникновенія титула. Если запись совершена въ разныхъ округахъ въ разное время, то для каждаго округа дѣйствіе ипотеки начинается съ момента записи ея въ бюро этого именно округа ⁴⁾.

Производство при записи напоминаетъ прежнее производство декрета. Добивается записи кредиторъ ⁵⁾. Должникъ не участвуетъ при этомъ никакъ. Кредиторъ представляетъ подлинный актъ обязательства или вообще титула ипотеки или же извлеченіе изъ таковыхъ, во всѣхъ случаяхъ, кромѣ законной ипотеки, и два бордеро, содержащіе важнѣйшіе моменты сдѣлки, какъ-то: 1^o, имя и домиціи кредитора, 2^o, тоже—должника, 3^o, дату акта, 4^o, сумму капитальнаго долга, аксессуаріи его (%о, неустойку) и срокъ востребованія, 5^o, опись свойствъ и положенія недвижимостей (очевидно поземельную декларацию). Послѣдняя опись не требуется, однако, при законныхъ и судебныхъ ипотекахъ, такъ какъ и запись этихъ ипотекъ совершается безъ указанія недвижимостей, подлежащихъ обремененію, т. е. ипотека тутъ не специализируется и при записи ⁶⁾. Проситель объявляетъ точную капитальную сумму и тогда, когда онъ записываетъ ренту или право на періодическіе платежи ⁷⁾. Такимъ образомъ, договорная ипотека специализируется при записи не только въ отношеніи объекта, но и въ отношеніи суммы ипотечнаго требованія.

Хранитель ипотекъ отмѣчаетъ въ реестрѣ содержаніе бордеро и возвращаетъ просителю какъ конію акта и т. п., такъ и одинъ экземпляръ бордеро, на которомъ отмѣчается фактъ записи ипотеки ⁸⁾.

Нѣсколько упрощенныя требованія предъявляются къ записи ипотекъ законныхъ и даже договорныхъ: 1^o, въ пользу націи на имущество контаблей; 2^o, въ пользу малолѣтнихъ, подопечныхъ иного рода и отсутствующихъ на имущество опекуновъ, попечителей и управителей; 3^o, въ пользу

1) Art. 1.

2) Art. 3: „L'hypothèque ne prend rang et les privilèges sur les immeubles n'ont d'effet que par leur inscription“...

3) Art. 16.

4) Eod.

5) Art. 17.

6) Art. 17 n. 1.

7) Art. 17 n. 2.

8) Art. 18.

одного изъ супруговъ въ виду сдѣлокъ и случайныхъ супружескихъ правъ, которые пока не могутъ быть опредѣлены, на имущество другого супруга. Эти ипотеки подлежатъ записи на основаніи простого предъявленія 2-хъ бордеро, содержащихъ данныя: 1) объ имени и домиціи кредитора, 2) тоже—должника, 3) о природѣ обезпечиваемаго ипотекой отношенія. Но тутъ уже не требуется и при записи не только специалитета объекта, а даже и специалитета суммы обезпечиваемаго притязанія ¹⁾.

Такъ какъ въ случаѣ законной ипотеки, по общему правилу, имѣется въ виду обезпеченіе интереса лицъ, пуждающихся въ покровительствѣ закона и не могущихъ позаботиться о себѣ самихъ, то законъ VII г. прилагаетъ всѣ старанія къ тому, чтобы начало публицитета ипотеки не повредило беззащитнымъ и чтобы запись законныхъ ипотекъ неуклонно выполнялась. Въ этихъ цѣляхъ законъ возлагаетъ обязанность записи такихъ ипотекъ на цѣлый рядъ лицъ, такъ или иначе призванныхъ заботиться о беззащитныхъ.

1. Запись ипотекъ на имущество контаблей совершается по требованію комиссаровъ директоріи, состоящихъ при центральныхъ административныхъ органахъ департаментовъ, ех officio.

2. Запись ипотекъ на имущество попечителей и опекуновъ совершается заботами subrogé tuteur, родственниковъ и ближнихъ, участвующихъ при назначеніи опекуна. Каждое изъ этихъ лицъ является обязаннымъ записать ипотеку и солидарно отвѣтственнымъ за упущеніе.

3. Запись ипотеки въ пользу несовершеннолѣтняго супруга, по случаю имущественныхъ отношеній супруговъ, совершается заботами отца, матери, опекуна,—тоже подъ отвѣтственностью.

Если всѣ указанные лица все же не выполняютъ своевременно обязанности записи, послѣдней можетъ потребовать комиссаръ директоріи, состоящій при муниципальномъ правленіи ²⁾.

Начало записи ипотекъ проводится закономъ VII г. съ такой же настоячивостью, какъ и декретомъ III г. По для нѣкоторыхъ привилегій дѣлается исключеніе изъ начала записи, им.: 1) для судебныхъ издержекъ, 2) поземельнаго налога за текущій и 1 истекшій годъ, 3) издержекъ на послѣднюю болѣзнь и похороны должника, 4) жалованья прислугѣ за текущій и одинъ истекшій годъ ³⁾.

Для нѣкоторыхъ привилегій начало записи модифицируется. Такъ, 1) привилегія рабочихъ по поводу произведенныхъ ими работъ на улучшеніе недвижимости обуславливается предварительной началу работъ записью, которая отмѣчаетъ состояніе недвижимости, фактъ начала работъ и даетъ приоритетъ привилегіи, и—послѣдующей за выполненіемъ работъ записью, которая отмѣчаетъ цѣнность работъ и maximum привилегированнаго долга ⁴⁾. 2) Привилегія

1) Art. 21.

2) Art. 22.

3) Eod.

4) Art. 12, 13.

легия отчуждателя по случаю недополучения цѣны за отчужденную недвижимость и т. п. записывается ex officio хранителемъ ипотеки, вмѣстѣ съ транскрипціей перехода недвижимости, безъ особаго ходатайства отчуждателя ¹⁾.

Замѣтимъ, наконецъ, что законъ VII г. вовсе не знаетъ легалитета; бюро пассивно при совершении записей.

Внутренній публицитетъ ипотечной книги, или publica fides ея, провозглашается и тутъ не въ видѣ общаго начала, а только по конкретному случаю, какъ и въ декретѣ 9 mess., именно въ примѣненіи къ легитимациі книжнаго собственника на распоряженіе недвижимостью ²⁾. И едва ли fides publica ипотеки защищаетъ по мысли закона ипотеку отъ матеріальныхъ пороковъ личнаго требованія.

V. *Предметъ ипотеки* регулируется въ общемъ сходно по закону VII г. и декрету III г.; это—недвижимости ³⁾.

VI. Что касается *лицъ*, на недвижимости коихъ ипотека допускается, то по закону VII г. такими лицами не будутъ лица недѣеспособныя, исключая нѣкоторыхъ лишь случаевъ ⁴⁾.

VII. *Правоотношеніе при ипотеки и привилегіи*. Законъ VII г. опредѣляетъ ипотеку, подобно декрету III г., какъ вещное право на недвижимость, пораженную обязанностью удовлетворить извѣстное требованіе. Привилегія же опредѣляется въ законѣ VII г., какъ право быть предпочтеннымъ другимъ кредиторамъ, даже имѣющимъ старѣйшую ипотеку ⁵⁾. Но смыслъ формулы измѣненъ; договорная ипотека становится теперь уже специальной и получаетъ значеніе настоящаго римскаго акцессорія къ личному требованію. Объемъ полномочій, входящихъ въ право ипотеки и привилегіи, по закону VII г. тотъ же, что и по декрету III г.: кредиторъ имѣетъ абсолютное вещное право преслѣдованія судебнымъ порядкомъ заложенной недвижимости, въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась, въ цѣляхъ удовлетворенія себя изъ цѣны недвижимости, вырученной путемъ публичной продажи имѣнія ⁶⁾.

Кромѣ капитальной суммы требованія, ипотека обезпечиваетъ по закону VII г. и $\frac{1}{2}$ за 2 послѣднихъ года ⁷⁾.

Въ законѣ 7 г. уже труднѣе подыскать точку опоры для признанія его ипотеки за Realobligation; хотя, при усиленномъ желаніи и если довольствоваться такими скромными намеками, какими довольствовались нѣмцы въ 60-хъ

¹⁾ Art. 29.

²⁾ Art. 26: „Jusque là (до записи приобрѣтенія собственности въ ипотечный реестръ) ils (les actes translatifs) ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente“; впрочемъ, art. 53: „Au moyen de la responsabilité prononcée par l'art. précéda., l'immeuble à l'égard duquel le conservateur aurait omis une ou plusieurs des charges inscrites en demeure affranchie dans les mains du nouveau possesseur“...

³⁾ Art. 6—8.

⁴⁾ Art. 9—10.

⁵⁾ Art. 1.

⁶⁾ Art. 14 другого закона 11 Brum.

⁷⁾ Art. 19.

и 70-хъ гг. 19 ст. для признанія нѣмецкой ипотеки за Realobligation (Regelsberger, Das Bayr. HR), можно было бы кое-что подобное подыскать и въ законѣ 7 г.;—ибо какъ осуществленіе ипотеки по закону 7 г. совершается въ порядкѣ экзекуціи, направленной противъ собственника заложенной недвижимости, слѣд. сходной съ экзекуціей по личнымъ требованіямъ, такъ и 3-ій владѣлецъ недвижимости признается въ законѣ 7 г. не только управомоченнымъ, но какъ-будто и обязаннымъ, въ силу того, что онъ собственникъ, удовлетворить ипотечныя требованія.

VIII. *Рангъ и порядокъ ипотеки и привилегій* опредѣляется въ законѣ VII г. иными началами, чѣмъ въ декретѣ III г., именно: 1^o, Впереди всѣхъ при удовлетвореніи идутъ привилегіи, свободныя отъ записи; 2^o за ними идутъ меліоративные кредиты, т. е. привилегіи рабочихъ и предпринимателей, производившихъ въ недвижимости улучшающія ее работы, и ихъ цессіонаріевъ; 3^o, предшествующіе собственники или цессіонаріи (ayant cause) ихъ, съ привилегіей по поводу недополученной цѣны за отчужденную недвижимость; 4^o, ипотечные кредиторы, располагающіеся по старшинству записи ихъ ипотеки; записанные въ одинъ день удовлетворяются по соразмѣрности ¹⁾.

IX. *Уступка ипотечныхъ кредитовъ* обходится въ законѣ VII г. молчаніемъ; это значитъ, что она подчиняется общимъ правиламъ о совершеніи сдѣлокъ; обходится молчаніемъ и pignus p.

X. *Прекращеніе ипотеки* регулируется въ законѣ VII г. послѣдовательнѣе и короче, чѣмъ въ декретѣ III г. Такъ какъ ипотека возникаетъ путемъ записи, то законъ VII г. занимаетъ больше послѣдней, не касаясь безъ необходимости разнообразныхъ матеріальныхъ основаній прекращенія ипотеки. Погашеніе по книгѣ совершается на основаніи актовъ, доказывающихъ соглашеніе на то интересентовъ или состоявшійся о томъ судебный приговоръ, подлежащій исполненію ²⁾.

По сингулярному предписанію, записъ сохраняетъ силу ипотеки и привилегіи лишь въ теченіе 10 лѣтъ, начиная съ момента записи. Ipso jure дѣйствіе записи прекращается, если послѣдняя не возобновлена до истеченія 10-лѣтняго срока ³⁾. Это начало крайне неблагоприятно реальному кредиту, по природѣ своей долговѣчному, и объясняется отчасти громоздкостью вышней организаціи системы, именно безпорядочностью веденія книгъ, въ которыхъ черезъ 10 лѣтъ не разберется и самъ чиновникъ, ихъ ведущій, отчасти же общей тенденціей французскаго права — смотрѣть на ипотеку какъ на обузу, которую нельзя терпѣть долгое время. Можно было бы указать и другіе мотивы. Но ипотека фикса на имущество контаблей, ипотека частныхъ лицъ на имущество управителей, ипотека супруга на имущество другого супруга сохраняются все время существованія вызвавшихъ ипотеку основаній,

¹⁾ Art. 14.

²⁾ Art. 25.

³⁾ Art. 23 и 1.

и сверхъ того еще первыя двѣ ипотеки—въ теченіе 6 мѣс. по датѣ отчета, а 3-ья—1 г. по прекращеніи брака ¹⁾).

XI. *Очистка ипотеки*, имѣющая мѣсто при переходѣ собственности на недвижимость, регулируется въ законѣ VII г. послѣдовательно съ точки зрѣнія публичнѣта, чѣмъ въ декретѣ III г.

Въ прямую противоположность декрету, отчужденіе не только добровольное, но и принудительное вовсе не затрогиваетъ теперь ипотеки; онѣ остаются въ силѣ и не подлежатъ удовлетворенію со стороны приобретателя въ самый моментъ приобретения ²⁾. Очистка получаетъ по закону VII г. слѣдующее значеніе. Если цѣна, за которую приобретатель приобрѣлъ недвижимость, ниже цѣнности всѣхъ ипотеки и привилегій, приобретатель можетъ освободить себя отъ общаго дѣйствія ипотечнаго иска ³⁾, принявъ слѣдующія мѣры. Въ теченіе 1 мѣсяца со дня совершенія транскрипціи приобретатель долженъ извѣстить кредиторовъ по условному ихъ домицилю: 1) о фактѣ перехода къ нему собственности на заложенную недвижимость; 2) фактѣ транскрипціи; 3) составѣ ипотеки и привилегій, обременяющихъ недвижимость,—и заявить, что онъ готовъ уплатить одновременно по всѣмъ ипотечнымъ требованіямъ, но лишь въ предѣлахъ суммы, которую самъ онъ уплатилъ за недвижимость ⁴⁾. Тогда кредиторы въ правѣ требовать перепродажи недвижимости съ торговъ, но для этого должны: 1) извѣстить покупателя въ мѣсячный срокъ, считая со дня своего освѣдомленія, о своемъ намѣреніи; 2) гарантировать повышеніе цѣны хотя на $\frac{1}{20}$ сравнительно съ установленной въ актѣ приобретенія цѣною. Обо всемъ этомъ извѣщается и продавецъ по извѣстной формѣ ⁵⁾.

Если кредиторы не отзовутся на декларацию покупателя, цѣна недвижимости остается фиксированной приобретательнымъ актомъ, и приобретатель остается отвѣтственнымъ по всѣмъ титотамъ и ипотекамъ лишь въ размѣрѣ суммы, которую онъ самъ уплатилъ за недвижимость ⁶⁾. Если же перепродажа получить мѣсто, то она совершается по правиламъ о принудительномъ отчужденіи ⁷⁾. Притязанія личныя ипотечныхъ кредиторовъ противъ должника не страдаютъ вовсе отъ процесса очистки ⁸⁾.

Въ связи съ очисткой и транскрипціей установлено и выше отмѣченное странное начало, что недвижимость переходитъ къ приобретателю чистой отъ

¹⁾ Eod. п. 2.

²⁾ Art. 28, art. 15: „La vente soit volontaire, soit forcée, de l'immeuble grevé, ne rend point exigibles les capitaux aliénés ni les autres créances non échues“. Приобретатель и адьюдикаторій пользуются теми же сроками для уплаты по ипотечнымъ требованіямъ, какъ и предшественники-собственники.

³⁾ Art. 30 въ совокупности съ art. 64.

⁴⁾ Art. 30.

⁵⁾ Art. 31.

⁶⁾ Art. 32.

⁷⁾ Art. 33.

⁸⁾ Art. 36.

ипотеки, пропущенныхъ чиновникомъ въ извлеченіи, которое приобретатель потребовать отъ него по случаю транскрипціи. Потерявшіе кредиторы имѣютъ ипотечное право лишь на удовлетвореніе изъ недоплаченной продавцу цѣны, а при отчужденіи принудительно—изъ нераспредѣленной еще цѣны; сверхъ того они имѣютъ регрессъ къ чиновнику ¹⁾.

XII. Осуществленіе ипотеки въ порядкѣ принудительнаго отчужденія, регулируемое другимъ закономъ 11 brumaire, характеризуется опять уступчивостью традиціоннымъ правовымъ воззрѣніямъ. Правда, оно быстрое, не знаетъ имисси и т. п. мѣръ, но оно допускаетъ уже переторжку, расширяетъ кругъ случаевъ осариванія торговъ и, что особенно странно, допускаетъ ревндикацію противъ адьюдикаторія въ теченіе общаго 10-лѣтняго срока давности, считая со дня транскрипціи.

XIII. Законъ VII г. подчиняетъ публичнѣту и отношенію по собственности. Акты, которыми передается собственность на реальныя и идеальныя недвижимость, способныя къ ипотеки, подлежатъ транскрипціи (въ противоположность инскрипціи ипотеки) въ регистры, ведущіеся въ ипотечныхъ бюро, по мѣсту нахождения недвижимости ²⁾. Пока транскрипція не совершена, значащійся на ипотечнымъ книгамъ собственникъ продолжаетъ быть единственно легитимированнымъ на всякаго рода распоряженія недвижимостью, а не только на установленіе ипотеки; и эти его распоряженія обязательны для незаписаннаго матеріальнаго собственника недвижимости. Транскрипція же вызываетъ перемѣну легитимированной персоны для отношеній оборота ³⁾.

Для транскрипціи представляются приобретательный актъ и конія; на послѣдней и дѣлается отмѣтка о совершившейся транскрипціи ⁴⁾.

Такимъ образомъ, значеніе транскрипціи слабѣе, чѣмъ значеніе инскрипціи. Транскрипція не имѣетъ значенія для самаго приобретенія права собственности на недвижимость. Послѣднее приобретается уже до транскрипціи, въ силу соглашенія сторонъ о томъ. Транскрипція же важна для отношеній къ 3-мъ лицамъ.

И все же странно и невѣрно то, когда законъ 7 г. высказываетъ начало, что отчуждатель передаетъ приобретателю право такимъ, какимъ оно было у самого отчуждателя ⁵⁾. Книжный собственникъ самъ можетъ и не имѣть на вещь права, разъ только онъ отчуждилъ его, но 3-му лицу онъ передаетъ право собственности, разъ только послѣдній совершилъ транскрипцію приобретательнаго акта.

XIV. *Заключеніе*. „Законъ VII г. представляетъ собою результатъ сдѣлки 2-хъ противоположныхъ правительственныхъ партій: романтистовъ и цедулистовъ“. Первые реставрировали въ немъ многія черты до-революціоннаго французскаго ипотечнаго права, проникнутаго романтическими идеями, какъ

¹⁾ Art. 53.

²⁾ Art. 26 п. 1.

³⁾ Eod. п. 2, Sp. art. 53.

⁴⁾ Art. 27.

⁵⁾ Art. 28.

законныя ипотеки, привиллеги; вторые отвоевали принципъ публицитета и специалитета для всѣхъ ипотеки и привиллеги, но не безъ значительныхъ уступокъ и, притомъ, пожертвовавъ всей новой организаціей ипотеки на самого себя. Иди на взаимный компромиссъ, творцы закона VII г. задались цѣлью повторить идею Кольберовскаго эдикта, вернуться къ праву *nantissement* и подчинить публицитету уже весь вотчинно-ипотечный оборотъ, „такъ какъ успѣхъ ипотечнаго режима не будетъ полнымъ, пока самыя отношенія по собственности не будутъ подчинены режиму того же публицитета“. Въ этихъ цѣляхъ и усвоили въ законѣ VII г. транскрипцію, которая съ 1790 г. замѣнила *nantissement* ¹⁾. Законъ VII г. воплощаетъ значительную уступку революціоннаго теоретизма декрета III г. практическимъ соображеніямъ; онъ лишенъ той цѣльности, прямолинейной послѣдовательности и яркости, которыми характеризуется декретъ III г., но зато онъ обладаетъ большей практичностью и болѣе легкой осуществимостью, такъ какъ приспособляется къ жизненнымъ условіямъ и правовымъ традиціямъ страны.

XV. Законъ VII г. удерживалъ внѣшнюю организацію ипотечнаго дѣла лишь временно, впредь до пересмотра ея; такой пересмотръ и далъ въ результатѣ законъ 21 *ventose* an VII ²⁾.

Осуществленіе ипотечнаго дѣла ввѣряется, по этому закону, вѣдомству нотаріально-крѣпостной части страны (*la régie nationale de l'enregistrement*); это вѣдомство поручаетъ выполнение задачи особымъ своимъ органамъ (*receveurs de l'enregistrement*), на слѣдующихъ основаніяхъ.

Въ каждомъ округѣ (*arrondissement*) трибунала исправительной полиціи учреждается бюро храненія ипотеки; бюро находится въ той же общинѣ, въ которой находится и трибуналъ. Но если въ томъ округѣ трибуналъ гражданскій и трибуналъ исправительной полиціи находятся въ разныхъ общинахъ, то бюро храненія ипотеки помѣщается тамъ же, гдѣ и гражданскій трибуналъ.

Ипотечные чиновники называются теперь *proposés de la régie à la conservation des hypothèques*. Обязанности ихъ вытекаютъ изъ существа ихъ функций, какъ ипотечныхъ чиновниковъ. Они пассивны при выполненіи своихъ обязанностей, имъ не принадлежитъ право обслѣдованія сдѣлокъ, записываемыхъ въ реестры бюро. Въ легалитетѣ не признавалось надобности во Франціи, такъ какъ ипотечныя установленія совершали свое дѣло всегда на основаніи аутентическихъ актовъ. Едва-ли, однако, нотаріальный актъ годился для того, чтобы быть основой опасной по своимъ послѣдствіямъ записи въ ипотечную книгу. По крайней мѣрѣ, въ другихъ странахъ легалитетъ, присутствіи дѣятельности ипотечныхъ установленій, не исключалъ аутентическаго изготовленія актовъ вотчинныхъ сдѣлокъ. Въ видахъ возмѣщенія ущерба, протекшаго отъ неправильныхъ дѣйствій чиновниковъ для частныхъ лицъ, чиновники даютъ *cautio*, въ недвижимостяхъ, колеблющуюся между 20 т.—100 т. ф. по областямъ, въ зависимости отъ населенности послѣднихъ.

¹⁾ См. Besson, стр. 93—97, Rondel, стр. 168 и слѣд.

²⁾ Duvergier, XI 179.

Реестры вотчинно-ипотечные регулируются обычно со всей заботливостью; ведется реестръ въ хронологическомъ, крайне несовершенномъ, порядкѣ. Но для облегченія обзорности хронологическаго реестра, чиновникъ ведетъ еще личный реестръ, въ который, подъ именами владѣльцевъ обремененныхъ недвижимостей, записываются уже въ извлеченіи тѣ же акты ипотеки, транскрипцій и погашеній, со ссылкой на хронологическій обстоятельный реестръ. Это—родъ *Naurlbuch*, ведущійся по личной системѣ, не много болѣе благоприятной для обзорности правоотношеній по недвижимости, чѣмъ хронологическая система. Эта-то личная система и замѣнила примитивную предметную систему декрета III г. Она дѣйствуетъ во Франціи до сего дня ¹⁾.

XVI. Законы VII г. привились къ жизни и оказали благотворное вліяніе на оборотъ. Лишь мѣстами, особенно вълѣдствіе непрерывныхъ военныхъ дѣйствій, введеніе ихъ неоднократно откладывалось ²⁾. Часть этихъ мѣръ относится уже къ эпохѣ консульства.

§ 62. Консульство. Законъ 28 *ventose*—8 *germinale* an XII (19 марта 1804 г.).

Въ эпоху консульства ипотечное право снова привлекается къ разработкѣ; поводомъ служитъ предпріятіе консульствомъ обширныхъ законодательныхъ работъ по всѣмъ отраслямъ права съ цѣлью осуществленія давно поставленной задачи изданія уложеній, которыя бы дали обновленной социальнo и политически Франціи новые устои правовой жизни. Сложную задачу изданія уложеній рѣшено было выполнить по частямъ. Ипотечное право будущаго гражданскаго уложенія составило содержаніе особаго закона отъ 28 *ventose*—8 *germinale* an XII. Согласно нашему плану, мы ограничимся здѣсь этими общими замѣчаніями и выдѣлимъ ученіе о законѣ 28 *ventose* въ особую главу, отводимую нами кодексу Наполеона.

ГЛАВА II.

Право Наполеонова кодекса.

§ 63. Общій ходъ законодательной работы по составленію Наполеонова кодекса и его ипотечнаго режима ³⁾.

Послѣ всесторонней и коренной ломки вѣковѣчныхъ устоевъ гражданской жизни французскаго народа, имѣвшей мѣсто въ эпоху революціи, изданіе гражданскаго кодекса становилось дѣломъ наиболѣе неотложнымъ. Въ

¹⁾ Правда, и она имѣетъ одну удобную сторону, именно, при мелкомъ землевладѣніи, она сберегаетъ издержки на веденіе ипотечнаго листа, и послѣ мы увидимъ, что даже въ Германіи одно время готовы были усвоить ее; но не усвоили за недостаткомъ обзорности, ей свойственнымъ, а этотъ недостатокъ превышаетъ выгоды отъ ея дешевизны.

²⁾ См. рядъ мѣръ у Duvergier, XI 72, 159, 283; XII 20, XIV 62 и др.

³⁾ Очеркъ скопированъ изъ матеріаловъ къ Наполеонову кодексу, см. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil. Paris. MDCCC XXVII, все 15 томовъ, главнымъ же образ. I—V и XV-й томы.

то же время оно было и делом чрезвычайно трудным, особенно в революционной Франции, где новое уложение должно было переработать правовой материал заново, отрешившись от исторических традиций и векового опыта прежней жизни страны.

И вот мы видим, как все революционные правительства занимаются вопросом о составлении кодекса. От каждой революционной фазы мы имеем больше или меньше обработанный проект гражданского уложения. Эти проекты иногда восходили до стадии обсуждения их, но там и проваливались, чаще всего вследствие смелых правительств.

И только консульству удается осуществить идею кодекса. Материя кодекса (мы говорим все время о гражданском кодексе) была, при этом, распределена на больше или меньше крупные отделы права, и каждый отдел проектировался в особой секции той комиссии, которую назначил первый консуль для выработки проекта кодекса в его целом. И хотя проект кодекса мыслился и издавался для замечаний как целый и единый, но и потому обсуждение его и санкции и публикация шла также отдельно для разных отделов права.

Ипотека и привилегия составили предмет работ самостоятельной секции. При составлении проекта ипотечного режима члены секции разошлись во взглядах коренным образом. Одна часть их стояла за относительно-негласную систему в духе эдикта 1771 г.; другая же — за систему публичитета и специалитета, именно в духе действовавшего в то время закона VII г. Хотя из 8-ми членов секции 4 члена были за сохранение закона VII г., с некоторыми модификациями, 2 члена — за возвращение к эдикту 1771 г. и 2 члена — вовсе воздержались от подачи мнения за ту или иную систему, секция почему-то остановилась на проекте в духе эдикта 1771 г., т. е. в духе негласности ипотечного режима. Вероятно, двое воздержавшихся стояли за полную негласность, и голоса их сторонники эдикта 1771 г. сочли возможным присоединить к себе; об этом присоединении говорилось потом в гос. сов. Повидимому и председатель секции был сторонником негласности; тогда все становится понятным.

Вышедший из секции проект был, вместе с проектами других частей кодекса, снабжен, как единый проект кодекса, замечаниями комиссии и разослан судебным и другим установлениям для замечаний. Большинство апелляционных трибуналов, качественно слабое, соглашалось с проектом; меньшинство же апелляционных трибуналов, качественно преобладающее, именно 9 важнейших из них: Парижский, Лионский, Брюссельский, Руанский, Кавский, Дуалский, Гренобльский, Монпельский и Пуатье-ский, а также и кассационный трибунал, выступили решительными противниками проекта и горячими защитниками действующего права закона VII г., выдвигая ряд блестящих аргументов чисто практического свойства в пользу публичитета и специалитета ипотек. Когда потом проект был внесен на обсуждение в законодательные установления, мнения этих трибуналов послужили богатым материалом для защиты членами секции, стоявшими за

публичитет и специалитет ипотечного режима, проигранного ими в редакционной комиссии дела.

При обсуждении проекта в законодательных учреждениях произошло поучительное для истории права явление. Столкнулись две великие право-образовательные силы — наука и практика, кабинетная юриспруденция, в лице знаменитых мастеров естественного права, и практическая юриспруденция, в лице королевского судебного дела. Первые выдвигали отвлеченные идеи свободы оборота, естественного права и справедливости; вторые побивали их соображениями практической непригодности их отвлеченных кабинетных построений. Борьба была прекращена вмешательством Наполеона, тогда первого консула, председательствовавшего в гос. совете. „Прислушиваясь к вашим разногласиям, говорил Наполеон, я убеждался, что простота и ясность, с какой бы стороны она ни исходила, является злой мачихой правосудия и собственности“. Наполеон предложил компромисс между гласной системой закона VII г. и негласной системой эдикта 1771 г. Гласными должны быть договорные ипотеки, так как они устанавливаются дееспособными лицами; негласными должны быть ипотеки в пользу беззащитных, о которых закон должен заботиться, в виду их неспособности позаботиться о самих себе. После слабого сопротивления обих борющихся партий сделанное Наполеоном предложение привлекло всех на свою сторону, и Treilhارد получил предложение обработать в этом духе новый проект. Этот последний получил движение; по обсуждению в госуд. совете, трибунале и законодательном корпусе, он получил силу закона 28 ventose an XII и был опубликован 8 germinal an XII.

§ 64. Доводы сторонников и противников гласного и негласного режима, выдвигавшиеся при обработке ипотечного права Наполеонова кодекса ¹⁾.

Очертим теперь круг идей, в котором вращались два противоположных направления юридической мысли, сталкивавшиеся во всех стадиях обработки ипотечного права кодекса Наполеона, и укажем главных сторонников обоих направлений. Этот очерк для нас интересен тем, что он вскрывает круг идей, в котором юристы вращались в момент первого проникновения в свет современного вотчинно-ипотечного режима. За негласную систему ипотечного режима стояли: 1) мотивы к проекту VIII г.; 2) мнения большинства второстепенных трибуналов; 3) в государственном совете за него высказывались: Bigot-Préameneau, докладчик той части секции, которая выдвинула негласный проект, консуль Cambacères, Tronchet; 4) в трибунале за нее стоял Huguet.

За систему публичитета и специалитета стояли: 1) девять важнейших апелляционных трибуналов и кассационный; 2) в государственном совете

¹⁾ Скомпонован по материалам к Наполеонову кодексу, содержащимся у Fenet, cit. труды и томы.

за него высказались Treilhard, Réal, условно Portalis, Berlier; 3) в трибунать — Grenier; 4) мотивы к проекту Treilhard'a.

I. В глазах сторонников негласного ипотечного режима вся история вопроса, все прежде предпринятые меры, направленные на придание ипотекам гласности, служили только маской, под которой правительство пыталось проводить новые и новые налоги; таков был еще феодальный patissement, таковы были и позднейшие королевские эдикты, вплоть до закона VII г. Все эти меры были нездоровым внешним наростом на незатронутом в существе своем и здоровом римском теле ипотеки, этой единственно справедливой и единственно пригодной и плодотворной для всех времен и народов кредитной организации (Genet. XV, 224). Закон VII г., преследуя те же фискальные цели, первый посягает и на вечные начала материального права римской или, что то же, идеальной ипотеки. При создании этого закона изменения материального права оправдывались исключительными условиями революционной эпохи, когда оборот страдал от всякого рода временных бедствий, выход из которых и надбавился найти в экстренных мерах публициста и специалиста. Но и в этом ошиблись. Закон VII г. не улучшил дела, а печальные плоды его еретических предписаний уже успели заявить о себе особенно в виде полной беззащитности жен, малолетних и других подопечных, которых составляют в половине всей нации. Так как закон VII г. еще не привнес к жизни, то сторонники негласного ипотечного режима могут сказать, что 20-ти вековая история и существующий правовой строй — на их стороне.

Но если de lege lata все на их стороне, то и de lege ferenda все говорит за них. Ипотечный режим, конечно, нужен, но ипотечный режим, организованный на началах публициста и специалиста, в роде закона VII г., есть крайность, так как он стремится уже не только обезопасить граждан от обмана 3-х лиц, насколько это необходимо, но и освободить их от всяких забот о своем интересе, опекать их там, где они сами могут и должны думать о себе. Такой режим создает для граждан longue et honteuse minorité, при том, целью бесконечных формальностей, способных вызвать паралич всех деловых отношений в обществе, утомить все заинтересованные стороны в раззорительных процедурах; с виду стремясь поднять доверие к ипотеке, такой режим в сущности способен только на то, чтобы вконец скомпрометтировать ипотеку. Нужно отказаться помогать всякой бедде и предохранять граждан от всяких злоупотреблений, на которых люди способны, а вместе с тем нужно и относиться к людям с большим доверием и быть более умеренным в избирательности форм и опеки власти над подданными. Ибо тот правит плохо, кто правит слишком много.

Но если коренное соображение общей законодательной политики говорить против режима, основанного на специалисте и публицисте, то против него говорят и специальные соображения гражданско-правового порядка.

Публицист не в силах с точностью установить имущество и задолженность должника, так как большинство ипотек, а особенно законных ипотек, устанавливаются в обеспечение притязаний, не только неопределенных, но и неопределимых по существу. Условное же определение суммы таких притязаний, не помогая усилению истины, является только искусственной и насильственной мерой.

Система публициста вскрывает священную тайну частных хозяйств, составляющую основное условие права индивидуальной свободы.

Запись, как способ установления ипотеки, не согласуется с идеей собственности, так как при ней уже приобретенные права ставятся в зависимость от соблюдения простой формальности, ибо естественно, что привилегии и ипотеки приобретаются с самым уже наступлением событий, их вызывающих. При ипотеках жен и малолетних начало записи связывается, сверх того, еще с особыми неудобствами: так как обязанными записывать такие ипотеки являются мужья и родители, то из-за записи могут возникать семейные распри, которые всего более должны быть избегаемы в государственном интересе. А с другой стороны, запись таких ипотек и не нужна для публициста, ибо семейное состояние лица и без нея известно каждому.

Нечего говорить уже о том, что публицист сопряжен с массой оборотных сторон; возможный и при нем обман опаснее обмана при негласном режиме; тоже — и заблуждение, и ошибки ипотечного чиновника и т. д. и т. д.

Специалист ипотек и недопущение генеральной ипотеки опять не отвечает потребностям жизни, которые не даром же вызвали оба вида ипотеки.

Специальная ипотека, как ее предлагает новый режим VII г., противна коренным началам права, противоречит идее собственности, согласно которой должник может распоряжаться не только наличными, но и будущими своими приобретениями, и кредит имеет основой не наличные т. имущества, но всю личность должника. Нечего говорить, что и специалист имеет оборотные стороны, как, например, редукция ипотеки и т. п.

Далее, новый режим служит только малочисленному классу владельцев; предлагая его, забывают, что народная масса не имеет недвижимостей, а ведь и люди из массы стоят все в таких отношениях, где ипотека, именно генеральная, всего более кстати.

В конце-концов, новый режим ничего не изменит по существу в прежних отношениях, так как и при нем все недвижимости будут обременяться ипотеками, ипотеки будут неопределенными, состав действительного бремени будет неизменным. Только появится новая бедствия, как застой оборота, повышение %а по ссудам и т. п., даже мобилизация недвижимостей, вторжение иностранных капиталов и помещение их во французское землевладение, — отсюда космополитизм поземельного владения.

нія и т. д. Потерпеть и личный кредитъ, особенно дорогой выдвигающемуся на сцену третьему сословію.

Напротивъ, римская система такъ гибка, что даетъ все выгоды, преслѣдуемыя новымъ режимомъ; при ней возможна и специальная ипотека, но возможна и генеральная,—все зависитъ отъ воли сторонъ; при ней остаются невредимыми и священнѣйшія привиллегіи, всегда оправдываемыя соображеніями гуманности. Что же касается надежности сдѣлокъ, то о ней должны заботиться сами стороны.

II. Въ только что перечисленныхъ доводахъ, конечно, было не мало правды, но они грѣшили въ 2-хъ отношеніяхъ: 1) они отправлялись отъ идеи совершеннѣйшей организаціи режима, а все человѣческое несовершенно, и негласный режимъ, ими обставляемый, всего менѣе совершененъ; 2) они, какъ плодъ естественно-правоваго направленія, исходили изъ идеи, что существуютъ права внѣ положительной системы права, тогда какъ на дѣлѣ и этого не встрѣчается.

Сторонники публициета и специалитета и вскрывали въ своихъ доводахъ эти недостатки доводовъ ихъ противниковъ.

Прежде всего они исправили исторію вопроса. Двадцать рѣшковъ дѣйствія римской ипотеки во Франціи были указаны невѣрно, какъ невѣрно были освѣщены и мѣры, издавна направлявшіяся на приданіе ипотеки и всему вотчинному обороту гласности. Эти мѣры имѣли фискальный характеръ, но прямымъ ихъ цѣлемъ была — упорядоченіе оборота. И именно идеальная римская система вызвала все эти мѣры, такъ какъ оказалась гибельной для реального кредита. И именно законъ VII г. является наиболее всего цѣлесообразной мѣрой, такъ какъ онъ больше, чѣмъ все другія мѣры, ранѣе его издававшіяся, даетъ обезпеченности и вѣрности ипотечному обороту. Выдвигаемые противниками недостатки его свойственны ему всего менѣе, а избѣжать ихъ вполне никогда не удается. Люди могутъ руководиться лишь началомъ относительнаго блага.

Бояться отлива капиталовъ отъ промышленности не слѣдуетъ, *Марк* какъ личный кредитъ обладаетъ правовой организаціей и экономическими свойствами, вполне обезпечивающими достаточный приливъ капиталовъ къ промышленности, какъ-то: болѣе высокой % на капиталъ, болѣе суровое исполнительное производство, краткосрочность займовъ, стремленіе коммерсанта поддержать свое доброе имя и проч.; скорѣе надо заботиться о приливѣ капиталовъ къ сельскому хозяйству, стоящему отъ непереносимаго ипотечнаго режима. А такой приливъ будетъ возможенъ только тогда, когда ипотечный режимъ вознаграждаетъ капиталиста за менѣе выгодное вообще помѣщеніе капитала въ сельское хозяйство — полной обезпеченностью помѣщенія. Этому можетъ служить только режимъ, основанный на публицитетѣ и специалитетѣ. Такой режимъ не только даетъ обезпеченность сдѣлокъ о недвижимостяхъ, но, хотя и съ приближительной только точностью опредѣляя цѣнность ипотеки, обременяющихъ недвижимость, онъ даетъ возможность землевладѣльцу, при отчужденіи недвижимости или новомъ поискѣ кредита, использовать всю сво-

бодную наличность цѣнности своего владѣнія. А кредиторъ и пріобрѣтатель легче пойдутъ на сдѣлку о недвижимости, зная, что они дѣйствуютъ вѣрно.

Не повышеніи % и усадка оборота, а, напротивъ, пониженіи % и развитіи оборота можно ожидать отъ режима, основаннаго на публицитетѣ и специалитетѣ.

Далѣе, ни права собственности, ни свободы оборота гласный режимъ не подрываетъ; онъ только даетъ какъ наиболѣе цѣлесообразное практическое направленіе. А интересы женъ и малолѣтнихъ при немъ только выигрываютъ, такъ какъ онъ вскрываетъ истинное имущественное положеніе мужей и опекуновъ. Но если бы эти интересы въ рѣдкихъ случаяхъ и страдали, — то, ради рѣдкихъ случаевъ такого рода, нельзя жертвовать общимъ благомъ, которое сулитъ гласный режимъ. А если послѣдній не допускаетъ обремененія будущихъ пріобрѣтеній, то это заслуживаетъ только похвалы, такъ какъ ставитъ оборотъ на вѣрную почву; да и, кромѣ того, есть нѣчто безнравственное въ расчетѣ на имущество лица, еще живого.

Новый режимъ вовсе не ограничиваетъ собственника въ свободѣ заключать всякаго рода обязательства, — онъ только выдвигаетъ обезпеченность ипотеки и рѣше проводить различіе личнаго и реального кредита.

Вотъ почему и въ комиссіи половина членовъ стояла за законъ VIII г., и лишь искусственными приемами противники сумѣли составить большинство голосовъ за негласный режимъ. А въ свѣтъ ихъ проектъ встрѣтилъ жестокой приемъ со стороны лучшихъ апелляціонныхъ и кассационнаго трибуналовъ, стоявшихъ всецѣло за систему публициета и специалитета. И эти трибуналы вовсе не были изъ тѣхъ областей, гдѣ люди привыкли къ національной *partisanship*. Напротивъ, это были трибуналы, убѣдившіеся въ полезности гласнаго режима лишь при дѣйствіи закона VII г.

Результатъ борьбы, въ общемъ, намъ уже извѣстенъ. А въ деталяхъ вскрыется при очеркѣ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса.

§ 65. Ипотечный режимъ Наполеонова кодекса.

Насколько законъ VII г. былъ реакціей чисто революціонному декрету III г., настолько законъ XII г., образовавшій ипотечное право *Code civil*, былъ реакціей уже закону VII г. все въ томъ же направленіи къ до-революціонному правовому строю. И, наоборотъ, насколько законъ VII г. во многомъ исправилъ и приспособилъ къ жизни право декрета III г., настолько же законъ XII г. внесъ кое-что новаго и небезполезнаго для реального кредита такого, чего не зналъ законъ VII г. Напримѣръ, привиллегіи въ законѣ XII г. получаютъ не только свое дѣйствіе, но и свой рангъ отъ записи ихъ въ ипотечный реестръ, тогда какъ по закону VII г. запись рѣшала ихъ дѣйствіе, но рангъ ихъ былъ привилегированнымъ. Въ кодексѣ Наполеона привиллегіи входятъ въ рядъ простыхъ ипотеки, сохраняя лишь свое прежнее имя, да развѣ пользуются нѣкоторыми льготами при записи.

Формальная сторона режима: ипотечный установления, резетры, производств не затрогиваются кодексомъ и до сего дни регулируются закономъ 21 ventose an VIII.

Кодексъ трактуетъ объ ипотекахъ и привилегіяхъ въ кн. III тит. 18 и считаетъ все еще своимъ долгомъ начать съ формулы, что все имущество должника составляетъ *gage commun* его кредиторовъ, и что лично обязанный отвѣчаетъ всею имуществомъ за выполнение обязательства. Ипотека же и привилегія даютъ лишь преимущества при удовлетвореніи.

I. Понятіе и виды ипотеки и привилегій. 1. Общее опредѣленіе ипотеки кодексъ даетъ традиціонное: ипотека есть реальное право на недвижимости, пораженной обязанностью удовлетворенія извѣстныхъ требованій ¹⁾. Ниже мы увидимъ, каковъ точный смыслъ этого традиціоннаго опредѣленія. По своей природѣ, ипотека подѣляема и поражаетъ во всей своей цѣлости все обремененныя ею недвижимости, и, притомъ, каждую изъ нихъ и во всехъ доляхъ ихъ ²⁾. Это начало традиціонное, отвѣчающее больше генеральной природѣ прежней ипотеки, рѣшаетъ вперед и вопросъ объ отвѣтственности недвижимостей при солидарной или корральной ипотекахъ, т. е. такой, которая обременяетъ нѣсколько имѣній специализованныхъ, но обезпечивающихъ одно требованіе. Однако, какъ бы для большей ясности того, что кодексъ отказывается отъ старой идеи, согласно которой ипотека *ipso jure* вытекала изъ всякаго автентическаго акта обязательства, кодексъ открыто провозглашаетъ начало, которое молчаливо содержалось уже въ законѣ VII г., а именно, что ипотека имѣетъ мѣсто только въ случаяхъ и по формѣ, закономъ признанныхъ ³⁾. Это—разрывъ съ исторіей, начатый закономъ XII г. и формулированный кодексомъ,—и это есть послѣдствіе специалитета ипотеки ⁴⁾. Гдѣ же, по кодексу, имѣетъ мѣсто ипотека?

Она имѣетъ мѣсто въ 3-хъ случаяхъ: 1, гдѣ норма права снабжаетъ извѣстное отношеніе ипотекой ⁵⁾, ради обезпеченія интересовъ, признаваемыхъ закономъ за особенно важные; 2, гдѣ судебный приговоръ даетъ ее ради усилія судебной экзекуціи или гдѣ судебный актъ восполняетъ недостатки требуемой закономъ автентической формы договора объ ипотекахъ ⁶⁾; 3, гдѣ стороны устанавливаютъ ипотеку по соглашенію и по формѣ ⁷⁾. Такимъ образомъ, кодексъ знаетъ три вида ипотеки: законную, судебную и договорную ⁸⁾. Рубрики старыя, но значеніе ихъ новое, и новизна ихъ вытекаетъ изъ свойствъ кодекса, какъ

1) Art. 2114 n. 1: „L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquisition d'une obligation“.

2) Art. 2114 n. 2.

3) Art. 2115.

4) Отъ прежняго строя въ кодексѣ остаются только art. 2092--93 ep. 2094.

5) Art. 2117 n. 1.

6) Art. 3117 n. 2.

7) Art. 3117 n. 3.

8) Art. 2116.

уложеніи, въ противоположность свойствамъ закона VII г. какъ спеціальнаго закона.

1) Законныя ипотеки имѣютъ по кодексу мѣсто: а) въ обезпеченіе имущественныхъ претензій жены къ мужу, на недвижимости послѣдняго; б) въ обезпеченіе претензій малолѣтнихъ и недѣеспособныхъ (*interdits*), изъ отношеній опеки возникающихъ, на недвижимости опекуновъ и попечителей; в) въ обезпеченіе претензій фиска, общинъ и публичныхъ учреждений, изъ управления имуществомъ ихъ вытекающихъ, на недвижимости контаблей ¹⁾. Все эти ипотеки генеральныя ²⁾.

2) Судебныя ипотеки имѣютъ по кодексу мѣсто: а) въ силу судебного приговора, постановленнаго въ результатѣ ли состязанія сторонъ тяжущихся или за неявкой стороны, окончательнаго ли или провизорнаго, если приговоръ суда снабженъ экзекуціоннымъ приказомъ обыкновеннаго суда. б) По судебная ипотека имѣетъ мѣсто и тогда, когда передъ судомъ совершается признаніе или проверка подлинности, сдѣланной на обязательственномъ актѣ, къ которому приложена частная печать ³⁾. И эти ипотеки генеральныя ⁴⁾, что особенно странно въ отношеніи втораго случая; частный актъ обязательства, подтвержденный въ судѣ, даетъ больше правъ, чѣмъ автентическій актъ обязательства.

3) Договорныя ипотеки регулируются на сходныхъ съ закономъ VII г. началахъ; онѣ требуютъ теперь особаго соглашенія сторонъ, помѣщаемаго, обыкновенно, въ актѣ обязательства, или обезпечиваемаго, и всегда имѣютъ форму спеціальныхъ, хотя-бы поражали все недвижимости должника ⁵⁾.

2. Привилегія опредѣляется кодексомъ какъ право, составляющее свойство извѣстныхъ кредитовъ и состоящее въ томъ, что привилегированный кредиторъ предпочитается другимъ кредиторамъ, даже ипотечнымъ ⁶⁾. Позднѣе мы увидимъ, насколько не оправдывается на дѣлѣ это понятіе и насколько привилегіи вошли въ рядъ обыкновенныхъ ипотекъ, удержавъ лишь старое названіе да кое-какія особенности.

Кодексъ знаетъ привилегіи: 1) на движимости, 2) на недвижимости, 3) на тѣхъ и другія выѣтъ.

1) Привилегіи на движимости, въ свою очередь, подраздѣляются: на а) привилегіи генеральныя на движимости и в) привилегіи на опредѣленные движимости.

Настъ касается только первая группа привилегій на движимости „а“, такъ какъ такого рода привилегіи своимъ существованіемъ вліяютъ на экономическое достоинство ипотекъ (ниже). Къ этой группѣ „а“ относятся:

1) Art. 2121.

2) Art. 2122.

3) Art. 2123 n. 1 и 4, n. 2.

4) Art. 2123.

5) Ниже.

6) Art. 2095: „Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.“

1^о, судебныя издержки; 2^о, издержки на погребеніе должника; 3^о, нѣкоторыя издержки на его болѣзнь; 4^о, жалованье прислугѣ за истекшій и текущій годъ; 5^о, долгъ за предметы потребленія, забраные должникомъ и его семьею: въ теченіе 6 мѣс. послѣднихъ у розничныхъ торговцевъ, какъ булочниковъ, мясниковъ и т. п., и въ теченіе 1 года у хозяевъ пансіоновъ и крупныхъ торговцевъ ¹⁾).

2) Привиллегіи на недвижности принадлежатъ: 1^о, продавцу на проданную недвижность, по поводу недополученной продажной цѣны за недвижность; 2^о, лицамъ, ссудившимъ деньги на покупку недвижности, въ обезпеченіе ссуды, на эту самую недвижность; 3^о, сопослѣдникамъ на послѣдую причитающейся имъ доли наслѣдства; то же—соучастнику въ правѣ собственности на недвижность, на случай ея раздѣла; 4^о, архитекторъ, подрядчикъ, каменикъ и другіе рабочіе, приглашенные для выстройки, перестройки или починки строеній, каналовъ, и разныхъ другихъ работъ, получаютъ привилегію на соответствующую недвижность, въ обезпеченіе ихъ претензій о вознагражденіи за работы; 5^о, лица, ссудившія деньги на вознагражденіе указанныхъ рабочихъ, и нѣкт. другія ²⁾).

3) Привиллегіи совмѣстныя на движимости и недвижности суть тѣ же выше приведенныя генеральныя привиллегіи на движимости ³⁾.

II. Возникновеніе ипотеки и привиллегій. Кодексъ, по-прежнему, различаетъ титулъ и запись ипотеки и привиллегій.

1. *Титулъ ипотеки и привиллегій.* Титуломъ ипотеки служатъ: 1) норма права при ипотекахъ законныхъ ⁴⁾, 2) судебный приговоръ, произнесенный въ порядкѣ спорной юрисдикціи и снабженный исполнительнымъ судебнымъ приказомъ ⁵⁾, или—въ порядкѣ безспорномъ, когда частный договоръ, устанавливающий ипотеку, признается судомъ за безспорный, это—при судебныхъ ипотекахъ ⁶⁾; 3) договоръ, непременно облеченный въ автентическую форму, т. е. совершенный передъ двумя нотариусами или же передъ однимъ нотариусомъ и двумя свидѣтелями ⁷⁾. Привилегированный характеръ отношенія всегда покоится на нормѣ права.

Пространство дѣйствія этихъ титуловъ въ отношеніи имущества должника по кодексу снова напоминаетъ таковое же по закону VII г. Законная ипотека можетъ быть записана на всѣ недвижности, какъ принадлежащія должнику въ моментъ записи, такъ и тѣ, которыя еще въ будущемъ могутъ дойти къ должнику ⁸⁾, т. е. законная ипотека имѣетъ генеральный титулъ.

1) Art. 2101.

2) Art. 2103.

3) 2104.

4) Art. 3117 и. 1.

5) Art. 2117 п. 2.

6) Art. 2123.

7) Art. 2117 и. 3. 2127.—Ко всему art. 2116.

8) Art. 2122.

Нѣз этого правила кодексъ, отступая отъ закона VII г. въ направленіи большаго уваженія спеціалитета, устанавливаетъ исключеніе: совершающій брачный договоръ стороны могутъ согласиться, чтобы ипотека жены порождала только одно или нѣсколько точно определенныхъ недвижностей мужа, и тогда ипотека жены специализируется и въ титулѣ и при записи, и ограничивается свое дѣйствіе точно поименованными въ брачномъ договорѣ имѣніями. Прочія же недвижности мужа остаются свободными отъ нея какъ на случай отношеній по приданому, такъ и на случай иныхъ отношеній между супругами, обезпечиваемыхъ законной ипотекой ¹⁾. Не допускается лишь полное исключеніе ипотеки жены на имущество мужа ²⁾. Равнымъ образомъ, допускается, чтобы родственники или члены фамильнаго совѣта ограничили запись ипотеки малолѣтняго на имущество опекуна определенными недвижностями ³⁾.

Судебная ипотека можетъ быть записана также на всѣ недвижности, и не только наличныя, но и въ будущемъ имѣющія поступить въ собственность должника ⁴⁾. Такимъ образомъ, генералитетъ ея расширенъ кодексомъ за предѣлы, установленные закономъ VII г..

Но договорная ипотека строго спеціальна и въ титулѣ. Она можетъ быть записана только на тѣ недвижности, которыя принадлежатъ должнику въ моментъ установленія титула, и, притомъ, точно обозначены въ отношеніи своего состава и положенія или въ автентическомъ актѣ обязательства, обезпечиваемаго ипотекой, или же въ позднѣйшемъ автентическомъ актѣ ⁵⁾. Спеціально могутъ быть поименованы и всѣ наличныя имѣнія должника, и тогда титулъ ипотеки дѣйствуетъ въ отношеніи всѣхъ ихъ. Напротивъ, будущія пріобрѣтенія принципиально не могутъ быть предметомъ договорной ипотеки ⁶⁾.

Вслѣдъ за прежними мѣрами, кодексъ вноситъ на болѣе широкихъ и точныхъ началахъ смѣненія начала спеціалитета титула договорной ипотеки. Именно, если наличныя и свободныя отъ ипотеки недвижности должника недостаточны для обезпеченія кредита, должникъ можетъ, признавая открытую эту недостаточность, выразить свое согласіе о томъ, чтобы каждое изъ пріобрѣтаемыхъ имъ послѣдствіемъ имѣній подверглось дѣйствію ипотечнаго титула, по мѣрѣ пріобрѣтенія ихъ ⁷⁾. Равнымъ образомъ, если бы наличныя имѣнія, обремененныя ипотекой, погибли или потеряли ухудшеніе въ такой степени, что уже стали недостаточны для обезпеченности кредитора, то кре-

1) Art. 2140.

2) Eod. i. f.

3) Art. 2141.

4) Art. 2123 п. 2.

5) 2129.

6) Eod.—Такимъ образомъ, кодексъ отрѣшается окончательно въ отношеніи договорныхъ ипотеки отъ стараго начала французскаго права, по которому ипотека ipso jure слѣдуетъ изъ автентическаго акта обязательства.

7) Art. 2130.

диторъ можетъ или немедленно требовать удовлетворенія, или же восполненія ипотечнаго обезпеченія ¹⁾).

Кодексъ провозглашаетъ и начало специалитета суммы ипотечныхъ требованій, но тоже съ ограниченіями. Договорная ипотека не имѣетъ вовсе силы, если не опредѣлена точно сумма обезпечиваемаго ею требованія, въ актѣ, устанавливающемъ титулъ ипотеки. Если кредитъ будетъ условнымъ въ своемъ существованіи или недетерминированнымъ въ своей величинѣ, то кредиторъ не можетъ требовать и записи ипотеки въ реестръ, если приблизительно не установитъ размѣра его въ точной суммѣ, при чемъ должникъ можетъ требовать редукиці, если таковая имѣетъ основаніе ²⁾. Но законныя и судебныя ипотеки не должны быть непременно детерминированы въ суммѣ: опредѣленіе суммы при этихъ ипотекахъ требуется только тогда, когда объѣктъ отношенія опредѣленный, и вовсе не требуется, когда этотъ объектъ условный, эвентуальный и неопредѣленный ³⁾.

Въ видѣ корректива генеральной природы и неопредѣленности по суммѣ законныхъ и судебныхъ ипотекъ, тяжело отражающихся на кредитоспособности лица, кодексъ устанавливаетъ при этихъ ипотекахъ редукицію ипотеки, имѣющую задачей по возможности специализировать ихъ въ отношеніи объекта.

Когда законная ипотека на имущество опекуна не будетъ ограничена въ своемъ генеральномъ дѣйствіи въ актѣ, которымъ назначается опекунъ, послѣдній можетъ, если бы генеральная ипотека на его недвижимости доводилась за предѣлы вполнѣ достаточнаго обезпеченія его дѣйствій, потребовать, чтобы ипотека была ограничена недвижимостями, достаточными для полной обезпеченности малолѣтнихъ. Требованіе опекуна направляется противъ *subrogé tuteur*, и вопросъ о редукиціи предварительно обсуждается въ семейномъ совѣтѣ ⁴⁾.

Равнымъ образомъ и супругъ можетъ, съ согласія жены, и послѣ того какъ состоялось обезпеченіе вопроса четырьмя ближайшими родственниками жены, собравшимися въ семейный совѣтъ, потребовать ограниченія ипотеки достаточными для полного обезпеченія правъ жены недвижимостями ⁵⁾.

Приговоры по такимъ просьбамъ произносятся по выслушаніи государственнаго прокурора и состязаніи его съ просителями редукиці. Если трибуналь рѣшить редукицію, все прочія недвижимости освобождаются и записи ипотеки на нихъ зачеркиваются ⁶⁾.

Редукиція имѣетъ мѣсто и при судебной ипотецѣ, которая тоже генеральная и неопредѣленная. Условія ея подобны условіямъ редукиці законныхъ ипотекъ, т. е. излишняя и ненужная обезпеченность ⁷⁾.

1) Art. 2130.

2) Art. 2132.

3) Art. 2132 и 2148 въ связи съ 2153.

4) Art. 2143.

5) Art. 2144.

6) Art. 2145.

7) Art. 2161.

Излишними считаются записи ипотеки, поражающія нѣсколько недвижимостей, тогда какъ цѣнность одной или нѣсколькихъ, но не всѣхъ обремененныхъ недвижимостей, уже превышаетъ въ своей свободной отъ обремененія долѣ на $\frac{1}{2}$ высоту кредитовъ, обезпечиваемыхъ редуцируемой ипотекой, считая капитальную сумму и законные аксессуаріи послѣдней ¹⁾.

Компетентенъ въ обоихъ случаяхъ трибуналь, въ округѣ коего совершена запись, за опредѣленными исключеніями ²⁾.

Договорная ипотека по точному предписанію закона не подлежитъ редукиці такого рода, т. е. редукиці объекта ипотеки; попятно, такъ какъ договорная ипотека специальная и возникаетъ по соглашенію сторонъ. Но при ней допускается иная редукиція, именно: когда кредиторъ односторонне опредѣлитъ высоту недетерминированнаго требованія — условнаго, эвентуальнаго или неопредѣленнаго по природѣ — въ цѣляхъ специализаціи его при записи, излишномъ значительную, не отвѣчающую обстоятельствамъ случая, и этимъ повредить кредитоспособности лица, — должникъ можетъ требовать редукиці суммы требованія ³⁾. Тутъ суду предоставляется широкое усмотрѣніе. При чемъ судъ взвѣшиваетъ обстоятельства случая, вѣроятность шансовъ и презумпціи факта, чтобы насколько возможно примирить обезпеченность кредитора и дальнѣйшую потребность должника въ кредитѣ. Но измѣненіе суммы ипотеки въ сторону повышенія ея, при наступленіи извѣстнаго событія, не должно вредить послѣдующимъ записаннымъ ипотекамъ, имѣющимъ рангъ по моменту записи ⁴⁾.

Цѣна недвижимостей, сравниваемая съ суммой кредитовъ, подлежащихъ послѣдованію при редукиці, и съ 3-ми кредитами, опредѣляется суммой 15-кратнаго дохода, показаннаго въ кадастровыхъ книгахъ поземельнаго налога и т. п., при чемъ судъ для провѣрки можетъ привлекать и другія надлежащія данныя ⁵⁾.

2. *Записи ипотекъ и привилегій въ реестръ.* Кодексъ, подобно закону VII г., провозглашаетъ общее начало, что привилегіи и ипотеки всѣхъ трехъ видовъ окончателно возникаютъ и получаютъ дѣйствіе только съ записью ихъ титуловъ въ ипотечные реестры ⁶⁾, въ бюро хранения ипотекъ, по мѣсту нахождения обремененныхъ недвижимостей ⁷⁾. И дѣйствіе привилегій и ипотекъ начинается только съ момента записи, безъ обратной силы къ

1) Art. 2162.

2) Art. 2161 въ связи съ 2159.

3) Art. 2163.

4) Art. 2164.

5) Art. 2165.

6) О привилегіяхъ art. 2106: *Entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription... et à compter de la date de cette inscription*; объ ипотекахъ art. 2134: *„Entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur dans la forme et de la manière prescrites par la loi...*

7) Art. 2146 init.

моменту возникновения титулов их¹⁾. Т. е. привилегия, по правилу, превращается в видъ ипотеки²⁾. При записи, подобно титулу, договорные ипотеки специальные, законные и судебные генеральные³⁾.

Производство при записи по кодексу очень близко къ производству по закону VII г. Добивается записи кредиторъ⁴⁾; должникъ уже выразилъ свою волю въ автентическомъ актѣ обязательства, или же его воля восполняется судебнымъ приговоромъ, не говоря о томъ, что она вовсе и не требуется при законной ипотеке. Кредиторъ предъявляетъ хранителю ипотеки автентическій актъ или судебный приговоръ, служащій титуломъ ипотеки, и прилагаетъ къ нимъ два бордеро, содержащія: 1^о, имя, фамилію и мѣсто жительства кредитора, его званіе и условно избранный имъ домицілій въ округѣ нахождения бюро хранения ипотеки; 2^о, имя, фамилію и домицілій должника, его званіе и всѣ признаки, по которымъ ипотечный чиновникъ могъ бы съ надежностью распознать его; 3^о, дату и природу титула; 4^о, капитальную сумму кредитовъ, установленныхъ въ ипотечномъ актѣ или опредѣляемыхъ самимъ кредиторомъ; послѣднее имѣетъ мѣсто въ случаѣ записи рентъ и періодическихъ платежей, а равно и въ случаѣ правъ эвентуальныхъ, условныхъ и неопредѣлимыхъ, развѣ только законъ требуетъ опредѣленія ихъ въ точной суммѣ; бордеро указываетъ и величину аксессуаревъ, записываемаго права и времени востребованія; 5^о, указаніе на свойства и мѣстонахождение недвижимостей, обременяемыхъ привилегіей или ипотекой⁵⁾. При законныхъ и судебныхъ ипотекахъ требованіе п. 5^о не составляетъ необходимости; если нѣтъ иного соглашенія сторонъ, такіа ипотеки, въ силу одной только записи, поражаютъ всѣ недвижимости должника, находящіяся въ округѣ бюро, гдѣ ипотеки записаны⁶⁾.

Хранитель ипотеки отмѣчаетъ въ своемъ реестрѣ содержаніе бордеро и возвращаетъ просителю какъ предъявленный ему актъ, такъ и одинъ бордеро, въ концѣ котораго отмѣчается фактъ записи ипотеки въ реестръ⁷⁾.

Кодексъ, вѣдѣ за закономъ VII г., устанавливаетъ нѣсколько упрощенное производство при записи: законныхъ ипотеки фиска, общинъ и публичныхъ учреждений и корпорацій на имущество контаблей, законныхъ ипотеки малолѣтнихъ и другихъ недѣеспособныхъ на имущество опекуновъ и попечителей, и законныхъ ипотеки жены на имущество мужей. Всѣ эти ипотеки подлежатъ записи на основаніи простого предъявленія двухъ бордеро, содержащихъ лишь: 1^о, имя и т. д. и настоящій и условный домицілій кредитора; 2^о, имя и т. д. и домицілій или точное обозначеніе должника; 3^о, природу обременяемыхъ правъ, а если права могутъ быть опредѣлены съ точностью, то

1) Art. 2106, 2134 цит. выше.

2) Ср. еще art. 2113.

3) Ниже.

4) Art. 2148 и др.

5) Art. 2148; казусъ въ art. 2149.

6) Art. 2148, п. 6.

7) Art. 2150, подробности въ art. 2152.

лѣнность права; послѣдняя не опредѣляется, когда право эвентуально, условно или неопредѣленно¹⁾.

Еще болѣе, чѣмъ это дѣлалъ законъ VII г., кодексъ прилагаетъ мѣры къ тому, чтобы законныя ипотеки неукоснительно записывались, хотя теперь это требуется уже въ интересѣ оборота и 3-хъ кредиторовъ, которымъ важно знать составъ ипотечнаго бремени, лежащаго на имѣніи, а не въ интересахъ беззащитныхъ, каковыя интересы обезпечиваются въ кодексѣ иными мѣрами. Измѣняется и кругъ покровительствуемыхъ закономъ законныхъ ипотеки. Въ то время, какъ законъ VII г. относился къ этому кругу и ипотеки фиска на имущество контаблей, теперь покровительствуются только ипотеки женъ и подопечныхъ²⁾. Обязанность заботиться о записи ипотеки женъ и подопечныхъ возлагается въ кодексѣ на рядъ лицъ.

1. Мужья и опекуны обязуются сдѣлать публичными ипотеки жены и подопечныхъ, обременяющія ихъ недвижимости, и въ этихъ цѣляхъ они сами должны требовать безотлагательно записи указанныхъ ипотеки въ надлежащія бюро, какъ на принадлежащія имъ теперь недвижимости, такъ и на могущія принадлежать имъ въ будущемъ. Если же мужья и опекуны сдѣлаютъ упущеніе въ этомъ, а потомъ соизволятъ или допустятъ установленіе ипотеки или привилегіи на свои недвижимости въ пользу 3-хъ лицъ и не объявятъ послѣднимъ объ имѣющихся уже незаписанныхъ ипотекахъ жены и подопечныхъ на тѣ ихъ недвижимости, — то они почитаются какъ мошенники (stellionataires) и, какъ таковыя, подлежатъ уголовному преслѣдованію³⁾.

2. Les subrogés tuteurs, въ свою очередь, обязаны, подѣ личной отвѣтственностью и подѣ страхомъ возмѣщенія всѣхъ видовъ ущерба, отъ упущенія ихъ происшедшаго кому-либо, заботиться о томъ, чтобы записи ипотеки подопечныхъ на имущество опекуна по поводу управленія имуществомъ подопечныхъ была совершена немедленно, и даже сами могутъ потребовать означенной записи⁴⁾.

3. Если всѣ указанные лица все-таки сдѣлаютъ упущеніе съ записью, послѣдней можетъ требовать государственныя прокуроры, состоящій при трибуналѣ 1-й инстанціи по мѣсту домицілія мужа или опекуна или по мѣсту нахождения имѣній тѣхъ лицъ⁵⁾.

4. Родственники мужа или жены и родственники подопечныхъ, а, за неимѣніемъ ихъ, друзья могутъ требовать записи указанныхъ ипотеки. Наконецъ, записи могутъ требовать и сами жены, и сами недѣеспособныя⁶⁾.

Гдѣ ипотека жены и подопечныхъ ограничивается, по соглашенію это-

1) Art. 2153.

2) Это постепенное отступленіе фиска на задній планъ — явленіе общее въ исторіи вопроса. Вездѣ государство отказывается отъ своихъ привилегій ради процвѣтанія кредита.

3) Art. 2135.

4) Art. 2137.

5) Art. 2138.

6) Art. 2139.

рошь, определенными недвижимостями, тамъ и обязанность перечисленныхъ лицъ терпѣть соответствующія ограниченія ¹⁾.

Code civil дѣлаетъ значительное отступленіе отъ закона 7 г. въ вопросѣ объ исключеніяхъ изъ общаго начала объ обязательности записи ипотекъ и привиллегій, какъ условія ихъ дѣйствительности. Въ то время, какъ законъ VII г. освобождалъ отъ записи лишь нѣсколько маловажныхъ привиллегій, Code civil признаетъ запись не необходимой, а только желательной, помимо тѣхъ привиллегій, еще и для нѣкоторыхъ законныхъ ипотекъ. Такимъ образомъ, по кодексу не зависятъ отъ записи дѣйствіе слѣдующихъ привиллегій и ипотекъ:

1^о. Судебныя издержки, издержки на погребеніе, нѣкоторыя издержки на уходъ за умирающимъ должникомъ во время его послѣдней болѣзни, жалованье прислугѣ за текущій и только что истекшій годъ, расплата за предметы потребленія, поставившіеся должнику и его семьѣ, и при томъ—въ теченіе 6 послѣднихъ мѣсяцевъ розничными торговцами, какъ булочниками, мясниками и т. п., и—въ теченіе 1 года хозяевами пансіоновъ и крупными торговцами ²⁾. Все это привиллегіи.

2^о. Независимо отъ записи существуютъ и дѣйствительны также ипотекы:

а) малолѣтнихъ и недѣеспособныхъ на имѣнья ихъ опекуновъ, по поводу управленія ихъ дѣлами съ момента вступленія опекуна въ свои обязанности; б) женѣ на недвижимости мужей по поводу приданаго и соглашеній между супругами, съ момента заключенія брака. Ипотека жены, обеспечивающая позднѣйшія пріобрѣтенія ея по наслѣдству или даренію, датируется съ момента открытія такого наслѣдства или полученія дара. Ипотека ея, обеспечивающая долги, возникшіе для нея на мужѣ изъ совершенныхъ ею съ нимъ сдѣлокъ, или обеспечивающая суммы, полученныя отъ продажи ея недвижимостей, датируется со дня вступленія въ долговую сдѣлку или со дня отчужденія ея недвижимостей (Но эти предписанія не затрогиваютъ уже пріобрѣтенныхъ правъ 3-хъ лицъ при дѣйствіи закона VII г. и до публикаціи кодекса) ³⁾.

Нѣкоторыя привиллегіи изъ подлежащихъ записи пользуются особыми легкими формами таковой.

1. Привиллегія продавца недвижимости, принадлежащая ему ради обезпеченія недополученной цѣны за проданное имѣнье, дѣйствительна безъ особой записи ея, уже въ силу транскрипціи того пріобрѣтательнаго акта, разв только въ немъ отмѣченъ фактъ неполученія цѣны въ цѣломъ или въ части. Такъ что транскрипція пріобрѣтательнаго акта имѣетъ и значеніе записи привиллегіи въ пользу продавца ⁴⁾.

2. Привиллегія лица, ссудившаго пріобрѣтателя средствами для пріобрѣтенія недвижимости, при наличности условій, при которыхъ только она

¹⁾ Art. 2142.

²⁾ Art. 2107 выветъ съ art. 2104 и 2101.

³⁾ Art. 2135.

⁴⁾ Art. 2108.

признается закономъ вообще, также не требуетъ особой еще записи; а транскрипція договора о пріобрѣтеніи недвижимости, совершонная пріобрѣтателемъ, имѣетъ значеніе записи привиллегіи въ пользу ссудившаго на предметъ пріобрѣтенія, при чемъ ссудитель третирруется какъ суксессоръ (subrogé) правъ, принадлежащихъ продавцу по тому договору. Условіями же, при которыхъ привиллегія признается, являются: 1) аутентическое признаніе при займѣ того обстоятельства, что заемъ дѣлается на предметъ пріобрѣтенія недвижимости и 2) квитанція продавца, удостоверяющая, что уплата цѣны за проданную имъ недвижимость получена имъ изъ означеннаго именно займа ¹⁾.

Но въ обоихъ случаяхъ необязанными становятся только хлопоты сторопъ. Хранитель же ипотекъ обязанъ, подъ угрозой отвѣтственности за все издержки и ущербы, которые послѣдуютъ отъ того для 3-хъ лицъ, принять мѣры къ записи ех officio въ свой реестръ кредитовъ, вытекающихъ изъ акта перехода собственности для продавца или ссудителя на предметъ пріобрѣтенія недвижимости. Продавцы же и ссудители, какъ лица заинтересованныя, въ свою очередь могутъ потребовать транскрипціи пріобрѣтательнаго акта, какъ имѣющей для нихъ лично значеніе инскрипціи ихъ притязаній на продажную цѣну ²⁾.

Нѣкоторыя привиллегіи изъ тѣхъ, которыя подлежатъ записи заботами самихъ управомоченныхъ по нимъ, имѣютъ ту льготу, что запись можетъ быть совершена не тотчасъ, безъ опасностей для дѣйствія привиллегіи: 1^о. Сонаслѣдникъ и соучастникъ общаго имущества сохраняютъ свою привиллегію на имѣнья, входящія въ каждую долю наслѣдства, или на подлежащее раздѣлу имѣнье, въ обезпеченіе денежныхъ платежей, слѣдующихъ имъ въ возмѣщеніе недостаточности полученныхъ ими имущественныхъ долей, если только они своими заботами запишутъ свои привиллегіи въ теченіе 60 дней, считая со дня совершенія акта раздѣла или произнесенія судебного приговора о раздѣлѣ; и въ теченіе этихъ 60 дней никакая другая ипотека не можетъ быть записана съ приоритетомъ передъ указанными привиллегіями ³⁾. 2^о, кредиторы и легатаріи, требующіе *separatio bonorum* умершаго, пользуются въ отношеніи кредиторовъ наслѣдника или репрезентатовъ умершаго привиллегіей на недвижимость, относящаяся къ наслѣдству, если запишутъ таковую на каждое изъ наслѣдственныхъ имѣній въ теченіе 6 мѣс., считая со дня открытія наслѣдства. И тогда никакая ипотека, записанная на эти имѣнья противъ наслѣдниковъ или репрезентатовъ, не можетъ повредить указаннымъ кредиторамъ или легатаріямъ ⁴⁾. Такимъ образомъ, для этихъ привиллегій устанавливается, по исключенію, начало обратной силы записи къ моменту возникновенія основанія привиллегіи.

¹⁾ Art. 1103 п. 2 въ связи съ 2108.

²⁾ Art. 2108.

³⁾ Art. 2109.

⁴⁾ Art. 2111.

Наконецъ, есть привиллегіи, при которыхъ запись замѣняется разновременными отѣтками, въ суммѣ своей дающими существенныя данныя, требуемыя отъ записи. Архитекторъ, подрядчикъ, каменщикъ и другіе рабочіе, приглашенные для выстройки, возстановленія или ремонта зданій, каналовъ и другихъ сооружений, а равно и лица, ссудившія суммы на предметъ вознагражденія рабочихъ и уплату за материалы, если такое помѣщеніе занятыхъ суммъ установлено, имѣютъ привиллегію по поводу вознагражденія за работу и ссудъ, если совершать двоякую запись: 1^о, протокола, устанавливающего положеніе сооружений до начала работъ, и 2^о, протокола о приемѣ выполненныхъ сооружений. Привиллегія датируется съ момента записи перваго протокола, а сумма ея опредѣляется вторымъ протоколомъ ¹⁾.

Первый протоколъ совершается экспертомъ, назначеннымъ ex officio трибуналомъ 1-ой инстанціи, по мѣсту положенія сооружений, предварительно начала построекъ, и цѣлится установить состояніе построекъ до работы и отношеніе ихъ къ работамъ, выполненіе коихъ имѣется въ виду хозяйнымъ; второй протоколъ составляется не позднее 6 мѣс. по выполненіи работъ, тоже экспертомъ, назначаемымъ ex officio. Величина привиллегіи не можетъ превысить стоимость работъ, установленную вторымъ протоколомъ; а при отчужденіи недвижимости она и вовсе сводится къ тому излишку, на который недвижимость повысилась въ цѣнѣ, благодаря возведенію построекъ ²⁾.

Привиллегія лицъ, ссужающихъ деньги для расплаты за работу и материалы, обуславливается тѣмъ, чтобы въ автентическомъ актѣ займа и въ квитанціи, выданной рабочими и поставщиками матеріаловъ, признавалось именно это помѣщеніе занятыхъ денегъ, подобно тому, какъ это предписано на случай ссуды денегъ на приобрѣтеніе недвижимости ³⁾ ⁴⁾.

III. *Предметъ ипотеки.* Кодексъ и тутъ почти дословно повторяетъ законъ VII г. Предметъ ипотеки образуютъ: 1^о, недвижимости, стоящія въ оборотѣ, и ихъ принадлежности, которыя признаются недвижимыми; 2^о, узупруктъ на эти имѣнья и ихъ принадлежности, на время, которое узупруктъ существуетъ ⁵⁾. Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ⁶⁾. Ипотека поражаетъ и всё улучшенія, послѣдовавшія въ заложенной недвижимости ⁷⁾.

IV. *Лица, недвижимости коихъ могутъ быть обременены ипотекой.* И этотъ вопросъ кодексъ разрѣшаетъ согласно закону VII г. Договорную ипотеку могутъ созволить только лица, способныя отчуждать тѣ недвижимости, которыя обременяются ипотекой ⁸⁾. Ограниченія права собственности такихъ лицъ отражаются и на ипотекахъ, ими созволенныхъ ⁹⁾. Имѣнья малолѣт-

¹⁾ Art. 2110 и 2103 п. 4.

²⁾ Eod.

³⁾ Art. 2103 п. 5.

⁴⁾ См. детали ученія о записи въ art. 2146 п. 1, 2, 2149, 2155, 2156.

⁵⁾ Art. 2118.

⁶⁾ Art. 2119; воззусъ art. 2120.

⁷⁾ Art. 2133.

⁸⁾ Art. 2124.

⁹⁾ Art. 2125.

нихъ, другихъ педьспособныхъ и безвѣтно отсутствующихъ не могутъ быть обременены ипотеками иначе, какъ по причинамъ и по формѣ, установленнымъ закономъ, или по судебнымъ приговорамъ ¹⁾.

V. *Правоотношеніе при ипотеки и привиллегіи.* I. Кодексъ тутъ совершенно повторяетъ законъ VII г., только развивая вопросъ въ деталяхъ. а) Уже изъ опредѣленія ипотеки ясно, что ипотечный кредиторъ получаетъ абсолютное вещное право, въ силу котораго онъ и добивается удовлетворенія своего требованія изъ цѣны обремененной ипотекой недвижимости ²⁾, судебнымъ порядкомъ, въ чьихъ бы рукахъ недвижимость ни находилась, при чемъ и отчужденіе недвижимости совершается въ порядкѣ судебной публичной продажи ³⁾. Удовлетвореніе слѣдуетъ кредитору по порядку старшинства, принадлежащаго его ипотеки въ ряду другихъ ипотекъ ⁴⁾.

Когда ипотека обременяетъ нѣсколько недвижимостей, тогда, будетъ ли она генеральной или только солидарной, все равно — ипотечный кредиторъ имѣетъ право очерченнаго рода въ отношеніи всѣхъ недвижимостей in solidum. ⁵⁾.

б) Правоотношеніе привиллегіи, по кодексу, совершенно тождественно съ правоотношеніемъ ипотеки ⁶⁾; даже начало, что привиллегія даетъ предпочтеніе привиллегированному кредитору передъ ипотечными кредиторами, при удовлетвореніи ⁷⁾, не оправдывается другими предписаніями кодекса, лишь за нѣкоторыми исключеніями.

Кредиторъ обязуется прежде всего направить взысканіе на заложенную недвижимость ⁸⁾. И только когда онъ не будетъ удовлетворенъ изъ цѣны, вырученной отъ продажи недвижимости, имѣетъ право требовать удовлетворенія изъ прочаго имущества должника ⁹⁾.

2. Очерченное правоотношеніе нѣсколько измѣняется, когда недвижимость переходитъ въ третью руку и когда первый собственникъ-должникъ остается лично обязаннымъ по обозначенному ипотекой требованію.

Третій собственникъ обремененной недвижимости, если только онъ не предприметъ очистки ипотеки и привиллегій ¹⁰⁾, остается, въ силу самыхъ записей этихъ правъ на приобрѣтенныя имъ недвижимости, (а при ипотекахъ, не обязательно подлежащихъ записи, въ силу самаго факта существованія ихъ), обязаннымъ, какъ всякій держатель обремененной недвижимости, по всѣмъ ипотечнымъ долгамъ и пользуется сроками, установленными для пер-

¹⁾ Art. 2126.

²⁾ Art. 2114, п. 1.

³⁾ Ниже.

⁴⁾ Art. 2166.

⁵⁾ Art. 2114 п. 2.

⁶⁾ Это особенно ясно изъ art. 2113.

⁷⁾ Art. 2095.

⁸⁾ Art. 2203.

⁹⁾ Eod.

¹⁰⁾ Ниже.

воначального должника ¹⁾. Онъ повиненъ платить все созрѣлыя % и капиталы, какова бы ни была ихъ сумма; или же онъ, какъ обязанный только реально, а не лично, обязанъ уступить заложенную недвижимость безъ всякихъ оговорокъ ²⁾. Если новый собственникъ не удовлетворитъ полностью какое-либо изъ ипотечныхъ обязательствъ, великій ипотечный кредитъ въ правѣ потребовать судебнымъ порядкомъ продажи обремененной недвижимости, послѣ 30 дней съ момента востребованія долга, совершеннаго въ отношеніи первоначального должника, и послѣ того, какъ 3-му держателю недвижимости было предложено уплатить созрѣвшій ипотечный долгъ или уступить недвижимость ³⁾.

Но третій держатель, лично не обязанный, имѣетъ право возраженія на требованіе кредитора о продажѣ заложеной недвижимости, если имѣются еще другія недвижимости, заложеныя за тотъ же долгъ и находящіяся въ собственности личнаго должника, и право требовать предварительнаго привлеченія послѣднихъ къ уплатѣ долга; во время привлеченія другихъ недвижимостей къ уплатѣ долга, приостанавливается и продажа недвижимости, отчужденной должникомъ 3-му лицу ⁴⁾.

Однако, это возраженіе не допускается противъ привилегированнаго кредитора и кредитора съ специальной ипотекой ⁵⁾.

Оставить заложенную недвижимость можетъ великій 3-й держатель ея, лично не обязанный и способный отчудить недвижимость ⁶⁾. Оставить ее 3-й держатель можетъ и тогда, когда онъ уже призналъ обязательство или даже допустилъ осужденіе себя на уплату ипотечнаго долга въ качествѣ 3-го держателя недвижимости. А, съ другой стороны, если 3-й держатель и оставитъ недвижимость, то, до самой адьюкаціи ея, онъ еще можетъ вернуть себѣ, если только уплатитъ весь ипотечный долгъ и % ⁷⁾.

Совершается оставленіе вещи (délaissement), обремененной ипотеками, въ капитуляріи трибунала, по мѣсту нахождения недвижимости. Трибуналъ выдаетъ актъ о томъ. По требованію заинтересованнаго (наибольше заботливаго) къ оставленной недвижимости назначается кураторъ, противъ котораго и осу-

ществляетелъ теперь требованіе ипотечныхъ кредиторовъ о продажѣ недвижимости, но (формѣ, предписанной для принудительнаго отчужденія ¹⁾).

Если недвижимость потерпѣла ухудшеніе отъ положительнаго дѣянія или небрежности 3-го держателя и въ ущербъ ипотечнымъ кредиторамъ, 3-й держатель привлекается къ отвѣтственности по возмѣщенію ущерба. Если же 3-й держатель совершилъ улучшеніе въ недвижимости, ему возмѣщаются издержки улучшенія, но только въ размѣрахъ того излишка цѣны, который получился при отчужденіи, благодаря улучшенію ²⁾ ³⁾.

3. Изъ очерка правоотношенія ипотеки въ кодексахъ Наполеона ясно, что тамъ ипотека выступаетъ романизованной не только въ томъ отношеніи, что ипотека кодекса является всѣмъ акцессорнымъ правомъ, но и въ томъ отношеніи, что кредиторъ не всегда связанъ обязанностью осуществленія своего требованія прежде всего изъ заложенаго предмета; напротивъ, 3-й держатель заложенаго предмета имѣетъ по кодексу, но крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, даже своего рода *beneficium excussionis*.

Но въ правѣ ипотеки Наполеонова кодекса мы встрѣчаемъ достаточно точекъ опоры и для германистическаго строенія ипотеки, если только опираться на букву закона и послѣдовать примѣру германистовъ 60-хъ и 70-хъ годовъ, старательно искавшихъ черты отличія современной ипотеки отъ римской въ самомъ существѣ первой и довольствовавшихся при этомъ самыми скромными данными.

Въ самомъ дѣлѣ,—какая разница представляется, на первый взглядъ, между римской и французской ипотекой кодекса. Въ то время какъ въ Римѣ залоговой кредиторъ имѣетъ римское вещное право, т. е. право непосредственнаго отношенія къ вещи, и *actio hypothecaria* направилась на полученіе вещи кредиторомъ въ цѣляхъ удовлетворенія кредитора путемъ самостоятельнаго отчужденія вещи, наконецъ, въ то время, какъ въ Римѣ на сторонѣ владѣльца вещи была одна только обще-правовая обязанность терпѣть воздѣйствіе залогового кредитора на заложенную вещь,—по кодексу Наполеона ипотека имѣетъ совершенно иное правовое содержаніе: тутъ кредиторъ какъ будто не имѣетъ непосредственнаго воздѣйствія на вещь, не имѣетъ и владѣнія вещью, исключая только случаевъ, когда онъ проситъ владѣнія для удовлетворенія изъ плодовъ вещи, не имѣетъ и права отчужденія залога своими заботами; все право его, хотя оно и вещное, какъ будто сводится, подобно древней *obligation*, къ одному только праву требовать отъ суда исполненія *exécution* на недвижимость; *exécution* направляется не противъ всякаго держателя недвижимости, а противъ всякаго наличнаго собственника, а что еще характерно, это то, что владѣлецъ недвижимости, какъ таковой, отвѣчаетъ по кодексу передъ ипотечнымъ кредиторомъ, въ первую очередь, какъ будто положительнымъ дѣйствіемъ, уплатой ипотечнаго долга, и при томъ во всей суммѣ послѣдняго; только отказъ отъ заложеной вещи влечетъ прекращеніе такой отвѣтственности.

¹⁾ Art. 2174.

²⁾ Art. 2175.

³⁾ Подробности въ art. 2176—2179.

¹⁾ Art. 2167. „Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies, pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire“.

²⁾ Art. 2168. „Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve“.

³⁾ Art. 2169. „Fauté par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après *commandement* fait au débiteur originaire, et *sommation* faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage“.

⁴⁾ Art. 2170.

⁵⁾ Art. 2171.

⁶⁾ Art. 2172.

⁷⁾ Art. 2173.

Эта ответственность и ее осуществление, характеризуясь всеми чертами обязательственной ответственности, если только согласиться с перечисленными посылками, будет отличаться от последней тем, что существует для ответчика через обладание заложенной недвижимости и падает с последнего. А, с другой стороны, осуществление ее совершается через исполнение недвижимости. Обязанность к положительному действию, к уплате ипотечного долга, как будто не является, по кодексу, и благоволением, повинности которому избавляет владельца от неминуемой реквизиции на недвижимость, напротив, это как будто обязанность первостепенная (obligé), и лишь неисполнение ее находит завершение в реквизиции на заложенную недвижимость. Эта обязанность не есть и лично-долговая, ибо 3-й держатель заложенной вещи открыто предполагается неответственным по личному долговому требованию. Наконец, стороны именуются „ипотечный кредитор“ и „ипотечный должник“. Отсюда, если следовать германцам 60-х и 70-х гг., ипотека Панолеонова кодекса должна быть определена точнее как германское вещное право, имѣющее своимъ содержаниемъ требованіе уплаты ипотечнаго долга противъ всякаго наличнаго собственника недвижимости и осуществляемое, подобно всемъ требованіямъ, въ порядкѣ реквизиціи, а такъ какъ это есть право вещное,—то въ порядкѣ реквизиціи на отвѣтственный предметъ, заранѣе указанный соглашеніемъ сторонъ. От древней obligation она отличается тѣмъ, что она есть уже матеріальное вещное право, а не только реквизиціонное состояніе, и есть аксессуарное право,—и этой трансформацией она обязана римскому праву; отъ римской ипотеки она отличается тѣмъ, что она есть право на дѣйствіе, есть требованіе, хотя и вещное,—и этимъ она обязана германскому правозозрѣнію, прообразу Reallasten¹⁾.

Германнистической конструкции современной ипотеки нельзя отказать въ остроуміи и послѣдовательности, стоитъ только положиться на букву закона. Но и сомнѣній она вызываетъ немало. Непонятнымъ, прежде всего, является то, откуда и по какимъ причинамъ въ современномъ правѣ возникло движеніе въ сторону организаціи ипотеки на началѣ Realobligation, когда эта организація по своимъ практическимъ послѣдствіямъ ровно ничѣмъ не отличается отъ романизованной ипотеки времени реценціи, представлявшей собою строго вещное право, лишь осуществлявшееся въ порядкѣ судебной реквизиціи. Ибо какъ та, такъ и другая ипотека сводится, при осуществленіи, къ одной только реквизиціи на недвижимость. Даже осужденный къ уплатѣ ипотечнаго требованія собственникъ заложенной недвижимости во всей суммѣ ипотечнаго требованія не отвѣчаетъ ничѣмъ инымъ, какъ только обремененной недвижимостью, и даже осужденный соб-

¹⁾ См. Meibom, Das Meckl. HR. § 4, Regelsberger, Das Bayr. HR § 10, Dernburg, Das Preuss. HR § 33; ср. Sohm, вь Grünhuts-Zeitschrift V. стр. 1 и слѣд. Отчасти—Кассо. Понатіе залога въ современномъ правѣ.

ственикъ можетъ покинуть недвижимость во всякій моментъ. Отсюда, приговоръ падъ его личностью является практически безплоднымъ. Но если мы не находимъ объясненія повшеству кодекса въ практическихъ свойствахъ ипотеки, какъ Realobligation,—то мы не встрѣтимъ его и въ какихъ-либо историческихъ теченіяхъ. Правообразующая мысль въ эпоху созданія Панолеонова кодекса была всецѣло романизованной, никакого воспоминанія о національныхъ средневѣковыхъ правовыхъ образованіяхъ мы не находимъ въ матеріалахъ къ кодексу. А дѣйствовавшее право, какъ уже сказано, было романизовано.

Все это и заставляетъ насъ, по крайней мѣрѣ, предполагать, что „обязанность 3-го собственника къ уплатѣ ипотечнаго долга“ означаетъ въ кодексѣ не обязанность къ положительному дѣйствию, понятно, откуда почерпнутую творцами кодекса, а старую обязанность терпѣть воздѣйствіе кредитора на вещь, лишь не точно выраженную кодексомъ. Подобныхъ неточностей въ новѣйшихъ ипотечныхъ законахъ мы встрѣчаемъ очень много и объясняются онѣ повизною общей постановки ипотечнаго права, а особенно свойствами ипотечнаго режима, при которомъ ипотека чаще всего возникаетъ съ записью существенныхъ пунктовъ обезпечиваемаго ею личнаго требованія въ ипотечную книгу, благодаря чему и въ теоріи укоренилось выраженіе „ипотечное требованіе“ въ прижизненіи къ ипотецѣ, хотя бы теоретикъ и признавалъ ипотеку за строго вещное право. Отсюда, все, что есть долговаго въ ипотецѣ кодекса, это есть лишь та общаѣ, больше эконоическаѣ, чѣмъ правовая идея долга, которая ничѣмъ не вскрывается въ организаціи ипотеки, но, по бытовому воззрѣнію, крестя въ послѣдней, ибо въ жизни ипотека служитъ кредиту²⁾. Отсюда, какъ только собственникъ, лицо имѣетъ лишь право, а не обязанность удовлетворить ипотечныхъ кредиторовъ полностью, если не хочетъ, чтобы его недвижимость подверглась нападению со стороны ипотечныхъ кредиторовъ. А то обстоятельство, что ипотечный кредиторъ не можетъ самозачно воздѣйствовать на вещь, а долженъ обратиться къ судебной помощи,—дѣйствительно, отличаетъ современную ипотеку отъ римской; по это было извѣстно съ самой эпохи реценціи, и само по собѣ это не имѣетъ рѣшающаго значенія для конструкции ипотеки²⁾. А разъ реквизиція является формой осуществленія права ипотеки, она съ необходимостью направляется противъ собственника недвижимости. Послѣднее направленіе дано съ реквизиціей.

По право кредитора не сводится теперь и къ одной только реквизиціи. Оно лишь осуществляется въ послѣдней, содержаніе же его обширное. Подводя итоги сказанному, мы и должны, пока для ипотеки Панолеонова кодекса, признать, что эта ипотека не носитъ въ собѣ ничего висзапнаго, поваго и неожиданнаго, сравнительно съ ипотекой эпохи реценціи,—и лишь въ той же

¹⁾ Только въ этомъ смыслѣ Дерибурѣт и оставляетъ идею долга въ ипотецѣ Германскаго Уложенія, открыто отказавшагося, кетати сказать, отъ германнистическаго ея строенія. (См. очерк. Уложенія).

²⁾ Ср., между прочимъ, Kohler, Pfandrechtliche Forschungen.

мѣръ она представляетъ черты германской obligation и римской hypotheca, въ какой это было извѣстно французскому праву съ самаго начала эпохи ренессанса, именно: общая сущность ипотеки—римская (абсолютное вещное право, поражающее вещь въ ея цѣновомъ моментѣ), осуществленіе ея и вел конкретная постановка, особенно организациі оборота ея,—германскія, со-временныя. Все сказанное, безъ остатка, относится, конечно, и къ ипотекамъ на самого себя, извѣстной декрету 9 mess., ибо природа ипотеки не зависитъ отъ того, является она аксессуаріемъ или самостоятельнымъ правомъ ¹⁾.

Я умышленно коснулся германистическаго ученія въ примѣненіи къ кодексу, чтобы показать, насколько это ученіе шатко. На примѣрѣ кодекса слабость его особенно сказывается, а между тѣмъ для германскихъ правъ германисты чаще всего имѣютъ не больше данныхъ для оправданія своего ученія, чѣмъ для кодекса, какъ это мы и увидимъ своевременно.

VI. Рангъ и порядокъ ипотеки и привилегій регулируется въ кодексахъ съ значительными отступленіями отъ закона VII г. и крайне запутанъ. Основное начало, которымъ опредѣляется порядокъ какъ между ипотеками, такъ и между привилегіями,—это начало записи ипотеки и привилегій. Моментъ записи и есть моментъ, опредѣляющій рангъ ипотеки и привилегій ²⁾, и это не только внутри той и другой группы—т. е. внутри привилегій особо и внутри ипотеки особо, но и въ отношеніяхъ привилегій и ипотеки другъ къ другу ³⁾. Ипотечные кредиты, записанные въ одинъ день, имѣютъ и одинъ рангъ, и не имѣютъ значенія то обстоятельство, что ипотеки записаны до или послѣ полудня, хотя-бы чиновникъ и отмѣтилъ въ записи часъ дня ⁴⁾.

¹⁾ Кассо, напротивъ, ставитъ въ тѣсную внутреннюю связь самостоятельность ипотеки и ея свойство, какъ права на положительное дѣйствіе со стороны должника. По ученію Кассо отличается и отъ ученія германистовъ. По мнѣнію Кассо, отличіе современной ипотеки отъ римской—въ томъ, что въ современномъ правѣ предоставленіе залога влечетъ утрату искости по личному требованію, обезпеченному залогомъ; а въ то же время лично-долговой моментъ приводитъ въ самое ипотечное отношеніе.

Проѣвка взгляда Кассо будетъ дана нами понуто, по мѣрѣ развитія ученія о строеніи ипотеки въ разныхъ современныхъ законодательствахъ. Здѣсь же напередъ замѣчу, что 1) мы не встречаемъ въ современномъ правѣ по указанному пункту различія между законодательствами, по которымъ ипотека является аксессуаріей, и такими, по которымъ она является самостоятельной; 2) мы не знаемъ, чтобы установленіе ипотеки влекло утрату искости для личнаго обязательства, кромѣ рѣдкихъ случаевъ изъ ср. в. в., въ современномъ правѣ, напротивъ, самостоятельная ипотека съ самаго своего возникновенія чаще всего не предполагаетъ вовсе наличности личнаго требованія; 3) и эта современная самостоятельная ипотека часто открыто признается строго вещнымъ правомъ; 4) Обязательственный моментъ ипотечнаго права, если-бы даже его допустить, по существу своему имѣетъ иную природу, чѣмъ долговое отношеніе, обезпечиваемое ипотекой. Последнее даетъ кредитору право осуществленія его на все имущество должника, тогда какъ первый всестыло ограничивается экзекуціей на заложенную недвижимость. Вотъ почему аксессуарная ипотека и борется съ таковымъ усѣхомъ съ самостоятельной ипотекой.

²⁾ Art. 2134, 2106.

³⁾ Art. 2106, 2113, 2109—2111.

⁴⁾ Art. 2147.

Но это основное начало терпитъ рядъ исключеній и модификацій.

1. *Исключенія.* Мы уже знаемъ, что существуетъ рядъ ипотеки и привилегій, или не подлежащихъ вовсе записи, или же въ своемъ дѣйствіи не зависящихъ отъ записи ихъ.

Изъ привилегій такими являются генеральныя привилегіи на движимость, или, что то же, привилегіи общія движимостямъ и недвижимостямъ. Эти привилегіи занимаютъ первое мѣсто при удовлетвореніи изъ недвижимости, впрочемъ настолько, насколько онѣ не удовлетворены изъ движимостей ¹⁾.

Изъ ипотеки такими являются ипотеки жены и подопечныхъ. Ихъ рангъ опредѣляется моментомъ возникновенія того отношенія, которое обезпечивается ими ²⁾.

2. *Модификаціи.* Таковыя, какъ намъ извѣстно, установлены въ кодексахъ для записи привилегій, специально относящихся до недвижимости ³⁾. Для вопроса о рангѣ привилегій имѣютъ значеніе модификаціи при записи привилегій: 1) сонаследника на подлежащее раздѣлу имѣнье, 2) соучастника общаго собственности на подлежащее раздѣлу имѣнье, 3) кредиторомъ и легитимаріемъ на наследство, принимаемое съ beneficium inventarii. Записи этихъ привилегій, совершенная при первыхъ двухъ изъ нихъ въ теченіе 60 дней, а при третьей—въ теченіе 6 мѣсяцевъ, имѣетъ обратную силу къ моменту возникновенія обезпечиваемаго привилегіей состоянія, и рангъ ихъ опредѣляется возникновеніемъ этого состоянія; хотя-бы за указанные сроки въ 60 дней или 6 мѣс. и послѣдовала запись другихъ ипотеки, послѣднія уступаютъ тѣмъ привилегіямъ ⁴⁾.

Такимъ образомъ, въ итогъ получается крайне пестрая картина, гдѣ общее начало записи, какъ рѣшающее вопросъ о порядкѣ привилегій и ипотеки, прорѣзывается въ различныхъ направленіяхъ еще довольно значительными исключеніями ⁵⁾.

Общую схему распорядка ипотеки и привилегій по кодексу можно выразить лишь двумя положеніями: 1. Первое мѣсто при удовлетвореніи всегда принадлежитъ генеральнымъ привилегіямъ на недвижимость. 2) За ними идутъ въ перемежку всѣ привилегіи и ипотеки по порядку момента возникновенія ихъ, при чемъ при однихъ это будетъ моментъ записи, при другихъ же—моментъ наступленія отношенія, обезпечиваемаго ипотекой или привилегіей, и, далѣе, при однихъ—записи обыкновенная, при другихъ—модифицированная.

¹⁾ Art. 2105 въ связи съ art. 2104 и 2101.

²⁾ Art. 2135.

³⁾ Art. 2103.

⁴⁾ Выше.

⁵⁾ Не говорю уже о недостаткахъ редакціи и ея неточностяхъ, могущихъ ввести юриста въ сомнѣніе, какъ, напр., art. 2103 при наличности art. 2106, 2108 и 2113 въ ихъ совокупности, или—art. 2105 п. 2 при наличности art. 2106—2113, или art. 2096 и 2097.

Въ концѣ-концовъ ипотечная книга не дастъ представленія о мѣстѣ, которое займетъ установленная въ данный моментъ ипотека при удовлетвореніи ея въ ряду другихъ ипотекъ и привиллегій. А это уже коренной недостатокъ ипотечной системы.

По мѣсту ипотеки удовлетворяется п %'ое требованіе въ размѣрѣ %'а за текущій годъ и недоимки за 2 истекшихъ года. Если же недоимка обезпечена особой ипотекой въ суммѣ, превышающей означенную величину, она имѣетъ свой особый рангъ ¹⁾.

VII. *Уступка ипотекъ и привиллегій* не регулируется кодексомъ специально; но изъ косвенныхъ упоминаній кодекса мы узнаемъ, что она облегается въ автентическую форму ²⁾, записи не подлежатъ ³⁾ и даетъ ипотечному цессіонарію, какъ цессіонарію привиллегій, всѣ тѣ права, какія имѣлъ цедить („en lieu et place“) ⁴⁾. Отсюда ясно, что кодексъ не признаетъ начала fides publica ипотечнаго реестра для ипотечныхъ отношеній. 3-й добросовѣстный пріобрѣтатель ипотеки не защищенъ отъ возраженій на ипотеку, и въ его рукахъ ипотека такъ же точно оспарима, какъ и въ рукахъ перваго ея пріобрѣтателя, изъ всѣхъ матеріальныхъ и формальныхъ оснований, сопровождавшихъ возникновеніе или дальнѣйшее существованіе ея. Впрочемъ, этотъ недостатокъ fides p. свойственъ и закону VII г. и несвойственъ лишь закону III г., им. его ипотекѣ на самого себя. И этотъ недостатокъ — существенный для интересовъ реального кредита.

Но кодексъ отстываетъ назадъ, сравнительно съ закономъ VII г., въ томъ отношеніи, что звинчивъ вещи влечетъ по кодексу прекращеніе ипотекъ, установленныхъ лицомъ, у котораго вещь звинцирована, — чего законъ VII г. уже открыто не допускаетъ.

VIII. *Прекращеніе ипотеки и привиллегій*. Кодексъ, подобно декрету III г. и нѣсколько отступая отъ закона VII г., трактуетъ отдѣльно о двухъ моментахъ прекращенія ипотекъ и привиллегій: 1) наступленіи матеріальнаго основанія къ прекращенію и 2) погашеніи по книгѣ. При чемъ, первое и носитъ названіе прекращенія ⁵⁾, тогда какъ второе — вычеркиванія ⁶⁾.

1. Ипотеки и привиллегіи прекращаются: 1^o, съ прекращеніемъ главнаго обязательства, ими обезпечиваемаго; 2^o, съ отказомъ кредитора отъ ипотеки; 3^o, съ очисткой ипотекъ и привиллегій; 4^o, давностью — погасительной въ пользу личнаго должника, держателя недвижимости, и пріобрѣтательной въ пользу 3-го держателя недвижимости ⁷⁾. Первые два и четвертый случаи регулируются общими началами гражданского права, третій же случай выдѣляется въ особое ученіе объ очисткѣ.

1) Art. 2151.

2) Art. 2152.

3) Этому кодексъ нигдѣ не требуетъ.

4) Art. 2152, 2112.

5) Кн. III т. XVIII г. VI.

6) Eod. гл. V.

7) Art. 2150.

2. Погашеніе въ реестрѣ (radiation) слѣдуетъ на основаніи соглашенія заинтересованныхъ сторонъ, имѣющихъ способность на совершеніе такого соглашения, или же въ силу судебного приговора, послѣдовавшаго специально по дѣлу о погашеніи или же по спору иного рода, приведенному судъ къ постановленію о погашеніи записи ¹⁾. Въ обоихъ случаяхъ лица, требующія погашенія записи, предъявляютъ въ судъ конію съ автентическаго акта, содержащаго соглашеніе, или судебный приговоръ ²⁾.

Требованіе погашенія въ случаѣ, когда не состоялось добровольное соглашеніе о томъ, предъявляется въ трибуналь округа, въ вѣдомствѣ коего совершена запись, за нѣкоторыми точными исключеніями ³⁾.

Погашеніе записи предписывается приговоромъ суда въ случаѣ: когда запись совершена безъ основанія, указаннаго закономъ, и безъ титула, или когда она послѣдовала на основаніи неправильнаго или прекратившагося или удовлетвореннаго титула, или тогда, когда привиллегія или ипотека прекратилась однимъ изъ законныхъ способовъ ⁴⁾.

Кодексъ, наконецъ, усвоилъ начало закона VII г., что запись теряетъ силу ipso jure по истеченіи 10 л., если не возобновлена ⁵⁾.

IX. *Очистка привиллегій и ипотекъ* усваивается и кодексомъ и регулируется различно для ипотекъ, запись которыхъ обязательна, и для ипотекъ, дѣйствіе коихъ не зависитъ отъ записи.

1. Договоры, которыми передается право собственности на недвижимость, или на недвижимыя вещи права, если пріобрѣтатели пожелають очистить послѣднія отъ ипотекъ и привиллегій, должны быть полностью записаны (transcrits) хранителемъ ипотекъ, въ округѣ вѣдомства котораго находятся недвижимость. Транскрипція эта заносится въ предназначенный для того реестръ, и хранитель выдаетъ удостовѣреніе о томъ просителю ⁶⁾. Но простая транскрипція передаточныхъ актовъ собственности въ реестръ хранителя ипотекъ еще не очищаетъ ипотекъ и привиллегій, обременяющихъ пріобрѣтенныя недвижимость. Отчуждатель передаетъ пріобрѣтателю лишь тѣ полномочія, которыя самъ имѣлъ на недвижимость, и съ тѣми же обремененіями, которыя лежали на недвижимости, когда онъ были въ рукахъ отчуждателя ⁷⁾. И если новый собственникъ желаетъ обезпечить себя отъ послѣдствій actio hypothecaria кредиторовъ отчуждателя ⁸⁾, отъ обязанъ еще или до открытія преслѣдованій его со стороны такихъ ипотечныхъ кредиторовъ, или же, самое позднее, въ теченіе 1 мѣс., считая со дня перваго обращеннаго къ нему тре-

1) Art. 2157.

2) Art. 2158.

3) Art. 2159.

4) Art. 2160.

5) Art. 2154. Нѣкоторыя подробности въ art. 2146. — 10 лѣтъ дѣйствія записи, какъ видно изъ преній въ Госуд. Сов., установлены въ виду безпорядочной системы реестровъ.

6) Art. 2181.

7) Art. 2182.

8) Гл. VI т. XVIII кн. III.

бования, сообщить кредиторамъ по условному ихъ домицилію: 1^о, извлеченіе изъ передаточнаго акта, содержащее дату и свойства акта, имя и точное обозначеніе отчуждателя, природу и положеніе отчужденной ему недвижимости; если дѣло идетъ о союкупности недвижимостей, — то указывается лишь общее наименованіе цѣлаго и округа, въ которыхъ располагается совокупность недвижимостей; далѣе указывается цѣна недвижимости и обремененія, зачисленные въ продажную цѣну или оцѣнку недвижимости, если таковая имѣла мѣсто; 2^о, извлеченіе изъ трапскрипціи акта продажи; 3^о, таблицу въ три колонны, изъ которыхъ первая должна содержать дату ипотекъ и записей ихъ; вторая — имена кредиторовъ; третья — сумму записанныхъ кредитовъ ¹⁾. Въ томъ же актѣ пріобрѣтатель заявляетъ, что онъ готовъ немедленно удовлетворить долги и ипотечныя требованія, по только въ размѣрѣ цѣны, уплаченной имъ за недвижимость, или цѣны, въ которую онъ (въ случаѣ даренія) оцѣниваетъ вещь и при томъ, безъ различія зрѣлыхъ и еще не созрѣлыхъ требованій ²⁾.

Разъ новый собственникъ совершилъ такое оповѣщеніе въ установленный для того срокъ, всякій кредиторъ, чей титулъ записанъ, можетъ потребовать продажи недвижимости съ публичнаго торга, — но на слѣдующихъ условіяхъ: 1^о. Требованіе послѣдняго рода должно быть сообщено новому собственнику въ теченіе 40 дней, самое позднее, считая съ момента извѣщенія кредиторовъ, послѣдовавшаго по просьбѣ новаго собственника, прісчитывая сюда еще извѣстный поверстный срокъ на разстояніе, отдѣляющее условный домицилій отъ дѣйствительнаго домицилія кредитора. 2^о Требованіе это должно указывать готовность даннаго кредитора отвѣчать за повышеніе цѣны на торгахъ на $\frac{1}{10}$ противъ цѣны, уплаченной пріобрѣтателемъ за имѣнье или установленной имъ въ сообщеніи, сдѣланномъ кредиторамъ. 3^о. Подобное же оповѣщеніе кредиторъ долженъ совершить и предшественнику — собственнику недвижимости, первоначальному должнику. 4^о. Подлинный и копіи съ акта оповѣщенія подписываются кредиторомъ, требующимъ продажи недвижимости съ торговъ, или его прокураторомъ, прилагающимъ, въ такомъ случаѣ, и копію съ полномочнаго акта. 5^о. Кредиторъ обязуется представить достаточную cautio, обезпечивающую имущественныя послѣдствія принятаго имъ шага. Все это требуется подъ страхомъ ничтожности требованія кредиторомъ публичной продажи ³⁾.

Если кредиторы не потребуютъ своевременно и по формѣ публичной продажи недвижимости, — то цѣна недвижимости остается окончательно фиксированной въ размѣрѣ, означенномъ въ пріобрѣтательномъ актѣ или въ оцѣнкѣ, данной пріобрѣтателемъ (случай даренія), и этотъ послѣдній освобождается отъ всѣхъ привилегій и ипотекъ, обременяющихъ недвижимость,

1) Art. 2183.
2) Art. 2184.
3) Art. 2185.

если только уплатитъ такую цѣну кредиторамъ (по порядку ихъ ипотекъ) или если депонируетъ ее ¹⁾.

Если же дѣло дойдетъ до публичной продажи недвижимости по требованію кредиторовъ вышеуказаннаго рода, — то такая продажа совершается по правиламъ о принудительномъ отчужденіи, заботами потребовавшаго ея кредитора или и новаго собственника. Добывающійся продажи указываетъ въ афишахъ цѣну, условленную въ договорѣ купли или установленную самимъ пріобрѣтателемъ, и тотъ прибавокъ, за который обязался отвѣчать кредиторъ, въ ожиданіи устѣха публичной продажи ²⁾.

Пріобрѣтатель съ публичнаго торга обязуется, сверхъ цѣны имѣнья, возстановитъ лишенному владѣнію пріобрѣтателю издержки, совершонныя имъ на заключеніе договора о пріобрѣтеніи собственности, трапскрипцію и хлопоты по перепродажѣ ³⁾.

Если пріобрѣтатель по договору купли или даренію удержитъ за собою недвижимость, дать и на торгахъ высшую цѣну за нее — онъ не нуждается болѣе и въ трапскрипціи приговора о присужденіи ему недвижимости на торгахъ ⁴⁾.

Отказъ кредитора, потребовавшаго торговъ, не приостанавливаетъ послѣднихъ, даже если бы кредиторъ внесъ ту $\frac{1}{10}$ долю, за которую онъ отвѣчаетъ; но согласіе всѣхъ ипотечныхъ кредиторовъ на отказъ влечетъ прекращеніе производства ⁵⁾.

Пріобрѣтатель по договору, оказавшійся и адьюдикатаріемъ на торгахъ, имѣетъ регрессъ къ продавцу въ размѣрѣ суммы, на которую даннаго на торгахъ цѣна превышаетъ установленную въ договорѣ о пріобрѣтеніи цѣну, а также — интереса, излишняго противъ договорнаго, начиная со дня каждаго платежа ⁶⁾.

2. Способы очистки ипотекъ въ случаѣ, когда ипотекы не записаны на недвижимость мужей и опекуновъ.

Пріобрѣтатели недвижимости, обремененныхъ незаписанными ипотеками въ пользу женъ и недѣеспособныхъ, въ цѣляхъ очистки такихъ ипотекъ ⁷⁾, представляютъ копію съ пріобрѣтательнаго акта въ канцелярію гражданского трибунала по мѣсту нахождения недвижимости и оновѣщаютъ по формѣ, съ одной стороны, жену или subrogé tuteur, а съ другой — государственнаго прокурора, состоящаго при трибуналѣ, о совершонномъ ими предъявленіи въ трибуналъ копіи пріобрѣтательнаго акта.

Извлеченіе изъ пріобрѣтательнаго акта, содержащее дату послѣдняго, имена и фамиліи, званія и домицилій договорившихся о переходѣ собствен-

1) Art. 2186.

2) Art. 2187.

3) Art. 2188.

4) Art. 2189.

5) Art. 2190.

6) Art. 2191. Детали въ art. 2192.

7) Art. 2193.

ности сторонъ, обозначеніе природы и положенія имѣній, цѣны и другихъ условій пріобрѣтенія, афишируется и афиша остается пакленной въ аудиторіи трибунала въ теченіе 2-хъ мѣс. Въ теченіе этого срока жены, мужья, опекуны, subrogés tuteurs, малолѣтніе, недѣеспособные (interdits), родственники или друзья, и государственныи прокуроръ приглашаются: одни—требовать, другіе—совершить въ бюро храненія запись ипотекъ на отчужденную недвижимость; эта запись имѣть такое же дѣйствіе, какъ если бы она послѣдовала въ день совершенія брака или вступленія опекуна въ свои обязанности,—т. е. въ день возникновенія обезпечиваемаго ипотеками отношенія. Однако, этимъ не отмѣняется преслѣдованіе мужей и опекуновъ какъ мошенниковъ (stellionataires), разъ только они установили 3-мъ лицамъ ипотеку, не открывъ имъ о существованіи законныхъ незаписанныхъ ипотекъ¹⁾.

Если въ теченіе 2-хъ мѣсяцевъ, пока вывѣшено извлеченіе изъ пріобрѣтательнаго акта, не будетъ совершено записи ипотеки со стороны женъ и подопечныхъ на отчужденныя недвижимости, послѣднія переходятъ къ пріобрѣтателю безъ всякаго бремени въ пользу жены и подопечныхъ; послѣднимъ остается только искъ къ мужу и опекуну. Если же запись и послѣдовала со стороны женъ и подопечныхъ, но если есть старѣйшіе ипотечные кредиты, чѣмъ притязанія женъ и подопечныхъ, поглощающіе цѣну въ цѣломъ или въ части, пріобрѣтатель все равно освобождается отъ выдачи цѣны или доли цѣны женамъ и подопечнымъ, разъ онъ уже выдалъ эту цѣну или долю цѣны другимъ кредиторамъ, ипотеки которыхъ входятъ въ число удовлетворимыхъ (en ordre utile); запись ипотекъ въ пользу женъ и подопечныхъ зачеркиваются или во всей суммѣ, или въ долѣ, уже уплаченной пріобрѣтателемъ другимъ кредиторамъ. Если же запись въ пользу женъ и малолѣтнихъ оказываются на старѣйшими, то пріобрѣтатель не можетъ совершить платежа цѣны въ ущербъ этимъ записямъ; тогда зачеркиваются записи другихъ ипотекъ, на долю которыхъ изъ цѣны недвижимости уже ничего не приходится²⁾.

X. *Осуществленіе ипотеки* совершается въ общемъ порядкѣ экзекуціи на недвижимости, по требованію кредитора, какого бы ранга онъ ни былъ; по требованіе это имѣть мѣсто лишь спустя 30 дней послѣ востребованія долга (commandement), совершоннаго кредиторомъ въ отношеніи первоначальнаго должника, а если недвижимость перешла въ 3-ьи руки, то—и востребованія (sommation), совершоннаго въ отношеніи 3-го держателя недвижимости объ уплатѣ созрѣлаго долга или оставленіи недвижимости³⁾.

Экзекуція на недвижимости въ кодексѣ значительно смягчается, сравнительно съ революціонными законами, особенно декретомъ 9 mess. По кодексу, допускается и удовлетвореніе кредитора изъ плодовъ и доходовъ отъ недвижимости, если этотъ способъ сулитъ удовлетвореніе кредитора въ те-

1) Art. 2194.
2) Art. 2195.
3) Art. 2169.

ченіе 1 г. (art. 2212). Въ остальномъ производство регулируется въ code de proc. civ. и характеризуется современными чертами.

XI. *Пріобрѣтеніе права собственности*. Какъ таковое, пріобрѣтеніе собственности не связывается какой-либо транскрипціей и совершается въ силу автентическаго договора¹⁾; только дареніе недвижимостей, способное къ обремененію ипотеками, подлежитъ транскрипціи, которая какъ бы замѣняетъ прежнюю инсинуацію, исчезнувшую въ кодексѣ²⁾.

Но въ виду ипотекъ и ради очистки недвижимости отъ ипотекъ, какъ мы уже знаемъ, требуется транскрипція пріобрѣтательнаго акта при обремененныхъ ипотеками и привилегіями имѣньяхъ³⁾. Эта транскрипція и во все не была пропикнута началомъ приближенія, вообще слабо проведеннаго въ кодексѣ. Она не была и обязательна для пріобрѣтателя, а только составляла его право, если пріобрѣтатель желалъ воспользоваться имъ, чтобы очистить имѣніе отъ ипотекъ⁴⁾.

Такимъ образомъ, и на вопросъ о легитимации книжнаго собственника на распоряженіе недвижимостью вообще и на установленіе ипотекъ на недвижимость въ частности, а тѣмъ болѣе на вопросъ объ обязательности распоряженія книжнаго собственника для матеріальнаго собственника,—кодексъ даетъ отрицательный отвѣтъ и этимъ возвращается къ до-революционному правообразованію. При обсужденіи кодекса въ Госуд. Совѣтъ Treillard предлагалъ оставить за транскрипціей значеніе, принадлежавшее ей по закону VII г. Но Tronchet возсталъ противъ подчиненія переходовъ собственности началу публичнота, мотивируя, что это было бы посягательствомъ на собственность (désastreux par ses conséquences attantatoire au droit de propriété), ибо тогда двадцатилѣтній владѣлецъ недвижимости былъ бы вынужденъ уступить мѣсто новичку, если только послѣдній совершитъ транскрипцію своего пріобрѣтенія. Наполеонъ боялся мобилизаціи недвижимостей, которая казалась ему нездоровой экономической системой. Вопросъ о болѣе тонкомъ различіи дѣйствія публичной транскрипціи для отношеній ипотечнаго оборота и для всего вотчиннаго оборота не затрогивался и въ результатѣ полная паденія транскрипціи получилось, что эвикція недвижимости влечетъ гибель и записанныхъ ипотекъ, установленныхъ не настоящимъ собственникомъ т. е. получился подрывъ всему ипотечному режиму. Съ другой стороны тамъ, гдѣ транскрипція требуется, она или совсѣмъ не нужна, такъ какъ не имѣетъ никакого практическаго значенія⁵⁾, или неправомерно выдвинута въ виду ея незначительности⁶⁾.

1) Art. 1582, 83 и др.

2) Art. 931, 939 и слѣд.

3) Кн. III т. XVIII гл. VIII и IX.

4) Особ. ясно изъ art. 2181.

5) Cp. Besson, стр. 98—107.

6) См. art. 2180.—Code de proc. civil. art. 834 совершаетъ другую непослѣдовательность, допуская запись ипотекъ предшественника по собственности на преемника въ теченіе 5 дней, но тоже не исключая ея въ случаѣ транскрипціи.

ХII. *Формальное ипотечное право* ¹⁾ регулируется кодексомъ въ духѣ закона VII г., но отрывочно, очевидно въ предположеніи того, что существующая по закону VII г. 21 Ventose организациа остается и впредь дѣйствительной. Упомянутая заслуживаетъ лишь старое нелѣпное начало, усвоенное и кодексомъ, что пропущенная въ справкѣ, выдаваемой хранителемъ ипотекъ приобретателямъ недвижимостей, ипотека или привиллегія прекращаетъ свое дѣйствіе въ отношеніи приобретателя, но сохраняетъ таковое въ отношеніи недоплатенной цѣны за недвижимость, при добровольномъ отчужденіи, и въ отношеніи выручки на торгахъ, пока порядокъ распределенія не завершится, при принудительномъ отчужденіи; паче и говорить, что какъ чиновникъ, такъ и личный должникъ отвѣтственны передъ ипотечнымъ кредиторомъ ²⁾. Это начало имѣетъ въ виду, очевидно, интересы очистки и не можетъ служить исходнымъ пунктомъ для какого-либо построения publicae fides книгъ или извлеченій вообще для системы кодекса. Отметимъ, наконецъ, что и въ кодексѣ ипотечный режимъ не поражаетъ одновременно всѣхъ владѣній; послѣднія привлекаются къ нему лишь по мѣрѣ вступленія въ ипотечный оборотъ.

Этотъ порядокъ тѣмъ удобенъ, что оберегаетъ расходы на подчиненіе недвижимости режиму; но онъ еще того вреднѣе, что создаетъ опасность двойнаго подчиненія недвижимости режиму.

ХIII. *Заключеніе*. Кодексъ Наполеона отказался отъ всѣхъ усилій, которые сдѣлали революціонныя мѣры въ области урегулированія вотчинно-ипотечнаго оборота. Ни начало внутренняго публицитета, ни начало строгаго специалитета не нашли въ немъ признанія не только въ отношеніи вотчиннаго, но даже въ отношеніи специально ипотечнаго оборота. Даже то слабое выраженіе, которое эти начала получили въ кодексѣ, подверглось разностороннимъ ограниченіямъ, изъ которыхъ нѣкоторые подтачивали все зданіе ипотечной системы. Можно сказать, что кодексъ какъ-бы враждебно относится къ реальному кредиту и вотчинному обороту, особенно же къ тѣмъ новымъ устоямъ гражданской жизни страны, которые были приобретены такою дорогой цѣною, какъ революція. „Notre Code civil, говорятъ Flour-de-Saint-Genis, dans un fâcheux esprit de réaction contre le mouvement réformiste de 1789, reprit les traditions de la claudistinité romaine et multiplia les exceptions et les privilèges, se posant ainsi en contradiction manifeste avec les principes de la société nouvelle issue de la Révolution ³⁾“.

§ 66. *Послѣдующія за кодексомъ законодательныя и другія мѣры, направленныя на его примѣненіе.*

Ближайшія къ кодексу законодательныя мѣры занимаютъ развитіемъ заложенныхъ въ кодексѣ началъ и чаще всего возвращаются въ кругъ идей

¹⁾ Кн. III т. XVIII гл. X.

²⁾ Art. 2198.

³⁾ Flour de Saint-Genis, Le crédit territorial en France et la réforme hypothécaire, стр. 3. См. еще Besson, стр. 98—107, Rendel, гл. II § VI.

кодекса; но иногда онѣ выходятъ за кругъ этихъ идей; въ общемъ же онѣ больше усложняютъ пеструю систему кодекса, чѣмъ упрощаютъ ее.

I. Больше всего хлопотъ надѣлало практикѣ, какъ и слѣдовало ожидать, начало негласности законныхъ ипотекъ женъ и подопечныхъ.

На практикѣ скоро обнаружилось, что очень часто эти ипотеки не записывались; въ цѣляхъ очистки ихъ, приобретателю недвижимости слѣдовало извѣщать управомоченныхъ, а между тѣмъ мѣсто жительства послѣднихъ часто вовсе нельзя было и узнать. Затрудненія вызвали мнѣніе Госуд. Сов. отъ 1 іюня 1807 г. ¹⁾, предписывавшее: ограничиваться въ подобныхъ случаяхъ: 1) констатированіемъ факта неизвѣстности domicilia интересентовъ въ объявленіи, которое направляется прокурору по случаю очистки такихъ ипотекъ; 2) заявленіемъ, дѣлаемымъ въ томъ же объявленіи, что приобретатель будетъ публиковать, вмѣсто оновѣщенія интересентовъ ad domum, въ журналѣ, по формѣ, предписанной уст. гражд. судопроизв. на случай паложенія запрещенія на недвижимость; 3) действительнымъ опубликованіемъ факта перехода собственности, а если въ округѣ нѣтъ и журнала, то публикаціи замѣняются удостовѣреніемъ прокурора о томъ, что журнала нѣтъ. Срокъ для совершенія записи законныхъ ипотекъ со стороны жены и подопечныхъ течетъ тогда съ момента совершенія публикацій или съ момента полученія отъ прокурора удостовѣренія о томъ, что въ департаментѣ нѣтъ журнала.

Легко себѣ представить, какъ усложнились и запутались формы отъ этого новаго нездороваго шага по пути отступленія отъ начала публицитета и вовсе не на пользу беззащитнымъ.

2. На практикѣ возникъ и другой вопросъ: нужно-ли возобновлять каждыя 10 лѣтъ записи законныхъ ипотекъ женъ и подопечныхъ? Госуд. С. отвѣтилъ утвердительно на этотъ вопросъ и установилъ рядъ началъ, держась строго буквы закона ²⁾.

3. Наконецъ, сомнѣніе вызывалъ вопросъ о томъ, должны-ли беззащитные пользоваться предоставленными имъ льготами даже тогда, когда отпало основаніе къ тому, т. е. когда состояніе беззащитности болѣе не существуетъ: жены стали вдовами, недѣеспособные—дѣеспособными? Вспомнимъ, что до кодекса законодательство отвѣчало на этотъ вопросъ отрицательно. Но Госуд. Совѣтъ разрѣшилъ утвердительно: „должны“ ³⁾.

II. Судебная ипотека признается и въ случаѣ административныхъ condemnations и contraintes, издаваемыхъ администраторами въ кругѣ ихъ компетенціи; способы и условія установленія этихъ ипотекъ тѣ же, что и судебныхъ. Погашеніе ихъ не требуется передъ общими судебными трибуналами; а когда оспаривается основаніе права,—стороны отсылаются къ административной власти ⁴⁾.

¹⁾ Duvergier XVI, 147.

²⁾ Duvergier XVI 239.

³⁾ Eod. XVIII 239.

⁴⁾ Eod. XV 65.

Позднѣ Гос. Сов. пошелъ еще дальше, признавъ contraintes, поставляемыя таможенной администраціей, за частный случай contraintes, служащихъ титуломъ для судебной ипотеки, и потому дающими судебную ипотеку, подчиненную общимъ началамъ таковой¹⁾).

Наконецъ, судебная ипотека признается спутницей и постановленийъ административныхъ органовъ, фиксирующихъ начеты на контаблеи общины и публичныхъ учреждений²⁾).

III. Расширяется и кругъ привилегій на недвижимости, именно создается привилегія фиска на недвижимости контаблей, запись которой слѣдуетъ на льготныхъ условияхъ³⁾ 4).

§ 67. Территориальныя завоеванія Наполеонова кодекса.

Ипотечный режимъ Наполеонова кодекса получилъ, вмѣстѣ со всемъ гражданскимъ кодексомъ, широкое распространеніе, отчасти благодаря оружію Наполеона, отчасти же благодаря общимъ достоинствамъ гражданского кодекса. Съ тѣми или иными частичными измѣненіями, а отчасти и усовершенствованіями онъ сталъ достояніемъ какъ большинства романскихъ государствъ, такъ и другихъ, напр. освобожденныхъ отъ турецкаго владычества юныхъ славянскихъ государствъ и Греціи, наконецъ, нѣкоторыхъ колоній. Вообще онъ дѣйствуетъ теперь, или недавно еще примѣнялся, кромѣ Франціи, въ Бельгіи, Монако, Италіи, Локсембургѣ, Голландіи, Эльзасѣ и Лотарингіи, пререйнскихъ германскихъ странахъ, Швейцаріи романской, Румыніи, Греціи, Луизианѣ, Канадѣ, Плиппонсѣ и др⁵⁾).

Г Л А В А III.

Реакція Наполеонову кодексу и дальнѣйшія судьбы французскаго права.

§ 68. Первая половина 19 ст.

I. Какъ ни велико было общее обаяніе Наполеонова кодекса во Франціи и далеко за ея предѣлами, доказательствомъ чего служить уже широкое распространеніе кодекса въ Европѣ, — тѣмъ не менѣе на утро же послѣ изданія его въ самой Франціи начинается движеніе, враждебное ипотечному режиму кодекса. „Съ самаго 1804 г. это разнородное по составу, темное по духу и крайне усложненное законодательство не переставало обсуждаться и осуждаться. Тысячи судебныхъ рѣшеній, пытавшіяся согласить правосудіе съ

1) Eod. XVIII 54.

2) Tripiet, Codes Fr. 1898 подъ art. 2123 C. civ.

3) Eod. подъ art. 2098.

4) Другія мѣры см. у Duvergier, XXVIII 490, XLVI 339, XV 241, XVI 178, XXIII 432, XVII 276, и Tripiet, eod. прил. стр. 239, прил. къ art. 2108 c. civ., и прил. 1 къ кн. III tit. XVIII гл. XVIII Code c.

5) См. очерки режима этихъ странъ у Besson, ч. III.

текстомъ закона, самымъ своимъ разнообразіемъ и противорѣчiami представляють импозантный и неопровержимый комментарий недостатковъ и пробѣловъ кодекса¹⁾. Въ 1812 г. адвокатъ Anthoine, а въ 1819 г. Jourdan высказываютъ въ периодической прессѣ рѣзкія порицанія ипотечному режиму кодекса за „ses éléments hétérogènes, ses dispositions inapplicables, ses antinomies insolubles, ne produisant que tourmens pour les interprètes et procès pour les justiciables“²⁾).

И чѣмъ дальше кодексъ дѣйствуетъ, тѣмъ сильнѣе становится реакція къ нему. Въ 1826 г. Казиміръ Перье объявляетъ конкурсъ для научныхъ работъ на тему: „Какіе недостатки и пробѣлы замѣчаются во Французскомъ правѣ—законодательствѣ и административныхъ распоряженіяхъ—регулирующемъ заемъ подъ ипотеку? Какія существуютъ препятствія приливу капиталовъ къ этому виду сдѣлокъ? Наконецъ, на какихъ основаніяхъ лучше всего можно было бы организовать ипотечный режимъ, чтобы онъ оказался совершеннымъ и вписался гармонію въ соотношеніе интересовъ фиска, заемщиковъ и ссужателя, которые въ правѣ требовать надежныхъ гарантій для открываемаго ими кредита?“³⁾.

Конкурсъ К. Перье встрѣтилъ живѣйшій откликъ среди французскихъ юристовъ, особенно практиковъ, въ—тайнѣ питавшихъ недовольство къ кодексу и только сдерживавшихся передъ высокимъ его авторитетомъ. На заданную тему послѣдовали рядъ интереснѣйшихъ и отчасти своеобразныхъ работъ, послужившихъ, въ свою очередь, поводомъ къ живому литературному обмѣну мнѣніями и ожесточеннымъ спорамъ разныхъ направленій юридической мысли, такъ что отголоски споровъ были слышны уже долго спустя послѣ назначенія конкурса Перье.

Мы напомнимъ лишь наиболѣе характерныя направленія мысли этой эпохи. Ихъ было три: 1) Одно направленіе представляли работы Decourdemenche⁴⁾, Loreau⁵⁾ и Hébert⁶⁾; 2) другое направленіе представлено работой Anthoine de Saint-Joseph⁷⁾; 3) третье направленіе принялъ Alban d'Hauthuille⁸⁾.

Всѣ эти три группы юристовъ сходятся въ томъ, что ипотечный режимъ кодекса неудовлетворителенъ и нуждается въ измѣненіяхъ, по въ указаніи усовершенствованій ипотечнаго режима всѣ три группы сильно расходятся другъ съ другомъ.

1) Flour-de-Saint Genis. стр. 3.

2) Besson, стр. 108, Flour-de-Saint Genis, стр. 3.

3) Передаю по труду Hébert, De quelques modifications importantes à introduire dans le régime hyp. Paris-Rouen. 1841, стр. 3.

4) Du danger de prêter sur hyp. Paris 1830.

5) Du crédit foncier et des moyens de le fonder. Paris 1841.

6) De quelques modifications importantes à introduire dans le régime hyp. Paris Rouen 1841.

7) Concordance entre les lois hyp. étrangères et françaises. Paris 1847.

8) De la révision du régime hyp. Paris 1893. — Перечень другихъ работъ см. у Besson, 110.

1) Первое направление получило название у самих французов имматрикуляционной системы¹⁾. Представители его предлагают утвердить кредит на личном началѣ, гдѣ обезпеченіемъ кредита служила бы вся совокупность имущественныхъ отношеній, группирующихся около извѣстнаго лица, и всю эту совокупность отношеній они предлагают подчинить началу публичитета, путемъ имматрикуляціи въ извѣстные реестры всей судьбы лица и его имущественныхъ отношеній. Это начало проводится 3-мя представителями имматрикуляціоннаго направленія не съ одинаковой энергіей. Наибольше утонченную систему рисуетъ Decourdemanche, наибольше сдержанную — Legerau; среднее положеніе занимаетъ Hébert.

Насколько предложеніе имматрикуляціонистовъ, представленное въ общей формулѣ, еще можетъ быть признано заслуживающимъ хотя нѣкотораго вниманія, настолько же детальное развитіе его оказывается у творцовъ имматрикуляціонной системы невозможно слабымъ. И если я остановлюсь на деталяхъ, то лишь для того, чтобы показать, до какого безвкусія доходила иногда французская юридическая мысль въ разрѣшеніи строго практическихъ вопросовъ права.

Необходима, по мысли имматрикуляціонистовъ, для развитія кредита, опись, въ особыхъ ипотечныхъ реестрахъ, гражданъ съ ихъ имуществомъ. Hébert требуетъ записи въ реестръ всѣхъ гражданъ съ самаго момента рожденія ихъ и всѣхъ приобретаемыхъ гражданами предметовъ, движимыхъ и недвижимыхъ. Legerau ограничиваетъ требованіе записью всѣхъ гражданъ, владѣющихъ недвижимостями.

По предложенію Legerau, наибольше умѣренного, подъ именами гражданъ вносятся въ реестръ, прежде всего, всѣ права собственности на недвижимости. Последнія отмѣчаются въ реестръ согласно кадастру, составленному въ цѣляхъ взиманія налоговъ. Отчужденія и приобретеныя поземельной собственности записываются тамъ съ указаніемъ актовъ, по которымъ они послѣдовали.

Въ этихъ же реестрахъ указываются и всѣ тѣ событія, которые вліяютъ на дѣеспособность лица, и вытекающія отсюда перемѣны для права лица вступать въ обязательства и распоряжаться недвижимостью, какъ то: возрастъ лица, лишеніе его дѣеспособности, запрещеніе и снятіе запрещеній, лишеніе гражданскихъ правъ и т. п. съ указаніемъ основаній ко всѣмъ этимъ измѣненіямъ въ положеніи лица; далѣе, туда же заносятся: открытіе несостоятельности и реабилитация лица, деклараціи объ отсутствіи, бракъ, брачныя договоры, раздѣльное жительство супруговъ и раздѣльное имущество; акты товарищества и прекращеніе послѣдняго; наконецъ, всѣ ипотеки — договорная, судебная, законная и арестъ недвижимости.

Туда же заносится и фактъ смерти лица, принятіе или отклоненіе наследства, оставленнаго имъ и т. д. и т. д. Decourdemanche, наибольше утонченный, насчитываетъ до 50 видовъ различныхъ актовъ, которые должны подлежать записи въ реестръ, и еще, по неосмотрительности, многіе забываетъ.

¹⁾ Alban d'Hautville стр. 55.

Коренное начало имматрикуляціонной системы, конечно, составляетъ опредѣленіе домиціліи лица. Первоначальнымъ домиціліемъ служитъ мѣсто рожденія лица. При перемѣнѣ же домиціліи лицо заявляетъ о томъ какъ въ мѣстѣ, откуда оно выбываетъ, такъ и въ мѣстѣ, куда оно прибыло. Иностранцы имѣютъ домицілію въ Парижѣ.

Обязанности заботиться о публичитетѣ Decourdemanche и Hébert распредѣляютъ между разными административными и судебными учреждениями по принадлежности, дѣйствующими иногда по просьбѣ сторонъ, иногда же ex officio, — и ипотечными чиновниками; Legerau же все возлагаетъ и соединяетъ въ рукахъ однихъ ипотечныхъ чиновниковъ, устанавливая дѣятельную связь ихъ со всѣми административными и судебными органами.

Для удобства акты содержатся въ ипотечныхъ бюро въ подвижныхъ папкахъ.

Акты, совершенные лицомъ не въ мѣстѣ его домиціліи, пересылаются въ учрежденіе по мѣсту домиціліи. Legerau хочетъ добиться этимъ путемъ двойного публичитета и рекомендуетъ еще сообщеніе актовъ, совершенныхъ по мѣсту положенія недвижимости, въ мѣсто домиціліи, и обратно.

Но для пересылки чиновники должны знать домиціліи лицъ. Для этого стороны обязаны освидѣлять чиновниковъ, предъявляя особый сертификатъ, высланный ими изъ установленія, завѣдующаго гражданскимъ состояніемъ лицъ.

Наконецъ, чтобы система дѣйствовала надежно, прожекторы обставляютъ каждый шагъ лица и каждое дѣйствіе его требованіемъ акта въ автентической формѣ.

На очерченной формально-правовой базѣ, по мысли Decourdemanche, долженъ былъ быть построенъ реальный кредитъ на началѣ генеральной ипотеки и обремененъ въ форму, аналогичную, по мобилизаціонной способности, *cédules hypothécaires* декрета 9 messidor.

Громоздкость имматрикуляціонной системы и ненадежность ея, особенно какъ базы для мобилизаціи кредита, такъ очевидны, что система не заслуживаетъ и обстоятельной критики. Она можетъ быть сколько-нибудь оправданной только во Франціи, такъ какъ выражаетъ собою коренную идею французскаго права, проникнутаго началомъ личности, какъ основы всѣхъ отношеній, и генеральной ипотеки, какъ основы кредита¹⁾.

2. Второе направленіе можетъ быть названо германистическимъ. Представитель его, Anthoine de Saint-Joseph, привлекая исторію права и сравнивая французское право съ германскимъ того времени, высказывается за усвоеніе началъ германскаго типа, т. е. реальной системы, внутренняго публичитета и полнаго специалитета ипотекъ всякаго рода. Исторія стояла за это направленіе, но современники автора возражали ему, указывая на непрактичность его предложеній и несогласіе его съ духомъ французскаго права. Не-

¹⁾ См., однако, критику его у Alban d'Hautville, 62—79, и отчасти у Troplong, *De priv. et. hyp.* Paris 1854 введ. стр. VII—VIII.

практичность мотивировалась крайней парцелляцией французского землевладения, вследствие чего германская система причинила бы много хлопот и лишней сложности, и тормазила бы движение собственности; несоответствие же германской системы духу французского права видяли в томъ, что французамъ противна опека власти надъ подданными, воплощенная въ началъ легалитета, дороги молчаливыя, законныя ипотеки и дороги еще больше того идеи естественнаго права и справедливости, не укладывающіяся ни въ какую практическую систему ¹⁾.

3. Третье направление, представленное Alban d'Hauthuille, сводится къ удержанию коренныхъ устоевъ ипотечнаго режима кодекса, но только съ измѣненіями второстепеннаго значенія, которыя бы устранили обнаружившіяся на практикѣ неудобства. Предлагаемыя измѣненія такъ незначительны, что не заслуживаютъ и развитія.

II. 1. Какъ бы то ни было, но вопросъ о реформѣ ипотечнаго режима кодекса, настойчиво поставленный и въ различныхъ направленіяхъ освѣщаемый литературными работами юристовъ и публицистовъ, не замедлилъ появиться и на трибунахъ политическихъ собраний и законодательныхъ учрежденій ²⁾. Въ періодъ съ 1830 и до 1843 г. двадцать девять conseils généraux выражали и возобновляли голоса, благоприятствующіе ревизіи ипотечнаго права кодекса. Въ засѣданіи 16 апр. 1836 г. членъ палаты депутатовъ Laville заявилъ, что ревизія ипотечнаго права, требуемая экономическими интересами Франціи, не можетъ и не должна имѣть иной базы, какъ только полное и безусловное признаніе принципа публицитета. „Публицитетъ есть первое условіе всякаго ипотечнаго режима, говорилъ депутатъ, по онъ является иллюзіей и даже опаснымъ учрежденіемъ при наличности института тайныхъ ипотекъ женъ и подопочныхъ“. И президентъ палаты Dupin, участвовавшій въ преніяхъ, констатировалъ, что въ ипотечномъ правѣ Наполеонова кодекса содержится внутреннее противорѣчіе, опасное какъ для реального кредита, такъ и вообще для оборота недвижимыхъ имѣній. Послужившая поводомъ къ преніямъ петиція была направлена къ хранителю печатей, и министръ финансовъ заявилъ, что правительство воспользуется парламентскими ваканціями для изготовленія проекта закона объ ипотекахъ.

2. Непосредственно результата отъ этого не получилось. Но вотъ черезъ 5 лѣтъ послѣ того выходятъ два закона: 1) объ экспроприации недвижимостей въ государственныхъ нуждахъ и 2) о принудительномъ отчужденіи недвижимостей. Изданіе этихъ законовъ, въ виду близкаго сопряженія ихъ съ ипотечнымъ режимомъ, дало новый толчокъ назрѣвшему вопросу о реформѣ ипотечнаго режима. Правительство, сознавая родственность вопросовъ, рѣшила приступить и къ изслѣдованію вопроса о коренной реформѣ ипотечнаго права. Циркулярномъ министра юстиціи отъ 7 мая 1841 г.

¹⁾ См. Alban d'Hauthuille, eod. стр. 35 и слѣд.

²⁾ См. къ дальнѣйшему изложенію Besson, 110, Flour-de-Saint-Genis, стр. 4 и слѣд., Rondel, гл. III § 1, 2 и 3.

приглашали кассационный судъ, апелляціонные суды и юридическіе факультеты высказать мотивированное мнѣніе о тѣхъ условіяхъ, которымъ должна удовлетворить ревизія ипотечнаго права.

Призывъ былъ не только услышанъ, но и встрѣченъ живымъ откликомъ разнообразныхъ установлений. Въ результатъ получился блестящій сводъ матеріаловъ въ 3-хъ томахъ, содержащій лучшее изслѣдованіе Наполеонова кодекса и его ипотечнаго режима. Анкета 1841 г. поставила вопросъ о коренной реформѣ института на твердую почву, какой онъ раньше и не имѣлъ еще ¹⁾.

Подводя итоги анкетъ, мы получаемъ слѣдующія данныя. Въ то время, какъ въ замѣчаніяхъ на проектъ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса только лучшіе трибуналы высказывались за публицитетъ, большинство же высказывалось за негласность ипотекъ, теперь, черезъ 40 лѣтъ, уже большинство судовъ стоитъ за публицитетъ закона VII г., и не только за публицитетъ ипотекъ, но и за публицитетъ другихъ вещныхъ правъ, особенно же переходовъ собственности. Лишь въ подробностяхъ суды расходятся. Одни предлагаютъ распространить публицитетъ и на случаи перехода собственности по сдѣлкамъ mortis e., другіе считаютъ это излишнимъ. Одни предлагаютъ распространить публицитетъ на все вещныя права—собственность, сервитутъ, ипотеку,—другіе же ограничиваются важнѣйшими и чаще всего составляющими предметъ оборота вещными правами, какъ собственность и ипотека; нѣкоторые ограничивались, впрочемъ, одной ипотекой. Колебались и по вопросу о томъ, установить ли связь ипотечной системы съ кадастромъ, и, если установить, то въ какое соотношеніе поставить обѣ системы. Колебаясь встрѣчались и во взглядѣ на организацію самой записи, именно установить ли запись экстрактивную или дословную актовъ сдѣлокъ. Большинство судовъ высказывалось за запись переходовъ собственности съ такимъ значеніемъ, чтобы публицитетъ записи дѣйствовалъ только въ отношеніи 3-хъ лицъ, являясь средствомъ для 3-хъ лицъ распознать собственника, какъ это имѣло мѣсто въ германскомъ типѣ того времени, но не являясь безповоротнымъ установительнымъ актомъ собственности, противъ котораго не допускался бы никакой споръ; такимъ образомъ, по мысли судовъ, установительный актъ можетъ быть оспариваемъ и по записи, но только въ отношеніяхъ первыхъ контрагентовъ передаточной сдѣлки. Напротивъ, публицитетъ ипотеки большинство предлагаетъ сдѣлать абсолютнымъ. Рекомендовались разныя мѣры къ урегулированію судебной ипотеки въ сторону ея упраздненія или ограниченія, какъ института нецѣлесообразнаго и неправомѣрнаго. Дѣйствительно, судебная ипотека служитъ наградой личному кредитору, который предупредить другихъ кредиторовъ предъявленіемъ взысканія къ должнику. Услуга небольшая передъ обществомъ, награждать которую во вредъ другимъ кредиторамъ неправомѣрно. Лучшее — запрещеніе, которое служить на

¹⁾ Анкета носитъ названіе Documents relatifs au régime hypothécaire et aux réformes qui ont été proposées, publiés par ordre du garde des sceaux. Paris, 1841.

пользу всем личным кредиторамъ. Комиссія, назначенная министромъ изслѣдовать документы, приготовила проектъ ипотечнаго режима въ духѣ анкеты. По февральская революція прервала работы.

3. Президентъ республики въ своемъ Arrêté отъ 15 июня 1849 г. одобрилъ образование новой комиссиі съ той же цѣлью. Эта комиссія выработала новый проектъ, который и былъ направленъ въ Госуд. Совѣтъ декретомъ 27 дек. 1849 г. По обсужденіи въ госуд. совѣтѣ, проектъ былъ направленъ въ національное собраніе 4 апр. 1850 г. Национальное собраніе передало его въ парламентскую комиссію, уже занимавшуюся реформой.

Проектъ носитъ названіе „проекта 1850 г.“. Послѣ нѣкоторыхъ измѣненій въ разныхъ законодательныхъ комиссиахъ и учрежденіяхъ, проектъ покоился на слѣдующихъ основныхъ началахъ: Вещныя права всякаго рода—собственность, сервитутъ ипотека и т. д.—возникаютъ, переходятъ изъ рукъ въ руки и прекращаются по сдѣлкамъ, подлежащимъ публицитету, достигаемому записью ихъ въ ипотечныя книги. Публицитетъ и специалитетъ ипотеки полный; ипотека признается неоспоримой даже въ рукахъ перваго приобретателя. Не составляютъ исключенія изъ общаго начала и легальныя ипотеки женъ и подопечныхъ. Кругъ привилегій ограничивается. Ипотека дѣйствительна со дня записи. Она получаетъ точный специалитетъ въ отношеніи суммы и предмета. Будущія приобретенія ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть заранѣе обременены ипотекой. Такъ какъ ипотеки женъ и подопечныхъ подлежатъ записи на общемъ основаніи, то принимаются еще болѣе суровыя мѣры къ тому, чтобы онѣ неукоснительно записывались и чтобы интересы беззащитныхъ, такимъ образомъ, не страдали отъ принципа публицитета. Публицитетъ собственности, выражающийся въ транскрипціи, ограничивается, по традиціи закона VII г., интересами 3-хъ лицъ, но всѣхъ 3-хъ, а не только ипотечныхъ кредиторовъ. Такимъ образомъ, въ отношеніяхъ отчуждателя и приобретателя записанное приобретение можетъ быть оспорено, но 3-мъ записаннымъ приобретателямъ и ипотечнымъ кредиторамъ ревидикація и резолюція не причиняютъ ущерба, такъ какъ для нихъ содержаніе книгъ—истина;—развѣ что о ревикціи была совершена отмѣтка въ реестрѣ, тогда послѣдующія за отмѣткой записи гаснутъ, если ревикція или резолюція удалась¹⁾. Проектъ допускаетъ индоссаментъ для ипотечныхъ требованій, измѣняетъ форму записи, продляетъ ея дѣйствіе. Такимъ проектъ былъ послѣ перваго чтенія.

Но вотъ, во второмъ чтеніи проектъ претерпѣваетъ значительныя измѣненія. Устанавливается обратное дѣйствіе резолюціи, т. е. прекращенія собственности паличнаго владѣльца съ возвращеніемъ ея предшественнику по

¹⁾ Не могу не отмѣтить, что юристы усматривали внутреннее противорѣчіе въ одинаковомъ отношеніи проекта къ случаю, когда оспаривается право непосредственнаго приобретателя, и къ случаю, когда оно оспаривается у 3-го обладателя его. Юристы предпочитаютъ лучше вовсе отказаться отъ publicis f. книги, чѣмъ такъ различать отношенія. См. Besson, 117, 114 и др. Такое непониманіе практическихъ цѣлей организаціи, очевидно заимствованной у немцевъ.

праву въ силу извѣстныхъ условій (С. с. n^o. 1654). Публицитетъ ипотеки уславливается опять ограниченный, законныя ипотеки женъ и подопечныхъ признаются опять тайными и генеральными, и только предоставили женѣ право отказываться отъ ипотеки въ брачномъ договорѣ, да возложили обязанность на овдовѣвшихъ женъ и созрѣлыхъ подопечныхъ—записывать ипотеку въ теченіе 1 года по отпаденіи недѣеспособности.

Третье чтеніе не успѣло завершиться, какъ послѣдовалъ coup d'État со стороны Наполеона III, что повлекло паденіе самой законодательной ассамблеи.

4. Новое правительство не могло забыть ипотечной реформы, столь тѣсно связанной съ экономическими потребностями времени. Но, съ другой стороны, Наполеонъ III, сознавая непрочность своего положеніе и не обладая личными качествами, могущими внушить авторитетъ, нуждался въ опорѣ посторонняго авторитета. Такимъ былъ культъ его предка Наполеона I. Воскресить память этого предка значило, въ частности, возвелчить его кодексъ и провозгласить послѣдній совершенствомъ законодательной мудрости, недоступнымъ упрекамъ и неподлежащимъ никакой, хотя-бы частичной, поправкѣ. За сотрудниками дѣло не шло. „La vérité juridique n'était pas le souci dominant des hommes d'État de 1855“¹⁾.

Въ виду этихъ-то противоположныхъ тенденцій правительство Наполеона III и находитъ выходъ изъ затруднительнаго положенія, издавъ два специальныхъ законодательныхъ акта, имѣющихъ генетическую связь съ реформационнымъ движеніемъ 50-хъ годовъ, именно: 1) специального декрета отъ 28 ф. 1852 г. и, въ дополненіе къ нему, закона отъ 10 іюля 1853 г., организовавшихъ crédit foncier, и 2) закона 23 марта 1855 г., содержащаго право транскрипціи.

Издавая специальный декретъ 28 ф. 1852 г. о crédit foncier и законъ 10 іюля 1853 г. о томъ же, правительство внесло въ нихъ лучшія черты проекта 1850 г., желая этимъ внести суррогатъ общей неудовлетворительной постановкѣ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса и облегчить участь сельскаго хозяйства хотя отчасти. При этомъ правительство хотѣло первоначально учредить посредническія общества между сельскими хозяевами, нуждающимися въ кредитѣ, и капиталистами, ищущими помѣщенія своихъ капиталовъ подъ вѣрныя гарантіи, представляемая ипотекой, къ общей пользѣ обѣихъ сторонъ. Но, послѣ нѣкотораго опыта, рѣшили централизовать все это дѣло въ рукахъ одного учрежденія, именно Crédit foncier de France, что и осуществили въ декретѣ 6 іюля 1854 г. Это учрежденіе оказалось обладателемъ монопольныхъ правъ и важныхъ привилегій, покровительствующихъ ему въ его операціяхъ и облегчающихъ реализацію ссудъ и экзекуцію.

Такъ, запись ипотеки, совершаемая Crédit f. de France, освобождается отъ возобновленія каждыя 10 л. и сохраняетъ силу на все время займа.

¹⁾ Besson, 121.

Чтобы обеспечить учреждению приоритет его ипотеки, ему предоставили право и вынудили в обязанность очистку записных ипотек, каковое право не принадлежало вовсе сузателям, а только приобретателям недвижимости. Производство очистки упростили до такой степени, что издержки его удешевились в 10 раз сравнительно с издержками на производство очистки, совершаемой другими лицами. А закон 10 июля 1853 г., изменяя декрет 1852 г. 28 ф., обострил и еще больше привиллегию, предоставив факультативную очистку и сократив процедуру, вместе же с тем подчеркнул монопольный характер привилегии, заявив, что эти очистки, совершаемые Crédit f. de France, не служат на пользу другим кредиторам, которые по прежнему подчиняются правилам об очистке, установленным кодексом Наполеона.

Таким образом, то, что следовало бы сделать общей нормой для всех граждан, провели в виде специального закона, даже в виде привилегии одного кредитного учреждения. От этого получилась несправедливая привилегия, осуждаемая многими юристами за то, что она не оправдывается каким-либо общественным интересом, и следует дать исключительные выгоды единичным частным личностям, спекулирующим на наживу, отчего эта привилегия и становится ненавистой формой монополии ¹⁾. В конце-концов учреждение Crédit f. de France внесло только новые осложнения и несообразности в общее право ипотеки кодекса.

Но и учреждение Crédit f. со всеми его привилегиями имело все еще Ахиллесову пяту в виде негласности и необеспеченности переходов права собственности. Что мог Crédit f. подделывать в том случае, когда обремененное его ипотекой имущество выдвигается или когда происходит резолюция собственности в силу art. 1654 С. с. по случаю неуплаты цены? Ничего! Пока переход собственности не основан на публицитете, хотя бы только в интересах ипотечного оборота, ипотечный кредитор обеспечен публицитетом ипотеки только наполовину. Частной мэри организации Crédit f. должен был бы предшествовать общий закон о публицитете переходов собственности.

Такой-то общий закон и последовал послѣ частной мэри, — это именно закон 23 марта 1855 г. о транскрипции. Этот закон опять воспроизводит проект 1850 г. во 2-м его чтении, но только не в целом, а в части, касающейся вещных прав, исключая ипотеки, и менѣ всего встретившей возражений в свое время, так как начала ее были скромны и сводились къ расторжению публицитета закона VII г.

Сущность права закона 1855 г. следующая: Подлежат транскрипции в бюро хранения ипотек, по месту нахождения недвижимости: 1°, всякая сделка между живыми о переходе как собственности на недвижимость, так и других вещных прав, способных быть предметом ипотеки; 2°, всякий акт, содержащий отказ от таких прав; 3°, всякий судебный приговор,

¹⁾ См. Besson, 120, Flour-de-Saint-Genis, 28, Rondel, 206 и след.

провозглашающей существование словесного соглашения вышеуказанного содержания; 4°, всякий приговор, присуждающий недвижимость, кроме приговоров о разделе наследства или общей недвижимости. Дальше подлежат транскрипции: 1°, всякий акт, которым устанавливается аптекреза, сервитут, usus, habitatio; 2°, акты содержащие отказ от этих прав; 3°, судебный приговор, провозглашающий существование этих прав в силу словесного соглашения; 4°, аренда, на срок свыше 18 лет; 5°, акты и судебные приговоры, коими признается даже при более краткосрочной аренде квитанция или цессия в суммѣ, равной уплатѣ аренды за 3 неистекших года.

Действие транскрипции прежде всего характеризуется отрицательно. До совершения ей права, вытекающей из сделок и судебных приговоров, выше перечисленных, не могут быть противопоставлены 3-м лицам, имѣющим права на ту же недвижимость и обеспечившим себя транскрипцией их, транскрипцией и т. п. законными мэрами. Таким образом, транскрипция ничего не изменяет в отношении непосредственных контрагентов, да, кажется, и не дает ничего; но она дѣлает отношение публичным для 3-х лиц, и для этих 3-х лиц запись создает veritas, которой в оборот и в отиошениях къ записанным в книгу управомоченным 3-м лицам и могут доверяться. Всякий судебный приговор, провозглашающий отмену, ничтожность или прекращение акта о переходе собственности, подлежит в месячный срок, с момента вступления его в законную силу, отмене на полѣ реестра, против транскрипции. И представитель тяжущейся стороны, выигравшей процесс об отмене приобретательного акта (avocat), обязуется, под штрафом в 100 фр., совершить такую отмену.

Но, затѣм, действие транскрипции и положительное. Начиная с транскрипции, кредиторы, имѣющие титулы привилегий и ипотеку судебных и договорных против прежнего собственника, уже не могут совершить запись их против нового собственника. О законных ипотеках не говорится, так как они дѣйствуют по кодексу и без записи, и без записи же бремя их переходит вместе с недвижимостью на нового приобретателя. Кроме того, продавец и соучастник в недвижимости могут записать свои привилегии в течение 45 дней со дня совершения акта отчуждения или раздельного акта, невзирая на транскрипцию каких-либо актов, совершенных за этот период, и, очевидно, с дѣйствием къ моменту возникновения их привилегии.

Резолюция акта приобретения, установленная в art. 1654 С. с. в пользу прежнего собственника на случай неуплаты цены, прекращается, раз только право резолюции не записано своевременно, т. е. в течение 45 дней; право это превращается в простой титул ипотеки, действительность коей начинается с момента записи ее; но право резолюции прекращает свое действие только в ущерб 3-м лицам, приобретающим на недвижимость права от приобретателя и принявшим мэры къ их сохранению, т. е. записавшим их. Это означает, с одной стороны, публицитет транскрипции для 3-х лиц, а с другой — ограничение его случаями погашения привилегии.

легий, такъ что, въ случаѣ свѣременной записи привилегій продавца, право резолюціи сохраняется и осуществленіе этого права все равно влечетъ уничтоженіе всѣхъ записанныхъ противъ новаго пріобрѣтателя ипотекъ и привилегій.

Вдовы, созрѣлые малолѣтніе и освобожденные отъ состоянія интердикціи лица, какъ равно ихъ наследники и репрезентанты, не предпринявшіе записи въ теченіе 1 г. съ момента прекращенія ихъ состоянія беззащитности, сохраняютъ ипотеку дѣйствительной въ отношеніи 3-хъ лицъ не иначе, какъ только со дня записи, если не предпринять послѣднюю въ теченіе указанного 1 года.

Въ случаяхъ, когда жены могутъ цедировать свои легальныя ипотеки или отказаться отъ нихъ, эта цессія и отказъ облакаются въ автентическую форму; цессіонаріи сохраняютъ дѣйствительными эти ипотеки въ отношеніи 3-хъ лицъ не иначе, какъ только въ силу записи ихъ или въ силу отмѣтки сукцессіи ипотекъ на полѣ ипотечнаго реестра противъ прежней записи. Даты записей и отмѣтокъ и опредѣляютъ порядокъ ипотекъ въ отношеніи прочихъ ипотекъ и привилегій.

Переходное право регулируется въ общемъ духѣ закона нерѣшительно, казуистично, слабо, вяло. Прежнія сдѣлки не подлежатъ гласности; тѣмъ менѣе законодатель хотѣлъ одновременнаго подчиненія гласности всѣхъ поземельныхъ владѣній.

Подводя итоги этому праву закона 23 марта 1855 г., нельзя не согласиться во многомъ съ суровой критикой его, данной Besson ¹⁾. Въ итогѣ, говорить Besson, всѣ новшества, которыя бы реагировали на кодексъ Наполеона, были выпущены, напр. занесъ законныхъ ипотекъ. Публицитетъ былъ сведенъ къ „timide paraphrase“ закона VII г. Не хотѣли ни углубиться въ исторію, ни заглянуть въ другія законодательства; не хотѣли даже устранить безпорядки, вошедшіе въ формальное ипотечное право закона 21 ventôse an VII. Оставили прежнюю систему веденія ипотечныхъ книгъ по лицамъ собственниковъ, а не по недвижимостямъ, нисколько даже не подозрѣвая преемственности организации, имѣющей базой самую землю.

Съ другой стороны, законодатель лишь съ крайней сдержанностью и какъ-бы сожалѣніемъ развиваетъ примѣненіе начала публицитета, прибѣгая къ ограничительному перечисленію актовъ и множество ихъ освобождая отъ дѣйствія публицитета. Самая редакция статей закона наводитъ на такое подозрѣніе. Законъ, сверхъ того, безпринципенъ, казуистиченъ и въ нѣсколькихъ артиклахъ пытается замазать дыры существующаго строя, слабого во всѣхъ отношеніяхъ. Исключенія, отступленія отъ общаго правила еще болѣе продырявили начало публицитета. Но что особенно странно въ этомъ законѣ, такъ это то, что законъ не затронулъ публицитета ипотекъ, т. е. защиты 3-го пріобрѣтателя ипотеки противъ оспариванія послѣдней изъ матеріальныхъ оснований. И тутъ законъ вѣрнѣе своему прообразу. Въ концѣ-

копцовъ публицитетъ этого закона такъ же, какъ и прежняго права, самъ по себѣ и безъ помощи давности обезпеченъ дать полную обезпеченность пріобрѣтенія собственности и ипотеки.

Но законъ 1855 г. все же кое-что сдѣлалъ, именно внесъ обезпеченность пріобрѣтенія со стороны 3-хъ лицъ, и устранилъ возможность гибели ипотеки въ случаѣ эвикціи, но, къ сожалѣнію, удержалъ резолюцію все еще въ предѣлахъ, опасныхъ для реальнаго кредита.

5. Самое больное мѣсто французскаго ипотечнаго режима, именно, негласныя законныя ипотеки женъ и подопечныхъ, и послѣ закона 1855 г. не перестаютъ беспокоить оборотъ и законодателя. Послѣдній все еще не рѣшается подчинить ихъ общему началу публицитета и, по прежнему, придумываетъ палліативы къ обезвреженію ихъ въ интересахъ оборота. Таково именно значеніе закона 13—15 ф. 1889 г. Законъ не заступаетъ мѣста арт. 9 закона 23 марта 1855 г. о цессіи или отказѣ жены отъ ея законной ипотеки, а лишь дополняетъ его въ слѣдующемъ: отказъ жены отъ ея законной ипотеки въ пользу пріобрѣтателя недвижимости, принадлежавшей мужу, влечетъ прекращеніе ипотеки и равносильно очисткѣ ея, начиная или съ момента транскрипціи акта пріобрѣтенія, если отказъ отъ ипотеки содержится въ актѣ, или же съ момента совершенія отмѣтки объ отказѣ отъ ипотеки на полѣ ипотечнаго реестра противъ транскрипціи пріобрѣтательнаго акта, если отказъ отъ ипотеки былъ совершонъ въ особомъ автентическомъ актѣ. Во всякомъ случаѣ, отказъ не имѣетъ силы и не влечетъ только что указанныхъ послѣдствій, если онъ не совершонъ въ автентической формѣ. Если нѣтъ открытаго соглашенія насчетъ отказа жены отъ ея ипотеки, такой отказъ не можетъ вытекать и изъ участія жены при совершеніи акта отчужденія обремененной ея ипотекой недвижимости, развѣ что она участвуетъ въ роли со-продавца, поручителя за мужа и т. п. Жена сохраняетъ все же право предпочтенія на цѣну отчуждаемой недвижимости; но это право она утрачиваетъ, если пріобрѣтатель съ ея согласія выплатилъ цѣну; далѣе, жена не имѣетъ такого права, если осуществленіе его причиняетъ ущербъ другимъ ипотечнымъ кредиторамъ. Участіе жены при отчужденіи или согласіе, данное ею въ актѣ отчужденія, указывающемъ и полную уплату цѣны за недвижимость, равно наличность поздне выданной пріобрѣтателю квитанціи въ уплатѣ имъ цѣны за недвижимость, влекутъ сукцессію (subrogation) законной ипотеки жены на проданную недвижимость въ пользу пріобрѣтателя, дѣйствующую и противъ другихъ ипотечныхъ кредиторовъ, съ низшими рангами, т. е. ипотеку собственника; но эта сукцессія не дѣйствуетъ въ ущербъ 3-мъ лицамъ, являющимся цессіонаріями законной ипотеки жены, обременяемой другія недвижимости мужа, по крайней мѣрѣ когда пріобрѣтатель не совершитъ транскрипціи акта пріобрѣтенія или отмѣтки объ актѣ, содержащихъ отказъ жены отъ ея ипотеки и влекущихъ очистку ея. Такимъ образомъ, новая подробность, новая оговорка, вносящая новыя усложненія въ

¹⁾ Стр. 121 и слѣд., ср. также Flour-de Saint-Genis, стр. 31.

оборотъ недвижимостей и только дѣлающая еще болѣе необходимой общую реформу ипотечнаго режима ¹⁾.

§ 69. Вторая половина 19 ст.

1. Движеніе въ сторону коренной реформы ипотечнаго режима Наполеонова кодекса, охватившее Францію въ первой половинѣ 19 ст., окончилось, такимъ образомъ, полной неудачей. А между тѣмъ потребность коренной реформы не только не уменьшилась, а напротивъ, выросла. И выросла она влѣдствіе измѣненій въ самомъ социальномъ строѣ французскаго народа. Влѣдствіе этихъ же измѣненій социальнаго строя, напротивъ, утратили значеніе прежнія препятствія къ реформѣ, особенно главное изъ этихъ препятствій, именно забота объ интересахъ женъ и подопечныхъ, легальная ипотека которыхъ и являлась, какъ мы могли въ этомъ убѣдиться, главнѣйшимъ такимъ препятствіемъ къ провозглашенію универсальнаго публицитета ипотекъ.

Облегчалась реформа и благодаря другимъ еще условіямъ, какъ, напримеръ, благодаря развитію во Франціи научнаго приѣма юридической мысли, извѣстнаго подъ именемъ сравнительнаго правовѣдѣнія, даваша современнымъ французамъ знаніе всего того, что сдѣлано въ интересующей области во всѣхъ, самыхъ отдаленныхъ отъ Франціи, уголкахъ вселенной и развившаго въ нихъ съ новой силой духъ критики къ своимъ домашнимъ правовымъ учрежденіямъ. Во 2-й половинѣ 19 ст. свѣтъ уже зналъ новый и самый смѣлый по замыслу ипотечный режимъ, опасный, но и благотворительный, требующій высокаго развитія гражданъ, но и вознаграждающій ихъ за то, — Актъ Торренса, и, благодаря вниманію, съ которымъ французы относятся теперь къ праву другихъ народовъ, передъ ними, рядомъ съ прежнимъ германскимъ образцомъ, сталъ новый, колониальный образецъ ипотечнаго режима, такъ что увеличился выборъ между типами режима.

Тѣмъ несомнѣе представлялась французская дѣйствительность, и тѣмъ смѣлѣе строились планы на будущее и тѣмъ, наконецъ, богаче становилась реформационная литература.

2. Разовьемъ эти положенія. Въ 90-хъ годахъ 19 ст., по свидѣтельству Flour-de-Saint-Genis ²⁾, французская земельная собственность представляла собою 100 миллиардовъ продажной цѣны; ею владѣло 20 милліоновъ гражданъ. Этихъ 2-хъ цифръ уже достаточно, чтобы убѣдиться, насколько правильная вотчина-ипотечная система являлась теперь насущной для французовъ, насколько реальный кредитъ сталъ національнымъ дѣломъ!

Вмѣстѣ съ тѣмъ измѣнились и другія экономическія и социальныя условія къ этому времени и именно въ томъ, что недвижимости, при всей ихъ

¹⁾ Besson, 123, Flour-de-Saint-Genis, 31. Другія мѣры отъ того же періода, см. у Davergier, разные томы, и Tripier, отчасти въ приложеніи, отчасти въ примѣчаніяхъ къ т. XVIII, кн. III.

²⁾ Стр. 33.

огромной роли въ жизни страны, перестали служить не только единственными, но даже и главнымъ видомъ имущества. Наше время характеризуется во Франціи, напротивъ того, ростомъ и преобладаніемъ движимаго имущества надъ недвижимымъ. Въ результатъ этихъ экономическихъ и социальныхъ измѣненій послѣдовало во Франціи печезновеніе режима приданаго и заступленіе мѣста его общеніемъ имущества супруговъ. А влѣдствіе этого утратилъ свое жизненное значеніе и институтъ законной ипотеки жены по поводу приданаго. Разъ институтъ приданаго пересталъ быть правиломъ и сталъ исключеніемъ, не было уже смысла ради ничтожнаго количества случаевъ, гдѣ только онъ встрѣчался, жертвовать для него благодѣтельнымъ началомъ публицитета и дѣлать изъ общаго начала публицитета исключеніе. Утратилъ въ своемъ значеніи и институтъ законныхъ ипотекъ подопечныхъ на имущество опекуна, и все по тѣмъ же причинамъ, что имущество гражданъ состояло теперь больше въ движимостяхъ, чѣмъ въ недвижимостяхъ ¹⁾. Тѣмъ болѣе утратили значеніе привилегія и ипотека фиска. А въ то время, какъ реформа становилась легче, потребность же въ ней острѣе, такъ какъ оборотъ развивался, недостатки дѣйствующаго ипотечнаго режима становились вопіющимъ зломъ. Раньше мы уже указывали ихъ неоднократно, но отмѣтимъ теперь одну сторону дѣла, чисто внѣшнюю, и изложимъ ее на основаніи свидѣтельства одного изъ хранителей ипотекъ ²⁾. Веденіе ипотечныхъ реэстровъ не по имѣніямъ, а по лицамъ собственниковъ, приводитъ къ тому, что въ дѣлахъ освѣдомленія объ ипотечкахъ, лежащихъ на извѣстной недвижимости, приходится перебирать всѣхъ собственниковъ недвижимости и изслѣдовать въ отношеніи каждаго изъ нихъ не только имуществовное, но и семейное и даже социальное ихъ положеніе, такъ какъ законныя ипотеки переходятъ съ имѣніемъ и въ 3-и руки и дѣйствуютъ даже тогда, когда прекратилось самое отношеніе, ихъ вызвавшее. Сколько же работы задаетъ эта система чиновнику и сторонамъ! Прибавьте къ этому недостатки актовъ, служащихъ базой формальностей, недостатки архивнаго распорядка дѣлъ и т. д. и т. д. Затѣмъ, записъ актовъ совершается дословно въ ипотечные реэстры; сколько отсеода работы чиновнику и сторонамъ, сколько приходится читать томовъ ненужныхъ документовъ!

Бордеро, на которыхъ записъ покоится, часто бываютъ ненадежны и неудовлетворительны, содержать ложь или неясно характеризуютъ существенныя свойства отношеній, лицо должника, свойства недвижимости и т. д. Отсеода рядъ новыхъ безвыходныхъ положеній.

Внѣшній публицитетъ состоитъ теперь въ одномъ только правѣ лица получить отъ хранителя сертификатъ, содержащій опись ипотечныхъ записей въ реэстрахъ. Эта опись, переполненная первоначальными записями и возобновленіями, отмѣтками объ отсрочкахъ, итогами раздѣловъ, отмѣтками о суброгаціи (сукцессіи) или папписементѣ, частичными погашеніями ипотекъ

¹⁾ Eod., стр. 81—89.

²⁾ Это именно Flour-de-Saint-Genis, стр. 129 и слѣд., 174 и слѣд.

по книгѣ и т. д. и т. д., возсоздающая безъ всякой въ томъ нужды соглашения и неоднократныя повторенія обычныхъ въ договорѣ оговорокъ (clauses), обозначенія недвижимостей въ описаніяхъ, очень часто получаетъ размѣры толстыхъ томовъ. Въ эти томы проситель и уходитъ, въ нихъ онъ и утопаетъ, оплачивая каждый томъ тѣмъ дороже, чѣмъ онъ туманнѣе и чѣмъ больше онъ способенъ ввести лицо въ заблужденіе... Отвѣтственность чиновниковъ—настоящая несправедливость, такъ какъ чиновникъ своей шкурой расплачивается за недостатки объективнаго права.

Въ виду всего этого становится неудивительнымъ то заключеніе, къ которому пришла „Секція экономическихъ и социальныхъ знаній конгресса французскихъ ученыхъ обществъ“, заседавшая въ Сорбоннѣ въ 1886 г., послѣ ряда засѣданій, въ которыхъ принимали участіе лучшіе ученые и знатоки дѣла: „La propriété rural est frappée d'un discrédit terrible. Le Code civil et le fisc semblent ligués contre elle... Le maintien des privilèges du Crédit Foncier est un danger. La réorganisation des livres fonciers suffirait pour faciliter les échanges et, par les échanges, le crédit de la terre. Notre régime hypothécaire est une épaisse broussaille où il faudrait sailler beaucoup pour marcher droit.

Tout peut se résumer en un mot: nécessité de simplifier le régime hypothécaire en le subordonnant d'une manière absolue aux lois de la spécialité et de la publicité“ 1). Это повторялось множество разъ и въ другихъ мѣстахъ и другими авторитетами 2).

И вотъ, вторая половина 19 ст. знаменуется новымъ реформаціоннымъ движеніемъ въ интересующей насъ области. Юридическіе факультеты Парижа, Кана, Тулузы задаютъ систематически для работъ темы, имѣющія предметомъ наибольшіе вопросы ипотечнаго права, особенно законную ипотеку женъ и подопечныхъ и ихъ очистку. Отсюда получается длинный рядъ изслѣдованій этого вопроса 3).

Привлекаетъ къ себѣ вновь вниманіе и анкета 1841 года, еще не утрачившая своего жизненнаго значенія.

Длинный рядъ журналовъ отвелъ шпотокъ въ 80-хъ гг. видное мѣсто среди своего содержанія 4).

Богатая монографическая литература вопроса была посвящена за это время той же злобѣ дня, при чемъ многія работы содержали и проектъ ипо-

1) Flour-de-Saint-Genis, 99—100.

2) Eod.

3) Для примѣра назову работы: Cordier, Corpel, Domin, Drouets, Dumont, Gérard, Gossart, Hubert, Lallier, Lebel, Leonbernat и мн. другія. Все это докторскія диссертациі, вышедшія за періодъ 1881—92 г., но служащія больше знаменіемъ времени, чѣмъ литературой вопроса, почему и не останавливались на нихъ вовсе.

4) Назовемъ для примѣра: Partie National, Globe, Journal des Fonctionnaires, Journal de l'enregistrement, Temps, Economiste français, Messenger de Paris, Revue Bibliographique, Revue Hypothécaire, Journal des Notaires et des Avocats, Journal des Economistes, Journal de la Société de Statistique de Paris, Journal officiel отъ 1888—89 гг. и мн. др.

течнаго режима 1). Вопросъ о реформѣ ставится и обсуждается и на разныхъ съѣздахъ ученыхъ, какъ, напр., въ извѣстной уже намъ секціи экономическихъ и социальныхъ знаній конгресса французскихъ ученыхъ обществъ, заседавшей въ Сорбоннѣ въ 1886 г. и другихъ 2). Наконецъ, въ связи съ международной Парижской выставкой 1889 г. былъ организованъ специальный международный конгрессъ, имѣющій задачей выясненіе вопроса о вотчинно-ипотечномъ режимѣ на началахъ, объединяющихъ въ этомъ отношеніи культурные народы,—это именно „Congrès International de la propriété foncière“, гдѣ вопросъ о реформѣ французскаго ипотечнаго режима подвергался опять всестороннему обсужденію. Отъ этого конгресса сохранилась постоянная коммиссія (commission permanente), въ которой и продолжалось въ девятидесятыхъ годахъ обсужденіе реформы. Дѣятельность конгресса и коммиссіи вызвали, въ свою очередь, интересныя работы 3).

3. Все эти работы содержатъ, съ одной стороны, картину ипотечнаго режима кодекса и критику этого режима, довольно солидарную и крайне благоприятную для кодекса; эта сторона работъ вращается въ кругѣ идей, уже очерченныхъ нами раньше; съ другой же стороны, работы указываютъ на желательныя измѣненія существующаго строя, и эта ихъ сторона составляетъ предметъ дальнѣйшаго изложенія.

Если не считать нѣкотораго утопическаго налета на отдѣльныхъ проектахъ, рисуемыхъ авторами изслѣдованій по ипотечному праву, то, по крайней мѣрѣ, господствующее большинство проектовъ можетъ быть подведено подъ два типа: 1) проекты, примыкающіе къ германскому типу ипотечнаго режима и 2) проекты, примыкающіе къ акту Торренса. И лишь одинокия предложенія все еще отзываются давно-прошедшимъ направленіемъ естественнаго права. Наоборотъ, ни одинъ проектъ не является сколкомъ съ чужаго права; напротивъ, все проекты пытаются примирить особенности роднаго права съ достоинствами чужихъ системъ.

1) Изъ проектовъ, составленныхъ по германскому образцу, болѣе или менѣе характерными являются а) проектъ Рауля де-ла Грассери и в) Шалламель.

1) Назову для примѣра: Jalouzet. Du concours entre l'inscription, la transcription et la saisie en matière hyp. Paris 1882; Flour-de-Saint-Genis, Le crédit territorial en France et la réforme hyp. Paris. 1889; Assc. Simple réflexions sur la réforme hyp. Châteaudun 1892; Barrault, Projet de loi hyp. Marseille 1894; ето же, Projet pour faciliter le prêt hyp. Marseille 1893; Besson, Les livres fonciers et la réforme hyp. Paris, 1891; Ducruet, Etudes sur l'hyp. légale des femmes. Lyon 1882; Raoul de la Grasserie, Etudes et réformes de législation. De la réforme hyp.; Legrand, Des Etats d'inscriptions hyp. Paris 1892; Leray. Etude historique sur le principe de la publicité. Paris 1886; Rondel, La mobilisation du sol en France. Paris 1888 и мн. др.

2) См. выше.

3) Таковы работы: Flour-de-Saint-Genis, цит. выше; Jules Challamel, Congrès international de la propriété foncière. Commission permanente. Rapport et projet de lois sur les privilèges et hypothèques. Paris 1892; Raoul de la Grasserie, Essai du projet de loi hyp. Présenté au Congrès international de la propriété foncière à Paris. Cession d'Oct. 1892. Paris 1892.

а) Проектъ де-ла Грассери передаетъ, въ общемъ, прусскій законъ 1872 г. съ едва замѣтными отклоненіями. Эти отклоненія принадлежатъ уже самому автору и представляютъ странности утопическаго свойства въ духѣ естественнаго права. Въ своемъ этюдѣ отъ 1891 г. „De la Réforme hyp.“ авторъ намѣчаетъ „типъ, идеаль ипотечнаго режима—научный и полный, составленный безъ вниманія къ тому, возможно ли нѣтъ его осуществленіе, безъ вниманія къ условіямъ даннаго мѣста и времени, безъ вниманія къ тому, какія поправки неизбежно должна внести сила условій съ идеальную систему и ея конвенціи“. А въ „Essai de projet de loi hyp.“, представленномъ на международный конгрессъ, авторъ облакаетъ ту свою мечту въ форму проекта. Но тутъ онъ уже устраняетъ изъ мечты все, что не можетъ имѣть непосредственнаго примѣненія, оставляя существенное и не подлежащее отозванію и въ то же время такое, что легко можно ассимилировать съ современнымъ правомъ Франціи. Проектъ не имѣетъ въ виду излагать детали и ограничивается тѣмъ, что намѣчаетъ общія черты ипотечнаго режима. „Le cadre scientifique“ остается въ проектѣ тотъ же, который свойственъ и утопическому этюду. Содержаніе проекта, какъ мы уже замѣтили, замѣстовано почти цѣликомъ изъ Прусскаго закона 1872 г. А „cadre scientifique“, принадлежащій творчеству самого автора, сводится къ той лишь неопределенности въ духѣ естественнаго права, что въ проектѣ недвижимостямъ унодобляются въ видахъ ипотечнаго режима: 1) морскія суда; 2) артистическая, литературная и промышленная собственность; 3) коммерческіе фонды; 4) должности (les offices ministériels), „исключая принудительнаго отчужденія ихъ и преслѣдованія ихъ въ 3-хъ рукахъ“ (sic); 5) доля наслѣдства до раздѣла послѣдняго.

Едва-ли нужно доказывать неопредѣленность этого „кадра“.

б) Шалламель представилъ на конгрессъ солидный проектъ, освѣщенный остроумными соображеніями.

I. Авторъ предпочитаетъ акцессорную ипотеку кодекса вотчинному долгу прусскаго закона 1872 г., какъ болѣе отвѣчающую правосудію въ тѣхъ случаяхъ, когда цѣны недвижимости недостаточно на удовлетвореніе кредиторовъ, и по этому принципиальному вопросу всецѣло становится на сторону кодекса.

II. Авторъ требуетъ полного спеціалитета суммы ипотеки.

III. Онъ настаиваетъ на необходимости установить единую запись и отменить обязанность возобновленія ея, какъ пагубную для оборота.

IV. Привилегіи въ принципѣ должны быть сохранены, но ограничены въ числѣ. За сохраненіе ихъ говоритъ соображеніе ихъ общей полезности и гуманности, за ограниченіе говорятъ интересы реального кредита. Отсюда Шалламель сохраняетъ одну генеральную привилегію, им. въ пользу судебныхъ издержекъ, и 4 спеціальныхъ прежнихъ.

V. Ипотеки подчиняются все безусловно началу публичитета, и усиливается лишь заботливость о записи ипотеки, принадлежащихъ беззащитнымъ.

VI. Число законныхъ ипотеки остается прежнимъ. По судебныя ипотеки вовсе отменяются, такъ какъ не отвѣчаютъ идеѣ правомѣрности, награждаютъ одного личнаго кредитора въ ущербъ другимъ личнымъ кредиторамъ лишь за то, что тотъ предупредилъ этихъ съ предъявленіемъ иска. Цѣль же, которую ставятъ судебныя ипотеки, именно обезпеченіе уваженія къ res judicata и предупрежденіе убыточныхъ для кредиторовъ распоряженій должника своимъ имуществомъ, должна преслѣдоваться процессуальными мѣрами, напр. запрещеніемъ, налагаемымъ на недвижимость, лишающимъ должника права распоряженія недвижимостями и служащимъ на пользу всемъ личнымъ кредиторамъ. Только этимъ путемъ общес началу конкурса, провозглашенное для всехъ личныхъ кредиторовъ, не позаботившихся получить при установленіи обязательства особую и усиленную обезпеченность, будетъ соблюдено, и вмѣстѣ съ этимъ водворится и полная правомѣрность.

VII. Добровольныя ипотеки допускаются: 1) въ завѣщаніи, по образцу Бельгійскаго права, 2) по договору. Сдѣлка, устанавливающая такую ипотеку, должна быть облечена въ нотариальную форму или явочную. Ипотека должна быть спеціальна въ суммѣ, обременять только наличныя недвижности, но не будущія пріобрѣтенія.

Для дѣйствительной гарантіи правъ кредитора и обезпеченія правильности записей, возлагается на нотариуса, совершающаго ипотечную сдѣлку, обязанность направлять въ ипотечное бюро въ теченіе 3-хъ дней съ момента совершенія акта, подъ страхомъ дисциплинарной и имущественной отвѣтственности за ущербъ, бордеро записи, подписанное имъ по формѣ. Когда же ипотечная сдѣлка признается судомъ, такая же обязанность ложится на секретаря суда.

VIII. Шалламель проектируетъ и институтъ ипотеки на имя собственника и въ дополненіе къ нему вноситъ институтъ открытія кредита въ опредѣленной суммѣ и оправдываетъ обѣ мѣры, представляющія трудности при ихъ конструкціи, практическимъ ихъ значеніемъ. Да и трудности представляють онѣ съ точки зрѣнія сложившейся системы права, проникнутой римскими началами и не отвѣчающей новымъ потребностямъ кредитнаго оборота. При организаціи этихъ институтовъ Шалламель дѣлаетъ много позаимствованій изъ Прусскаго закона 1872 г., о чемъ открыто и заявляетъ.

Шалламель занимается только матеріальнымъ правомъ ипотеки и не касается формальнаго.

2. Изъ проектовъ, примыкающихъ къ Акту Торренса, заслуживаютъ вниманія: а) проектъ Flour-de-Saint-Genis и в) проектъ Besson. Эти проекты больше занимаютъ формальнымъ правомъ.

а) Проектъ Flour-de-Saint-Genis, представленный на международный конгрессъ и обработанный потомъ въ формѣ монографіи, поконитъ на слѣдующихъ основаніяхъ:

I. Чтобы реформа имѣла успѣхъ, необходимы одновременное подчиненіе вотчинно-ипотечному режиму всего землевладѣнія и связь режима съ точнымъ кадастромъ, чего бы это ни стоило. Для правильнаго же функционированія

впредь режима, акты о реальных правах на недвижимости, всегда автентические, должны базировать на кадастрѣ. Чтобы интересы беззащитныхъ не страдали отъ публичитета, должны быть усилены средства, гарантирующія запись ихъ правъ.

II. Необходимо реорганизовать и внутренній распорядокъ ипотечныхъ бюро, особенно же необходимо ввести реальную систему веденія вотчинно-ипотечныхъ книгъ и допустить обзоръ послѣднихъ публикой.

III. Публичитетъ переходовъ собственности ограничивается защитой 3-хъ приобретателей отъ эвнкции и легитимацией записаннаго собственника на распоряженіе недвижимостью по сдѣлкамъ съ 3-мя лицами.

IV. Привилегіи сохраняются на прежнемъ основаніи.

V. Ипотеки судебныя сохраняются, но специализируются въ суммѣ, ограничиваются наличными недвижимостями и допускаются только тогда, когда сумма судебного приговора не ниже 200 фр. Суду предоставляется право специализировать судебную ипотеку и въ отношеніи объекта, а, съ другой стороны, допустить ея дѣйствіе и на будущія недвижимости.

VI. Законныя ипотеки подлежатъ обязательной записи.

VII. Институтъ очистки ипотекъ сохраняется.

Вообще, проектъ Flour-de-Saint-Genis примыкаетъ къ Акту Торренса лишь въ своемъ формальномъ правѣ, матеріальное же право проекта представляетъ лишь детально улучшенное прежнее право. И всѣ тѣ новыя организации, какъ ипотека собственника, открытіе кредита, переходъ ипотечныхъ свидѣтельствъ по иподссаменту, вовсе не затрогиваются проектомъ. Авторъ боится только мобилизаціи собственности, но въ проектѣ своемъ уничтожаетъ вовсе и кредитный оборотъ.

в) Болѣе смѣлый проектъ предлагаетъ Besson. Признавалъ невозможнымъ исправленіе французской ипотечной системы, авторъ настаиваетъ на необходимости усвоенія началъ Акта Торренса и германскихъ, но со вниманіемъ къ особенностямъ французскаго правообразованія.

I. Мы уже видѣли, какъ всѣ прожектеры признаютъ необходимымъ поставить дѣятельность ипотечныхъ бюро въ связь съ дѣятельностью нотаріальной системы, и этимъ восполнить недостатокъ легалитета у французскихъ ипотечныхъ бюро.

Такимъ образомъ, сила вещей требуетъ легалитета, и прожектеры, отказывая въ немъ бюро, навязываютъ его нотаріусамъ. Получается двойственность акта всякой сдѣлки о вещномъ правѣ. Легче было-бы соединить совершеніе акта и вооруженіе его вещнымъ дѣйствіемъ въ одномъ учрежденіи. Но французскія традиціи были противъ этого. Самое приданіе акту публичитета и вещнаго дѣйствія въ отношеніи 3-хъ лицъ мыслилось какъ отдѣльный шагъ отъ совершенія акта и его вещнаго дѣйствія вообще. Хотя теперь, съ развитіемъ публичитета, общее дѣйствіе акта было почти ничтожнымъ по значенію, юристы не переставали мыслить раздѣльно общее дѣйствіе акта, съ одной стороны, и дѣйствіе его въ отношеніи 3-хъ лицъ, съ другой, а отсюда они и не хотѣтъ объединить въ ипотечныхъ бюро всѣ стадіи возникновенія

вещныхъ правъ. Но вотъ Besson первый требуетъ легалитета, какъ права ипотечнаго чиновника изслѣдовать дѣйствительность акта, и полагаетъ легалитетъ въ основу публичитета и его острыхъ послѣдствій. Но, требуя легалитета, Besson не отказывается и отъ автентической формы актовъ, служащихъ титуломъ записываемыхъ правъ и все еще не доходитъ до идеи о возникновеніи права путемъ простого волеизъявленія интересентовъ, совершоннаго передъ ипотечнымъ чиновникомъ.

II. Далѣе, Besson требуетъ также реальной системы и связи ипотечной книги съ кадастромъ, равно экстрактивной формы записей.

III. Вотчинно-ипотечный режимъ долженъ подчинить себѣ одновременно все землевладѣніе.

IV. Публичитетъ переходовъ собственности и у него ограниченъ защитой 3-хъ интересентовъ и легитимацией книжнаго собственника на распоряженіе недвижимостью. Въ подражаніе Акту Торренса, Besson проектируетъ вотчинное свидѣтельство, которое бы и служило орудіемъ вотчиннаго оборота. Но и это свидѣтельство подлежитъ оспариванію въ отношеніи самихъ контрагентовъ.

V. Публичитетъ ипотекъ полный, распространяющійся и на законныя ипотеки женъ и подопечныхъ.

VI. Специалитетъ ипотекъ и другихъ вещныхъ правъ на недвижимости требуется также безусловно.

VII. Очистка ипотекъ сохраняется, „ибо противно правовымъ воззрѣніямъ французовъ—налагать на 3-го приобретателя обязанность изъ договора, при заключеніи котораго приобретатель не присутствовалъ и который ему остается чуждымъ. Отмѣна института очистки оказала бы вредное вліяніе на движеніе сдѣлокъ по недвижимостямъ. Обремененныя имѣнья едва-ли нашли бы приобретателя, разъ только приобретатель будетъ имѣть въ перспективѣ переходъ на него ипотечнаго долга“.

VIII. Besson такъ же, какъ Шалламель, предпочитаетъ акцессорную ипотеку вотчинному долгу, и такъ же, какъ Flour-de-Saint-Genis, смотритъ даже на мобилизацію кредита какъ на зло. Такимъ образомъ, насколько рѣзки французскіе юристы въ критикѣ кодекса, настолько же они сдержанны въ построеніи проектовъ новаго права, желая остаться вѣрными основнымъ правовымъ воззрѣніямъ своего народа. Приходя въ восторгъ отъ Германской системы или Акта Торренса, когда излагаютъ ихъ, французскіе юристы отказываются отъ нихъ, когда переходятъ къ перечисленію улучшеній, желательныхъ для французскаго права. Сочувствуя ихъ приему, не можемъ, все же, не сказать, что если они правы, то намъ приходится сдѣлать заключеніе, что французы до сихъ поръ не дошли до сознанія практической важности развитаго вотчинно-ипотечнаго режима; французское право, въ самыхъ смѣлыхъ проектахъ, не заходитъ далѣе первичной стадіи развитія современной ипотеки, какъ въ этомъ мы убѣдимся изъ дальнѣйшаго изложенія. Но мы сильно сомнѣваемся въ томъ, чтобы юристы были правы, думая, что Франція не нуждается въ болѣе совершенной организациіи вотчинно-ипотечнаго ре-

жима. Вѣроятно, парисованныи ими улучшения и постановка на твердую почву вотчиннаго оборота скоро вскрыли бы потребность въ болѣе развитой и сложной системѣ кредитныхъ отношеній, какъ это и имѣло мѣсто въ Германіи.

§ 70. *Заключеніе.* Этими литературными работами и проектами и пробивается Франція во второй половинѣ 19 столѣтія. Какъ ни блестящъ гений юридической мысли въ современной Франціи, — осуществленіе реформы, всеми единогласно признанной за необходимую, не поддается до сего дня ни на одинъ шагъ. Причинны тому, по всей видимости, кроются не только въ консерватизмѣ французскаго духа, но и въ извѣстныхъ всемі политическихъ условіяхъ, неблагоприятныхъ успѣшному выполнению столь серьезной реформы, а отчасти, можетъ быть, и въ соотношеніи общественныхъ классовъ, въ господствѣ буржуазіи, мало заинтересованной въ усовершенствованіи вотчинно-ипотечнаго режима, даже, напротивъ, очень довольной своимъ *Crédit foncier*.

О Т Д Ъ Л Ъ II.

Германскій типъ.

§ 71. Общія замѣчанія.

Если уже въ эпоху первыхъ проявленій новаго течения въ области вотчиннаго права мы наблюдали значительное сходство партикулярныхъ германскихъ правъ по самымъ основнымъ началамъ вотчинно-ипотечнаго режима, то въ новѣйшее время тутъ и вовсе замѣчается полное сближеніе партикулярныхъ германскихъ правъ. Исходнымъ пунктомъ сближенія является теперь, однако, не римское право, какъ прежде, а мѣстное, прусское въ лицѣ кодификаціи прусскаго короля Фридриха Великаго. Его знаменитый ипотечный уставъ 1783 г. и гражданское уложеніе 1794 г. оказываютъ теперь рѣшющее вліяніе на все германскія законодательныя работы, вышедшія въ началѣ 19 ст. и регулирующія область изслѣдуемаго нами вопроса. И въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи прусское право служило болѣе чѣмъ образцомъ, для правообразованія другихъ нѣмецкихъ государствъ, пока, наконецъ, въ имперскомъ уложеніи 1896 г. право нѣмцевъ не слилось въ единое право, почти всецѣло перенесенное изъ прусскихъ законодательныхъ актовъ, особенно же изъ закона 1872 г.

Все это заставляетъ насъ отвести прусскому праву первое мѣсто въ изложеніи нашего вопроса и даетъ намъ право расположить самыя стадіи развитія режима германскаго типа по стадіямъ развитія прусскаго права; тѣмъ болѣе, что въ прусскомъ правообразованіи, движимомъ корислыми германской науки и судебной практики, мы имѣемъ возможность, благодаря обилію матеріаловъ и широкой доступности ихъ, намѣтить самыя тонкія планы новыхъ идей, заложенныхъ въ организацію ипотечнаго режима. Права прочихъ нѣмецкихъ государствъ будутъ изложены лишь бѣгло и настолько,

насколько они вносили специфическаго въ исторію германскаго типа ипотечнаго режима.

Г Л А В А I.

Эпоха прусскаго Ландрехта 1794 г.

РАЗДѢЛЪ I.

Пруссія.

§ 72. Земскія общества земельного кредита. Кодификаціонныя работы Фридриха В. *Corpus juris Fridericianum*.

Вторая половина царствованія Фридриха В. ознаменовалась въ Пруссіи изданіемъ специальныхъ и общихъ законодательныхъ мѣръ въ области вотчинно-ипотечнаго режима, придавшихъ послѣднему современный обликъ и послужившихъ образцомъ для аналогичныхъ организацій не только въ Германіи, но и далеко за ея предѣлами.

I. Дѣло началось со специальныхъ мѣръ, именно съ учрежденія въ разныхъ прусскихъ областяхъ земскихъ обществъ поземельнаго кредита. Организація поземельнаго кредита была вызвана бѣдственнымъ положеніемъ рыцарскаго землевладѣнія послѣ 7-лѣтней войны. Первое такое кредитное общество было организовано 15 іюля 1770 г. для Силезіи; позднѣе, съ вѣкторными измѣненіями въ организаціи, установленія обонли и другія значительныя Прусскія области.

Какъ это всегда замѣчается въ исторіи права, специальная мѣра внесла въ организацію ипотеки такія смѣлыя повшества, какія было немисливо требовать отъ общей нормы. Ипотека облекается въ форму закладнаго листа, имѣющаго свойства бумаги на предъявителя, и получаетъ легчайшую подвижность и доступъ на биржу. Въ цѣляхъ оборотоспособности ипотеки, устанавливается начало защиты 3-го пріобрѣтателя ипотеки. Ипотека эта представляетъ собою, далѣе, самостоятельное бремя недвижимости; держатель закладнаго листа не имѣетъ личнаго требованія на владѣльцѣ недвижимости, обремененной ипотекой.

Съ институтомъ закладныхъ листовъ дана была и ипотека собственника: не только допускалось, но и было общимъ правиломъ, что землевладѣлецъ заноситъ въ книгу закладные листы на свое имя и самъ отчуждаетъ закладные листы, записанные на его имѣнѣ, въ любое время. При этомъ, конечно, матеріально кредитное отношеніе возникало только съ передачей закладныхъ листовъ въ 3-и руки. Закладные листы, занесенные въ ипотечной книгѣ на первое мѣсто, занимали прочное положеніе въ ипотечной книгѣ. Ипотеки, записанныя на недвижимость, могли быть выкуплены и замѣнены закладными листами; равно, индивидуальныя ипотеки могли записываться на мѣсто закладныхъ листовъ. Этимъ было признано право землевладѣльца на распоряженіе мѣстомъ въ вотчинной книгѣ—*locus*. Повышеніе послѣдующей ипотеки по случаю устраненія стоящихъ выше нея ипотекъ въ этихъ слу-

чалихъ не допускалось. Наконецъ, въ конкурсѣ закладные листы были освобождены отъ общеобязательной аттрактивной силы конкурса, и сверхъ того кредитныя общества пользовались правомъ оснаживать субгастацію недвижимости, когда данная за недвижимость цѣна не покрываетъ ихъ притязаній на имѣніе. Поздѣе, впрочемъ, организація закладныхъ листовъ отклонилась отъ начала специальной ипотеки и закладной листъ превратился въ личное требованіе къ кредитному обществу, а послѣднее уже имѣло обыкновенную ипотеку на недвижимости своихъ должниковъ¹⁾. Какъ бы то ни было, но первоначальная организація сослужила службу исторіи ипотечнаго режима новѣйшаго времени не только въ Пруссіи, но и другихъ германскихъ государствахъ и, повидимому, являлась однимъ изъ образцовъ для французскаго революціоннаго закона объ ипотекахъ 9 mess. An III²⁾.

II. Интересы реального кредита и вотчинно-ипотечный режимъ имѣлись въ виду и при реформѣ общаго права, провозглашенной въ Kabinetts-ordre 14 апр. 1780 г. Дѣло реформы было поручено Фридрихомъ В. юристу Кармеру.

По плану реформы, было приступлено прежде всего къ реформѣ судопроизводства. И первымъ результатомъ реформы былъ уставъ гражданскаго судопроизводства, извѣстный подъ именемъ *Cognus juris Fredericianum*³⁾, кн. I ч. IV т. 12 котораго содержитъ конкурсный уставъ и регулируетъ порядокъ удовлетворенія кредиторовъ въ конкурсѣ, въ томъ числѣ и кредиторовъ ипотечныхъ.

Уставъ окончательно уравнивалъ *hypotheca privata* съ простыми личными требованіями⁴⁾, *hyp. quasi publica* далъ нѣкоторыя преимущества передъ тѣми правоотношеніями⁵⁾ и впервые ввелъ категорію требованій, не входящихъ въ конкурсъ и удовлетворяемыхъ особо⁶⁾; въ числѣ ихъ находились и закладные листы⁷⁾, но не простые ипотеки. Послѣднія помѣщаются въ третьемъ классѣ⁸⁾.

§ 73. Allgemeine Hypothekenordnung 1783 г.

Одновременно съ реформой судебныхъ уставовъ приступили къ обработкѣ ипотечнаго и другихъ уставовъ для матерей, исторически связывавшихся законодателемъ при регламентаціи ихъ. Редакція ипотечнаго устава была ввѣрена исключительно Суарену. Суарецъ использовалъ при этомъ нѣкото-

¹⁾ См. суммарный очеркъ института закладныхъ листовъ у Dernburg, Das Preuss. Hr. Leipzig 1891. II кн. 1.

²⁾ См. Rondel, La mobilisation du sol. France, очеркъ закона 9 mess. An III.

³⁾ C. J. Fr. Bach I. v. d. Prozess-Ordnung Berlin. 1781. Историческія свѣдѣнія по Dernburg, стр. 16 и 17.

⁴⁾ § 104.

⁵⁾ § 81.

⁶⁾ § 4—15.

⁷⁾ § 9.

⁸⁾ § 51 и слѣд.

рые прежніе проекты. Послѣ обсужденія проекта Суаренца компетентными установленіями и лицами, 20 дек. 1783 г. проектъ былъ утвержденъ подъ именемъ *Allg. Hyp.-Ordnung* и вступилъ въ силу 1 іюня 1784 г.¹⁾.

Уставъ 1783 г. ставитъ себя задачей не столько подвинуть впередъ ипотечное право, сколько подвести итоги прежнему правообразованію и привести къ единообразію то, что уже было сдѣлано до него въ этой области. Но и въ такой скромной сферѣ уставъ регулируетъ больше внѣшнюю сторону дѣла, создаетъ больше формальное ипотечное право, чѣмъ матеріальное. Объясненіе послѣдняго свойства устава находится въ предисловіи къ уставу; оно заключается въ томъ, что уставъ издавался въ ожиданіи и въ виду гражданскаго кодекса Ландрехта, который и долженъ былъ урегулировать матеріальное право²⁾.

Характерной чертою устава является всенечерпывающая обстоятельность и полнота памятника. Въ этомъ отношеніи уставъ служитъ образцомъ законодательныхъ памятниковъ той эпохи, когда законодатель, опекая подданныхъ, стремился все предусмотрѣть и предписать самъ, не оставляя исполнительнымъ органамъ никакого простора для личной усмотрѣнія. Это дѣлалось съ добрымъ намѣреніемъ — лишить чиновниковъ возможности злоупотреблять своей властью; но это же стало со временемъ и невыносимо для подданныхъ, такъ какъ осложняло и тормазило до крайности оборотъ, обставленный инквизиторскими изслѣдованіями частныхъ отношеній со стороны чиновника, старательно выполнявшаго съ точностью предписанія закона. Легалитетъ получаетъ въ уставѣ высшую степень своего развитія. Въ результатѣ, уставъ 1783 г. представляетъ объемистый памятникъ, содержащій 458 §§.

Достоинства памятника составляютъ образцовый стиль и система изложенія и прозрачная схема ипотечной книги. „Отъ остраго взора Суаренца не ускользнуло то, что форма и сущность въ ипотечномъ дѣлѣ не отдѣлимы другъ отъ друга и что все заключается тутъ въ установленіи цѣлесообразныхъ формъ“³⁾.

I. *Общая основанія ипотечнаго режима устава 1783 г.* Прусскій ипотечный уставъ 1783 г., по традиціи, полагаетъ въ основу ипотечнаго режи-

¹⁾ *Allg. H.-O. für die Gesamte Kön. Staaten. Berlin 1784.* Матеріалы къ АНО хранятся въ рукописяхъ въ прусск. мин. юстиц. Для исторіи вопроса интересны предварительныя соображенія Суаренца, которыя мы будемъ со временемъ приводить. Рескрипты, которыми публиковался уставъ въ отдѣльныхъ областяхъ, датирующіе отъ 18 янв. 1784 г., находятся у Rabe, I т. стр. 377—378. Ср. историч. дѣянія у Dernburg, 17—18.

²⁾ Насколько уставъ 1783 г. былъ вѣренъ прошлому, видно не только изъ его содержания, повторяющаго, въ сущности, Силезскій уставъ, но и изъ черновиковъ Суаренца, находящихся въ матеріалахъ въ уставу. Тамъ мы видимъ, какъ Суарецъ тщательно перечеркиваетъ все, что усиливало публицитетъ ипотечной книги. Отсюда читатель можетъ судить, какъ неверно общее мнѣніе о томъ, будто съ устава начинается эпоха *publica f. ipot. книги*. Ср. Dernburg, 18 стр.

³⁾ Dernburg, стр. 20.

ма начало всеобщаго и предварительнаго подчиненія недвижимостей ипотечной книгѣ¹⁾. По той же традиціи, устанавливается реальная система ипотечныхъ книгъ, т. е. система веденія книгъ по имѣніямъ, а не по лицамъ собственниковъ²⁾, при чемъ каждому отдѣльно выступающему въ оборотѣ участку отводится въ ипотечной книгѣ особый листъ (Folium)³⁾. Ипотечныя установленія организуются по дистриктамъ, по мѣсту нахождения недвижимостей⁴⁾.

II. *Ипотечная книга.* Основу вотчинно-ипотечной системы составляетъ, по уставу, вотчинно-ипотечная книга. Эта книга, по идеѣ устава, составляетъ самостоятельное цѣлое и исключительный источникъ того, какія правоотношенія существуютъ на данный участокъ. Съ открытіемъ ипотечнаго листа для имѣнія, послѣднее подчиняется *ius speciale*, данному съ учрежденіемъ вотчинно-ипотечной системы.

Общая схема ипотечной книги (Folium) не только обстоятельно развивается въ уставѣ, но и иллюстрируется особой таблицей, по формѣ которой книги и организуются. Эта схема представляетъ также лишь усовершенствованіе старой формы ипотечной книги; вмѣстѣ съ тѣмъ—это та схема, которая въ наше время является, въ общемъ, господствующей и типической для германскихъ ипотечныхъ организацій.

По уставу ипотечная книга каждой недвижимости (Folium) имѣетъ главную страницу (Titelblatt), указывающую какъ бы насилью имѣнія, и три основныхъ рубрики (Haupt-Rubriken), соответствующихъ разнороднымъ правоотношеніямъ по недвижимости, изъ которыхъ каждая, въ свою очередь, дѣлится на известное число колоннъ, отвѣчающихъ различнымъ моментамъ въ судьбахъ правоотношеній по недвижимостямъ; эти три рубрики, съ колоннами, указываютъ какъ бы активъ имѣнія⁵⁾.

1) Заглавный листъ книги каждаго имѣнія содержитъ характеристику имѣнія, цѣлящуюся очертить, съ возможной для того времени точностью, какъ внутреннія свойства имѣнія, такъ и его особенности, отличающія его отъ другихъ имѣній. Въ этихъ цѣляхъ Folium указываетъ: условный и развѣ навсегда опредѣленный N недвижимости; названіе ея, если она носитъ особое названіе; свойства ея (рыцарское имѣніе; домъ; свободное отъ построекъ мѣсто; лѣнь или наследственное имѣніе и т. п.); округъ, въ которомъ недвижимость находится; въ городѣ—улица и т. п.

Связи ипотечной системы съ кадастромъ уставъ не знаетъ, такъ какъ и самаго кадастра въ то время въ Пруссіи еще не было предпринято. Въ частности, уставъ не знаетъ и измѣренія имѣній⁶⁾.

1) Т. I, § 6, въ противоположность французскому типу, гдѣ недвижимости привлекаются къ ипотечной организаціи лишь по мѣрѣ приобщенія ихъ къ ипотечнымъ сдѣлкамъ.

2) Какъ во Франціи.

3) § 6, особенно же § 7.—Подробности въ §§ 9, 12—15, 16.

4) § 6, 9 и др.

5) § 30.

6) § 33.—Отступленіе отъ точной характеристики имѣній было сдѣлано и въ томъ

Когда нѣсколько отдѣльныхъ имѣній принадлежатъ одному и тому же собственнику и стоятъ другъ съ другомъ въ такой связи, что, вмѣстѣ взятая, образуютъ одно цѣлое (т. наз. Herrschaft), тогда на заглавномъ листѣ книги этого комплекса (Folium) обозначается № и названіе цѣлаго комплекса, а подъ нимъ перечисляются названія отдѣльныхъ имѣній, образующихъ цѣлое¹⁾.

Если изъ этой общей массы потому выдѣляется то или другое имѣніе и отчуждается отдѣльно, — о томъ дѣлается отмѣтка въ I рубрикѣ книги, изъ цѣны комплекса дѣлается вычетъ, и названіе отдѣльнаго имѣнія зачеркивается на заглавномъ листѣ²⁾.

2. Первая основная рубрика характеризуетъ собственника недвижимости и дѣлится на нѣсколько колоннъ:

a) Первая, подчиненная ей колонна, содержитъ имя владѣльца—настолько обстоятельно обозначаемое, чтобы его личность можно было отличить отъ всѣхъ другихъ лицъ, особенно одноименныхъ³⁾.

b) Вторая подчиненная колонна указываетъ основаніе приобрѣтенія (titulus acqu.)⁴⁾.

в) Третья колонна указываетъ цѣну, за которую недвижимость приобрѣтена владѣльцемъ⁵⁾. При безвозмездномъ приобрѣтеніи указывается цѣна, за которую недвижимость приобрѣтена предшественникомъ⁶⁾. За неизмѣнимъ же подобныя данныхъ цѣна опредѣляется при руководствѣ данными таксаціи или страховой оцѣнки имѣній⁷⁾.

3. Вторая главная рубрика указываетъ постоянныя повинности (Lasten) и реальныя обязательства, лежащія на имѣніи⁸⁾. Не относятся къ повинности, въ смыслѣ ипотечнаго устройства, и не подлежатъ записи въ книгу тѣ платежи и повинности, которыя, по государственному устройству даннаго округа, взимаются со всѣхъ недвижимостей такого же рода въ пользу государства, правительства, церкви или духовенства, такъ какъ эти платежи уже вычтены изъ цѣны недвижимости, указанной въ ипотечной книгѣ. Приобрѣтатель же и другія заинтересованныя лица могутъ сами легко освѣдомиться о такихъ повинностяхъ⁹⁾. Очевидно, имѣется въ виду, безъ значительнаго ущерба для оборота, сократить работу ипотечныхъ установлений.

отношеніи, что принадлежности недвижимости и реальныя правомочія, являющіяся принадлежностями недвижимости, изъ экономіи труда, не упоминались въ ипотечной книгѣ особенно, какъ очевидныя сами по себѣ. Но на особые случаи (отчужденіе ихъ) устанавливались особыя мѣры въ огласкѣ ихъ. §§ 34—36.

1) § 39

2) § 40.

3) § 41.

4) § 42.

5) § 43.

6) § 44.

7) § 45, 46.

8) § 47.

9) § 48.

Наоборотъ, постоянныя повинности, возлагаемыя на недвижимость путемъ частныхъ соглашеній, легатовъ или иного спеціальнаго титула, который покупатель обыкновенно вынуждается уже самъ вычитать изъ цѣны недвижимости, подлежатъ записи ¹⁾.

Къ реальнымъ обязательствамъ, Real-Verbindlichkeiten, которые отмѣчаются въ этой же рубрикѣ, относятся всѣ тѣ, на основаніи которыхъ такъ или иначе ограничивается полномочіе собственника распоряжаться имънемъ; таковы: спойство лена, фиденкоммисса, майората и сеньората, субституціи: pactum retrovenditionis, protimiseos, addictionis in diem и т. п.; договоры, которыми устанавливаются въ чьемъ-либо интересѣ полномочія, ограничивающія собственность владѣльца, и послѣдствія ²⁾. Напротивъ, договоры, которыми не ограничивается распоряженіе владѣльца имънемъ, а только устанавливается кому-либо вещное право на долю цѣны имъня, напр. продавецъ предоставляетъ себѣ собственность по поводу неуплаченной цѣны за отчуждаемую недвижимость, или, напр., на недвижимость возлагается денежный фиденкоммиссъ, относятся уже къ 3-ей рубрикѣ ³⁾.

Реальные сервитуты вообще не подлежатъ записи, но могутъ быть записываемы, когда стороны требуютъ этого pro conservando jure ⁴⁾. Мотивъ тотъ же — сберечь трудъ, требуемый записью, безъ значительнаго ущерба для оборота, въ виду малаго экономическаго значенія этихъ отношеній въ глазахъ кредиторовъ.

4. Третья основная рубрика содержитъ всѣ прочіе долги, которыми только обременяется участокъ и которые не относятся ко 2-й рубрикѣ, — какое бы названіе они ни носили ⁵⁾. Тутъ, между прочимъ, записются и ипотеки ⁶⁾. Эта рубрика дѣлится, въ свою очередь, на нѣсколько колоннъ:

а) Первая колонна отводится подъ запись долговъ; б) вторая — подъ запись пессій. Въ эту же колонну записываются и залоги ипотечныхъ требованій ⁷⁾ и уступки приоритетовъ однимъ ипотечными кредиторами другимъ, ниже ихъ стоимостію по книгѣ, въ цѣляхъ усиленія обезпеченности послѣднихъ ⁸⁾. в) Третья колонна третьей основной рубрики содержитъ отмѣтки о погашеніи требованій по какому-либо основанію ⁹⁾.

Требованія, записанныя въ 3-ей рубрикѣ, нумеруются въ послѣдовательномъ порядкѣ ихъ записи ¹⁰⁾.

1) § 49.

2) § 50; § 51.

3) § 52; § 53.

4) § 54.

5) § 55.

6) § 56.

7) § 58.

8) § 59. Очевидно, ищется въ виду случай выпуска закладныхъ листовъ на имѣнье, уже обремененное ипотеками частныхъ лицъ, — ибо закладные листы уравниваются по дѣйствию съ простыми ипотеками. § 60.

9) § 61. Погашеніе реального права на требованіе отмѣчается въ той же колоннѣ гдѣ записано право (§ 62).

10) § 63. Отсюда рангъ ипотекъ получаетъ вѣдннее осязательное выраженіе.

Вѣдншій публицитетъ ипотечной книги уставъ проводить въ ограниченной мѣрѣ. Право осмотра книги принадлежитъ лишь собственнику; 3-я лица получаютъ право осмотра книги лишь по волѣ собственника или по приказу суда; но и судъ дозволяетъ осмотрѣ книги только управомоченнымъ по книгѣ лицамъ и 3-мъ заинтересованнымъ въ осмотрѣ ея.

Кромѣ непосредственнаго осмотра книги и восполненіемъ осмотра служила, по уставу, выправка ипотечнаго свидѣтельства in vim informationis ¹⁾.

III. *Ингроссационныя книги.* При каждой описанной сейчасъ ипотечной книгѣ (совокупность Folien) ведется ингроссационная книга; въ эту книгу записываются полностью всѣ тѣ документы, изъ которыхъ въ ипотечную книгу заносится только сущность, суммарій; въ ней же оставляется слѣды весь ходъ производства записи правоотношенія въ ипотечную книгу. Ингроссационная книга должна вскрывать всю обстановку правоотношенія, которое по ипотечной книгѣ указывается только въ своей сущности. Ингроссационная книга ведется по хронологической системѣ. Между нею и ипотечной книгой устанавливается система взаимныхъ ссылокъ ²⁾.

IV. *Вотчинныя акты.* Кромѣ ингроссационныхъ книгъ, въ судахъ окружныхъ (Ober-Collegia), обязанныхъ завѣдовать ипотечнымъ дѣломъ имѣній, стоящихъ въ непосредственной юрисдикціи ихъ, ведутся вотчинныя акты, содержащія частныя и официальные акты, относящіяся до судьбы такихъ имѣній, въ подлинникахъ и копіяхъ, повидному, по реальной системѣ ³⁾.

Эти акты были также вооружены вѣдншимъ публицитетомъ, что было особенно необходимо при волокитѣ производства въ ипотечныхъ установленіяхъ. Въ послѣднихъ предъявленное къ записи правоотношеніе могло оставаться долгое время незаписаннымъ въ книгу, и о существованіи его интересентъ могъ узнать только путемъ освѣдомленія въ вотчинныхъ актахъ.

V. *Ипотечныя установленія, завѣдующія ипотечнымъ дѣломъ.*

1. Въ виду различія округовъ по юрисдикціи, завѣдываніе ипотечными книгами ввѣрялось до сихъ поръ отчасти Landes-Justiz — и. Landschaftliche Collegia, называемымъ кратко Ober-Collegia, равнымъ по значенію нашимъ окружнымъ судамъ, отчасти же низшимъ судамъ. Эти же установленія призываются и уставомъ къ завѣдыванію ипотечнымъ дѣломъ. Причемъ окружные суды являются въ то же время надзирающей инстанціей за низшими судами въ дѣлѣ организаціи и веденія ипотечной части ⁴⁾.

Самое веденіе ипотечныхъ и другихъ книгъ входитъ въ обязанности особаго чиновника-ингроссатора. Общія обязанности его вытекаютъ изъ существа его функций.

Въ цѣляхъ придапія особой санкціи закону, устанавливаются условія и предѣлы отвѣтственности чиновниковъ за нарушеніе закона ⁵⁾. По уставу

1) §§ 70—81 т. I, § 8—10 т. II, см. также выше.

2) § 64—67.

3) § 68, 69.

4) Tit. II § 1 ср. т. I, § 68 и § 1, 2.

5) § 70—81 т. I, § 8—10 т. II.

еще ничего не зная о субсидиарной ответственности государства за действия ипотечных чиновников.

VI. *Производство в ипотечном дѣлѣ.* Нормальнымъ уставъ признаетъ производство въ окружныхъ судахъ, исключительнымъ—производство въ низшихъ судебныхъ установленияхъ. Основанія производства, въ общемъ, одни и тѣ же. Только производство въ низшихъ судахъ упрощенное. Уставъ тщательно регулируетъ нормальное производство и кратко отмѣчаетъ особенности упрощеннаго производства въ низшихъ судахъ ¹⁾.

A. *Нормальное производство.* 1. *Общая начала сив.* Производство записи права въ ипотечную книгу уставъ заимствуетъ изъ старыхъ уставовъ, особенно изъ Силезскаго и изъ устава для ленныхъ имѣній отъ 1723 г. Производство открывается письменнымъ прошениемъ стороны о записи ²⁾. Такъ что и уставъ провозглашаетъ въ принципѣ начало частной инициативы въ ипотечномъ производствѣ, хотя, какъ увидимъ ниже, и прорѣзываетъ это начало важными исключениями, допуская рядъ случаевъ, гдѣ установленіе безъ нужды действуетъ ex officio. Прошеніе поступаетъ къ инgrossатору, который и отмѣчаетъ моментъ его поступления какъ на предъявляемомъ актѣ, такъ и въ инgrossационной книгѣ, и направляетъ дѣло къ докладу въ судебную коллегію ³⁾. Содержаніе прошенія и моментъ предъявленія его имѣютъ важное значеніе для содержанія записываемаго права и его приоритета, хотя, въ виду легалитета, значеніе прошенія для содержанія записи и не столь еще рѣшительное, какъ въ позднѣйшемъ правѣ.

Коллегія изслѣдуетъ какъ прошеніе, такъ и сопровождающіе его акты, какъ со стороны ихъ формы, такъ и со стороны содержанія, со всей той тщательностью, которая такъ прославлена въ исторіи вопроса подъ именемъ легалитета. Уставъ не ограничивается, при этомъ, нормой, онъ вдается въ разсужденія, объясняющія мотивы легалитета и наглядно иллюстрирующія степень его распространенія. „Хотя коллегія, по силѣ § 77, т. I, и не отвѣчаютъ за действительность и правомѣрность совершаемыхъ сторонами действий, тѣмъ не менѣе на ихъ обязанности лежитъ заботиться со всей возможной внимательностью о томъ, чтобы въ книгахъ не записывались противозаконныя или явно недѣйствительныя сдѣлки, чтобы довѣріе публики къ легалитету записаннаго въ судебную книгу действия не могло употребляться во зло, для обходовъ и обмановъ, и чтобы неполнота, туманность и другіе недостатки предъявляемыхъ для записи инструментовъ не давали повода къ послѣдующимъ процессамъ и т. под. волокитѣ“. Въ этихъ цѣляхъ коллегія и должны не только наблюдать за тѣмъ, чтобы домогательство сторонъ само по себѣ не содержало ничего противоправнаго, но и изслѣдовать и испытывать то, выполнены-ли при совершеніи самаго акта, подлежащаго записи въ

¹⁾ Т. II, § 1.

²⁾ Т. II, § 3—6.

³⁾ Т. II, § 8—10.

ипотечную книгу, тѣ условія, которыя предписаны закономъ для действительности и правомѣрности его, опредѣленно-ли и достаточно-ли полно составлены документы, совершенные о сдѣлкѣ, и имѣютъ-ли они ту внѣшнюю форму и видъ, которые необходимы и которые отвѣчаютъ различнымъ родамъ сдѣлокъ ¹⁾.

Подобному изслѣдованію подвергаются и довѣренности представителей сторонъ ²⁾. Просьба, оказавшаяся, по изслѣдованіи ея, противной законамъ и недопустимой, не подлежитъ и записи; проситель извѣщается судомъ, мотивующимъ и отказъ въ записи.

Если же просьба закономѣрна и только подлежащему записи акту не достаетъ чего либо для соответствія требованіямъ, предъявляемымъ закономъ къ его внѣшней сторонѣ, напр., требованію легитимациі, требованію состава или внѣшней формы инструмента, требованію полномочія, — то проситель извѣщается о томъ, какія еще действия онъ долженъ предпринять, чтобы его просьба была удовлетворена. А для сохраненія за правомъ, о записи котораго просятъ, мѣста въ ипотечной книгѣ по моменту предъявленія закономѣрной, хотя и не вполне годной для записи, просьбы, судъ обязуется ex officio совершать протестацию въ интересѣ контрагента, въ пользу котораго испрашивается запись права, съ назначеніемъ просителю срока для исправленія недочетовъ просьбы и устраненія препятствій пріостановки производства. Обо всемъ этомъ извѣщается и владѣлецъ недвижимости ³⁾.

Постановленіе коллегіи объ окончательной записи, составленное по извѣстнымъ правиламъ, направляется къ инgrossатору, завѣдующему ипотечными книгами, который немедленно подчиняется ему ⁴⁾.

Запись совершается инgrossаторомъ со всей тщательностью; инgrossаторъ устраняетъ всякія недоразумѣнія, выясняя ихъ черезъ опросъ коллегіи. Порядокъ, въ которомъ записываются требованія, касающіяся одного имѣнія, опредѣляется той послѣдовательностью, въ какой инgrossатору предъявляются меморіалы суда, содержащія постановленія о записи ⁵⁾. А эти постановленія слѣдуютъ въ судѣ по мѣрѣ предъявленія прошеній о записи въ судъ отъ инgrossатора. Послѣдній же, въ свою очередь, направляетъ дѣла въ судъ по порядку поступления къ нему прошеній отъ сторонъ. Такимъ образомъ, послѣдовательность записей есть та же послѣдовательность поступления прошеній о записи въ судъ со стороны частныхъ лицъ; правило — единственно способное примирить матеріальную и формальную сторону правоотношеній.

Механическая запись завершаетъ сложный актъ правовой записи, открывающейся предъявленіемъ просьбы о записи права. Эта просьба опредѣля-

¹⁾ § 11—13, § 14, 15.

²⁾ § 16. Подробности въ § 17.

³⁾ II, § 18.

⁴⁾ II, §§ 19—27.

⁵⁾ II, § 28—36.

ряженій записнаго владѣльца, совершить протестацію противъ распоряженій послѣдняго, если только укажетъ на свое право и на препятствія къ записи его ¹⁾).

Въ подробностяхъ, уставъ различаетъ условия записи приобрѣтенія по различнымъ основаніямъ послѣдняго.

а) Когда недвижимость приобрѣтается по сдѣлкамъ между живыми, требуется предъявленіе подлиннаго акта приобрѣтенія въ ипотечное установленіе. Актъ долженъ быть или явленъ въ судъ, или совершонъ у судебного комиссара *Justiz-Commissarius*, или нотаріуса. Въ тѣхъ же провинціяхъ, гдѣ до устава не требовалось судебного акта или *Civil-Tradition*, запись приобрѣтенія допускается впрямь на основаніи акта приобрѣтенія, совершоннаго у судебного комиссара или нотаріуса, но не иначе, какъ если просьба о записи подписана обѣими сторонами; если же просьба о записи исходитъ отъ одного т. покупателя, продавецъ долженъ выразить свое согласіе на запись приобрѣтательной сдѣлки, въ теченіе извѣстнаго срока (II §§ 58—64). Такимъ образомъ, въ этихъ провинціяхъ особое согласіе отчуждателя на запись приобрѣтательной сдѣлки призывается исполнить ту волю, которая въ другихъ провинціяхъ выражается въ традиціи. Тутъ мы имѣемъ еще одно косвенное указаніе на то, что традиція не отыгнывается записью и, скорѣе, предполагается совершившейся до записи и что, поэтому, книжный собственникъ, который не является и фактическимъ собственникомъ, не можетъ и совершить такихъ распоряженій недвижимостью, которыя требуютъ традиціи. Другое косвенное указаніе на это мы находимъ въ регламентаціи ингрессаціонныхъ книгъ, гдѣ говорится, что въ эти книги заносится и фактъ *Auflassung* недвижимости (§ 65 т. I).

б) Когда недвижимость приобрѣтается по сдѣлкамъ на случай смерти, уставъ различаетъ наследника и легатарія. Первый самъ требуетъ записи, легитимируя себя предъявленіемъ завѣщанія. Второй можетъ записать свой титулъ только по волѣ наследника (II § 65—70).

в) Уставъ не освобождаетъ отъ записи и законныхъ наследниковъ, (II § 72—75), предъявляя къ нимъ приличныя случаю требованія.

Если приобрѣтательный актъ содержитъ еще побочныя волеизъявленія сторонъ, то коллегія относится къ нимъ тройко: а) тѣ изъ нихъ, которыя ограничиваютъ право приобрѣтателя на распоряженіе недвижимостью, коллегія *ex officio* записываетъ въ вотчинную книгу; б) тѣ же, которыя не содержатъ такого ограниченія, но по природѣ своей подлежатъ записи, коллегія записываетъ лишь по просьбѣ заинтересованнаго лица, при чемъ заботливо объясняетъ несвѣдущей сторонѣ, какой правовой интересъ она имѣетъ въ записи этихъ волеопредѣленій; в) наконецъ, тѣ, которыя содержатъ одни только личныя отношенія, вовсе не подлежащія записи въ ипотечную книгу, коллегія

¹⁾ II § 57.

и не записываетъ, и не объясняетъ ихъ значенія даже несвѣдущей въ законахъ сторонѣ ¹⁾).

3. *Публицитетъ внутренней записи titulus p. или дѣйствіе записи для обезпеченія оборота.* И тутъ уставъ не идетъ дальше Силезскаго устава 1750 г. Хотя онъ и дѣлаетъ торжественное заявленіе, что „тотъ, на чье имя записанъ титулъ владѣнія недвижимостью, рассматривается за истиннаго и единственнаго собственника недвижимости“ ²⁾, слѣдовательно, какъ будто хочетъ на началѣ принудительной записи титула установить внутренней и полный публицитетъ вотчинно-ипотечныхъ отношеній или хотя защитить 3-го добросовѣстнаго приобрѣтателя отъ оспариваній его права со стороны вѣдкихъ управомоченныхъ, однако этого нѣтъ, и непосредственно слѣдующія за снмъ предписанія устава уничтожаютъ изложенное торжественное начало. Развивая свое общее положеніе, уставъ замѣчаетъ: „Если лицо приобрѣло недвижимость съ публичнаго торга, какъ больше всѣхъ давнее за вещь, то оно совершенно обезпечено въ отношеніи своей собственности, и никто не допускается болѣе съ притязаніемъ о собственности противъ такого приобрѣтателя, изъ времени, предшествующаго куплѣ, какъ бы ни было крѣпко право приобрѣтателя ³⁾. Если же лицо приобрѣло недвижимость инымъ способомъ, то, при наличности всей заботливости и предусмотрительности ипотечнаго установленія, все еще возможны случаи, что кому-либо 3-му будетъ принадлежать на недвижимость лучшее право, чѣмъ новому приобрѣтателю или тому, отъ кого послѣднему дошло имѣніе, при чемъ ипотечное установленіе не отвѣчаетъ за это (какъ указано въ т. I § 77) ⁴⁾. И приобрѣтатель, для полнаго обезпеченія своего приобрѣтенія противъ какихъ-либо притязаній о собственности со стороны 3-хъ лицъ, имѣетъ только одно средство, им. вызванное производство и преклюзивный приговоръ ⁵⁾).

Въ виду этого и есужатели подъ ипотеку, если хотятъ надежности ипотечнаго обезпеченія, должны обращать вниманіе на это обстоятельство. Именно, если собственникъ недвижимости обезпечилъ себя владѣніе послѣдней тѣмъ, что приобрѣлъ недвижимость съ торговъ или совершилъ вызванное производство и добился преклюзивнаго приговора въ свою пользу, то и кредиторъ, добывающійся записи своего ипотечнаго требованія на такую недвижимость, можетъ уже не бояться, что когда-нибудь ему могутъ еще предшествовать и грозить какія-либо незаписанныя реальныя притязанія, хотя бы и датирующія изъ времени обладанія недвижимостью прежняго собственника ⁶⁾. Слѣдовательно, въ противномъ случаѣ, запись ипотеки, послѣдовавшая противъ книжнаго собственника, можетъ еще пасть, какъ только недвижимость

¹⁾ § 79—86 т. II. Подробности въ II § 87—91.

²⁾ II § 92: „Derjenige, für welchen solcher Gestalt der Titulus possessionis auf einen Grundstück berichtigt worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen“.

³⁾ II § 93.

⁴⁾ II § 94.

⁵⁾ II § 95. Производство регулируется также по Силезскому уставу (II § 96—102).

⁶⁾ II § 103.

будетъ вѣдѣна у книжнаго собственника 3-мъ лицомъ, имѣющимъ больше правъ на нее, чѣмъ имѣеть записанный приобретатель. Такъ слабо было проведено начало публичитета въ уставѣ 1783 г. ¹⁾.

4. *Особенности производства при записи ипотеки.*

I. *Запись договорной ипотеки* слѣдуетъ на основаніи прошенія о записи и простого акта ипотечной сдѣлки, въ отношеніи которыхъ суду предоставляется и вмѣняется въ обязанность самое инквизиторское право изслѣдованія, направляющагося на личныя свойства должника, въ частности на то, записанъ ли онъ въ ипотечную книгу;—на свойства его права на недвижимость, при чемъ слабыя стороны его правомочія судъ обязуется вскрывать передъ кредиторомъ и оговаривать въ ипотечномъ свидѣтельствѣ;—на природу и условія сдѣлки, при чемъ порочность *accidentalia negotii* не вліяетъ на дѣйствительность сдѣлки; — на содержаніе инструмента, при чемъ судъ изслѣдуетъ и опредѣленность, и ясность формулировки волеизъявленія, наличность *causa debendi*, наличность указанія сорта монеты, суммы требованія, срока уплаты, условій востребованія долга, высоту $\frac{1}{100}$ а и т. д.; если по какому-либо изъ этихъ вопросовъ судъ найдетъ актъ неудовлетворительнымъ, онъ, не задерживая записи, наводитъ болѣе точныя свѣдѣнія у сторонъ и отмѣчаетъ послѣднія на актѣ; наконецъ, судъ обращаетъ вниманіе и на форму акта, хотя послѣдняя и можетъ быть частной; требуется только, чтобы она была письменной ²⁾. Здѣсь опека власти надъ подданными получаетъ свое высшее выраженіе.

Записи ипотеки можетъ требовать прежде всего должникъ, самъ ³⁾ или черезъ представителя ⁴⁾; волеизъявленіе кредитора на записъ тогда вовсе не требуется ⁵⁾.

Но и кредиторъ можетъ добиваться записи. Только въ этомъ случаѣ требуется уже, чтобы документъ, на основаніи котораго кредиторъ добивается записи, содержалъ согласіе должника на записъ ⁶⁾. При чемъ различаются 2 случая. Когда актъ судебный, записъ безусловно совершается, и должникъ только извѣщается о записи ⁷⁾. Когда же актъ частный, должникъ вызывается въ ипотечное установленіе для признанія акта, въ теченіе извѣстнаго срока ⁸⁾. Если должникъ не признаетъ акта, или же и признаетъ, но сдѣлаетъ возраженіе противъ него или противъ его записи, дѣло идетъ въ судъ и кредитору остается только совершить *protestatio*, для сохраненія за своей ипотекой мѣста по

¹⁾ Производство при записи вещныхъ правъ, кромѣ собственности и ипотеки, мы не будемъ излагать, какъ мало насъ интересующее. О немъ трактуютъ §§ 104—126 т. II. Кругъ подлежащихъ записи правъ намъ уже извѣстенъ изъ очерка ипотечнаго дѣла.

²⁾ II § 127—142.

³⁾ II § 143.

⁴⁾ II § 144.

⁵⁾ II § 145.

⁶⁾ II § 146—147.

⁷⁾ II, § 148—149.

⁸⁾ II, § 148, 150.

книгѣ, слѣдуемаго ей по моменту предъизъявленія просьбы о записи ея ¹⁾. Если же должникъ признаетъ актъ и соизволитъ записъ его, объ этомъ налагается на ипотечномъ актѣ регистратура и болѣе не имѣется никакихъ препятствій къ записи ²⁾.

Когда ипотечный актъ устанавливаетъ кумулятивную ипотеку, записъ послѣдней совершается особо для каждаго имѣнья, и на листѣ каждаго имѣнья дѣлается отмѣтка, на какіи имѣнія записана еще та же сумма. При чемъ, на каждое имѣніе заносится вся занятая сумма, если иное не договорено ³⁾.

Когда ипотечный актъ содержитъ титулъ генеральной ипотеки, записъ послѣдней слѣдуетъ на любое отдѣльное имѣнье и на все имѣнья должника вмѣстѣ.

Но если на нѣкоторыя изъ имѣній записъ не будетъ совершена, генеральный кредиторъ не получаетъ и правъ залога на него. Если записъ генеральной ипотеки совершается на различныя имѣнія въ разное время, то и дѣйствіе ипотеки начинается въ разное время, именно съ момента поступленія просьбы о записи ипотеки на данную недвижимость ⁴⁾. Отсюда ясно, что уставъ третируетъ записъ ипотеки какъ способъ самаго возникновенія ея.

Когда записъ ипотеки совершена, кредиторъ получаетъ ипотечное свидѣтельство (*H.-Schein in vim Recognitionis*). Это свидѣтельство представляетъ точное сходство съ ипотечной книгой данной недвижимости. И только изъ него кредиторъ съ достовѣрностью узнаетъ, чѣмъ будетъ обезпечена ссуда, которую онъ совершитъ подъ записанную ипотеку. Такимъ образомъ, установленіе ипотеки предшествуетъ во времени возникновенію обезпечиваемаго ею кредитнаго отношенія.

Если судъ совершитъ въ свидѣтельствѣ ошибки, которыя вовлекутъ кредитора въ ущербъ, такъ какъ представятъ ипотеку въ ложномъ свѣтѣ къ невыгодѣ кредитора, судъ отмѣчаетъ ⁵⁾.

Въ виду того, что записъ ипотеки и рекогниціонное ипотечное свидѣтельство могутъ быть совершены раньше, чѣмъ кредиторъ вручитъ заемную сумму, можетъ случиться, что ипотека возникнетъ раньше, чѣмъ обезпечиваемое ею требованіе.

Во избѣжаніе матеріальной неправды, могущей возникнуть отсюда, уставъ и даетъ должнику 30 дней срока для ожиданія ссуды послѣ записи ипотеки. Если въ теченіе этихъ 30 дней должникъ не получитъ ссуды, то онъ обязуется въ теченіе слѣдующихъ 8 дней сдѣлать о томъ заявленіе въ ипотечное установленіе и совершить протестацію. Въ свою очередь и кредиторъ въ

¹⁾ II, § 151—153.

²⁾ II, § 154—155.

³⁾ II, § 159—160; 161—164.

⁴⁾ II, § 165—168.

⁵⁾ II, § 169—174.

течение 38 дней с момента записи ипотеки не может распорядиться ею. О протестации должника кредитор извещается. По совершении протестации должник волея или ждать вручения заемной суммы, или требовать погашения записи ипотеки, а кредитор—требовать погашения протестации или вызвать должника к предъявлению последним иска против него, кредитора. Если по истечении 38 дней или в течение их, по до протестации, ипотека передана 3-му лицу, *exsertio non num. res.* против 3-го лица не допускается ¹⁾).

II. Молчаливая, законная ипотека записывается по требованию заинтересованного, представляющего и акт, уполномочивающий на запись такой ипотеки. И тут устав различает 2 случая. Когда должник признает титул законной ипотеки, последняя без дальнейшего записывается и должник только извещается о записи. Когда же должник не признает титула, он вызывается для дачи согласия на запись; при отказе должника дать согласие, судъ изслѣдуетъ вопросъ и восполняетъ согласие. А пока кредиторъ записываетъ свою протестацию ²⁾).

III. Съ соответствующими модификациями, въ частности, безъ указанія точной суммы долга, заносится въ 3-ю рубрику и *cautiones* и поручительства ³⁾).

IV. Запись закладных листов регулируется въ своихъ особенностяхъ уставами кредитныхъ обществъ ⁴⁾).

5. *Цессии, залогов и т. д. записанныхъ постовъ* совершаются передъ судомъ и только тогда могутъ быть записаны въ ипотечную книгу ⁵⁾).

Цессия ипотечныхъ требований дѣйствительна и безъ записи ея въ ипотечную книгу и безъ согласія на нее должника ⁶⁾). Цедентъ и должникъ не могутъ повредить взаимными дѣйствіями цессионарію, такъ какъ уплата и погашеніе записанныхъ постовъ совершается не иначе, какъ на представленіе акта, записаннаго въ ипотечную книгу. Этотъ же актъ передается цессионарію. Цессионарій заинтересованъ въ извѣщеніи должника о цессии только для того, чтобы должникъ не совершилъ уплаты % цеденту подъ квитанцію, не зная о цессии ⁷⁾).

И, тѣмъ не менѣе, цессионарій заинтересованъ въ записи цессии, въ виду слѣдующихъ обстоятельствъ, могущихъ причинить незаписанному цессионарію непоправимый ущербъ: 1) возможно, что на записанное требованіе совершена *protestatio non num. res.*, о которой цессионарій изъ имѣющихся у него документовъ не знаетъ ничего; 2) возможно, что къ моменту совершения цессии уступленный документъ не имѣетъ болѣе дѣйствія—или потому,

1) II, § 175—181.

2) II, § 182—193.

3) II, § 194—197.

4) II, § 198.

5) II, § 199—209.

6) II, § 210.

7) II, § 211—212.

что должникъ уплатилъ сумму долга первому кредитору-цеденту подъ простую квитанцію, а послѣдній осуществилъ судебную амортизацию инструмента подъ предлогомъ, что таковой утраченъ (что возможно),—или потому, что постъ въ возникшемъ конкурсномъ или ликвидационномъ процессѣ остался вѣдъ круга удовлетворенныхъ притязаній (*ausgefallen*) и, на основаніи приговора, послѣдовавшаго о завершении плана распределенія конкурсной массы, былъ погашенъ (что тоже возможно). 3) Возможно, что даже по совершении цессии первый кредиторъ и должникъ совершаютъ погашеніе уступленнаго требованія, амортизацию инструмента и погашеніе ипотеки; на основаніи такой амортизации. 4) Въ конкурсномъ и ликвидационномъ производствѣ и т. п. только извѣстный изъ ипотечной книги, т. е. первый кредиторъ, вызывается *per patetum ad domum* или черезъ *Edictales*. И если этотъ кредиторъ не заявится, что весьма возможно, и допустить преклюзивный приговоръ объ ипотека, —преклюзія уничтожаетъ ипотеку и въ отношеніи цессионарія. 5) Наконецъ, когда на требованіе налагается аттестъ по ипотечной книгѣ, это опять причиняетъ цессионарію ущербъ ¹⁾).

Вездѣ тутъ цессионарій имѣетъ только одно средство узнать о предстоящей участи ипотеки, это именно предъявить уступаемый ему актъ въ ипотечное установленіе и потребовать аттеста о томъ, что до момента предъявленія съ постомъ не произошло убыточныхъ для цессионарія перемѣнъ ²⁾).

Но на будущее время лучшимъ средствомъ является запись цессии въ ипотечную книгу. Черезъ это имя цессионарія и право его становится суду извѣстными; цессионарій получаетъ свидѣтельство о записи, и это свидѣтельство гарантируетъ цессионарію настоящее положеніе его права ³⁾).

Залогъ, уступка приоритета, арестъ и т. д. записаннаго въ книгу требованія, записываются аналогично цессии ⁴⁾).

6. *Погашенія.* Владелецъ записаннаго въ ипотечную книгу акта (ипотеки) уполномоченъ на все распоряженія записаннымъ правомъ, пока постъ записанъ на его имя и не погашенъ ⁵⁾). Отсюда должникъ, по удовлетвореніи кредитора, въ цѣляхъ обезпеченія себя отъ послѣдующихъ распоряженій кредитора ипотекой по книгѣ, благоволитъ, на-ряду съ квитанціей, получить отъ кредитора и записанный въ ипотечную книгу актъ ⁶⁾). На основаніи ихъ, по просьбѣ должника, и совершается погашеніе удовлетвореннаго требованія, записаннаго въ книгу ⁷⁾).

Аналогично регулируется и погашеніе другихъ вещныхъ правъ ⁸⁾).

1) II, § 213.

2) II, § 214.

3) II, § 215. Подробности производства въ §§ 216—227.

4) § 228—239.—О закл. листахъ въ § 240.

5) § 241.

6) § 242, 243.

7) Самое производство въ § 244—250.—Случай частичныхъ уплатъ въ § 260, случай консолидаціи—въ § 261.

8) § 262—265.—Погашеніе требованій, оставшихся неудовлетворенными въ конкур-

Дѣйствию погашенія состоитъ въ томъ, что погашенный постъ утрачиваетъ тѣ свойства права, которыя связаны съ записью его въ ипотечную книгу. Неправильное погашеніе тѣмъ не менѣе преюдицируетъ въ ущербъ обладателю погашеннаго права и въ пользу тѣхъ, которые записываютъ свои права послѣ погашенія, опираясь на довѣріе къ ипотечной книгѣ. Сторона же, потерпѣвшая отъ погашенія ея права, возмѣщаетъ свой ущербъ съ суда. Но погашеніе не служитъ на пользу тѣмъ, чьи права были уже записаны къ моменту погашенія, такъ какъ противное повлекло бы для такихъ лицъ незаслуженное и ничѣмъ не оправдываемое обогащеніе. Наоборотъ, лица, которыя по цессіи или залогу приобрѣли право, которое слѣдуетъ за погашеннымъ, но предшествуетъ его погашенію, извлекаютъ изъ погашенія пользу, если цессія послѣдовала за погашеніемъ, такъ какъ они имѣли новое и выгодное положеніе и рассчитывали на него ¹⁾.

7. *Протестации.* Хотя уставъ 1783 г. и не знаетъ еще *fides publica* вотчинной книги, онъ тѣмъ не менѣе вообще признаетъ книгу за основу оборота. А сверхъ того уставъ рассчитываетъ на дѣйствию, совмѣстное съ Ландрехтомъ, который и вовсе провозглашаетъ *fides publica* ипотечной книги. Въ виду всего этого уже уставъ считаетъ необходимымъ дать сторонамъ средство для возможнаго согласованія матеріальной истины съ формальной. Такииъ средствомъ служитъ протестация. Протестации имѣютъ мѣсто тогда, когда лицо претендуетъ на реальное право къ недвижимости и безъ своей вины не можетъ записать его на свое имя.

Производство записи протестаций регулируется началами, отвѣчающими ихъ значенію и намъ уже знакомыми изъ предшествующаго изложенія. Иногда самая просьба о записи права, не будучи способна сама по себѣ вызвать запись права, является достаточной для записи протестации и означаетъ просьбу о записи протестации; въ другихъ же случаяхъ для записи протестации требуется особая просьба лица и представленіе хотя нѣкоторыхъ данныхъ, способныхъ убѣдить вотчинное установленіе въ наличности интереса просителя.

Дѣйствию протестации состоитъ въ томъ, что она дѣлаетъ безвредными для протестанта всѣ тѣ сдѣлки о недвижимости, которыя будутъ совершены и записаны въ ипотечную книгу послѣ протестации ²⁾.

Изъ сказаннаго ясно, что уставъ 1783 г. еще не знаетъ точнаго различія протестаций и предварительныхъ отмѣтокъ, каковое различіе выдвинулось позднѣе.

8. *Ипотечныя свидѣтельства* до извѣстной степени уже очерчены выше. Это суть удостовѣренныя копии съ листа ипотечной книги, относящагося до извѣстной недвижимости.

съ, въ § 266—268; погашеніе на основаніи вызывнаго производства § 269—272, на основаніи амортизаціи въ § 273—283.

¹⁾ § 285—288.

²⁾ II, § 289—300.

Цѣль ихъ состоитъ или въ простомъ освѣдомленіи о правовомъ положеніи недвижимости, или же въ удостовѣреніи, что на недвижимость послѣдовала запись извѣстнаго права. Отсюда и различаются освѣдомительныя ипотечныя свидѣтельства и рекогниціонныя. Намъ уже извѣстно, что за правильность совершенія ихъ установленіе отвѣчаетъ имущественно ¹⁾.

В. *Производство въ ипотечномъ дѣлѣ въ низшихъ судахъ*, въ общемъ, сходно съ таковымъ въ окружныхъ судахъ; отличіе состоитъ лишь въ томъ, что письменная просьба тутъ замѣняется устнымъ заявленіемъ, заносимымъ въ протоколъ, да суды еще больше призываются заботиться объ интересѣ темныхъ людей ²⁾.

VII. *Производство при организаціи вновь ипотечныхъ книгъ* регламентируется въ уставѣ съ такой же всесторонней тщательностью, какъ и производство при веденіи готовыхъ книгъ. Каждый шагъ суда—сбораніе матеріаловъ и рода ихъ, группировка, очистка отъ ненужныхъ данныхъ, расположеніе по рубрикамъ и окончательное приведеніе ихъ въ видѣ готовой и дѣйствительной ипотечной книги, привлеченіе сторонъ къ проверкѣ данныхъ и т. д. и т. д.—урегулированы уставомъ съ такой обстоятельностью, что дѣятельность суда сводится почти къ механическимъ манипуляціямъ. Духъ отеческой опеки власти надъ подданными и недовѣріе къ чиновнику находятъ себѣ тутъ едва ли не самое яркое выраженіе. Заботливость, правда, находитъ оправданіе въ рѣшительной важности момента, но законодатель совершенно устраняетъ участіе публики въ затрогиваемомъ ея живые интересы дѣлѣ, привлекая ее лишь тогда къ проверкѣ данныхъ, когда уже все готово ³⁾.

VIII. Уставъ не регулируетъ матеріальнаго отношенія вещныхъ правъ на недвижимость, а, при регламентаціи формальнаго права, стоитъ всецѣло на старой почвѣ. И тѣмъ не менѣе онъ даетъ формальному праву такую совершенную обработку, что, вмѣстѣ съ матеріальнымъ правомъ Ландрехта, служитъ исходнымъ пунктомъ новѣйшаго правообразованія въ области вотчинно-ипотечнаго режима для всѣхъ важнѣйшихъ германскихъ государствъ. Значеніе его для Прусскаго правообразованія опредѣляется Дербургомъ: „только съ его легкой руки прусской практикѣ удастся дѣйствительно осуществитъ новыя начала ипотечнаго режима въ полной мѣрѣ!“ ⁴⁾.

§ 74. Allgemeines Landrecht 1794 г.

I. *Общая характеристика.* Мы уже не разъ отмѣчали, что новыя идеи легче и ярче проводятся въ жизнь путемъ специальной мѣры, чѣмъ черезъ кодификацію. Специальная мѣра, имѣющая исключительной задачей извѣстный новый вопросъ, уже потому тщательнѣе выражаетъ и рѣче проводитъ касающіяся его правовыя начала. Этому не встрѣчается препятствій при

¹⁾ II, § 301—317.

²⁾ III, § 1—17.

³⁾ IV § 1—43.

⁴⁾ I стр. 21.

спеціальною мѣрѣ и въ условіяхъ техники, въ частности, въ условіяхъ системы, такъ какъ, захватывая узкій кругъ вопросовъ, спеціальная мѣра легче справляется съ систематическими затрудненіями или даже измѣняетъ традиціонную систему въ приноровленіи къ особенностямъ новаго права, ея вводимаго. Иначе, по общему правилу, дѣло обстоитъ съ вновь нарождающейся правовой идеей при созданіи кодификаціи. Кодификація всегда консервативна; на-ряду съ новыми идеями, она всегда состоитъ, главнѣйшимъ образомъ, изъ прежняго матеріала. Подавляющая масса стараго отвлекаетъ вниманіе отъ должной оцѣнки новаго, или даже не допускаетъ полнаго проведенія новаго, какъ инороднаго въ отношеніи стараго. Новое тускнѣетъ въ кодификаціи и проводится сплошь и рядомъ слабо, непослѣдовательно, несовершенно. Еще больше тому препятствуютъ техническія условія, особенно условія системы. Система цѣлаго сплошь и рядомъ бываетъ традиціонная, не считающаяся съ новыми, только еще назрѣвающими идеями. А мы знаемъ, какъ важно положеніе института въ известной системѣ. Система можетъ или поощрить, или убить новое, смотря по тому, куда она относитъ новое и съ какимъ вниманіемъ относится къ нему.

Въ ту эпоху, когда составлялся прусскій Ландрехтъ, идеи ипотечнаго режима были еще сравнительно новы и занимали скромное мѣсто въ массѣ праваго матеріала, состоящаго изъ римскаго права, передѣланнаго на германской почвѣ. А господствующей системой какъ въ наукѣ права, такъ и кодификаціяхъ была традиціонная римская, идеализированная естественнымъ правомъ, т. е. чуждым, глухая и даже враждебная новымъ идеямъ ипотечнаго режима.

Этими условіями, въ общемъ, и опредѣлилось отношеніе Ландрехта къ ипотечному режиму. Съ одной стороны, Ландрехтъ усвоилъ его, такъ какъ не могъ не усвоить, прислушиваясь къ голосу самой жизни; а съ другой—онъ затемнилъ его и запуталъ своей системой. При чемъ, право ипотеки, около и ради котораго режимъ возникъ и развивался, какъ и слѣдовало ожидать, урегулировано рѣшительнѣе въ новомъ духѣ, чѣмъ право собственности, которое привлекалось къ ипотечному режиму больше въ интересахъ ипотеки, чѣмъ въ своихъ собственныхъ.

Въ общемъ ученіи о вещномъ правѣ Ландрехтъ высказываетъ положеніе: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf dem Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“¹⁾. Это положеніе какъ нельзя болѣе выражало господствующее въ то время ученіе естественнаго права, питавшееся римской идеей, что владѣніе есть обыкновенная форма, въ которой собственность проявляется фактически въ оборотѣ. Согласно ему, право становится вещнымъ, по общему правилу, въ силу передачи владѣнія. Запись въ книгу, которая въ другихъ мѣстахъ Ландрехта признается, хотя и по исключенію, тоже основаніемъ возникновенія вещнаго права, въ общемъ

1) LR. I 2 § 135.

ученіи о вещномъ правѣ ни разу даже не упоминается Ландрехтомъ, несмотря на тенденцію напутника къ систематичности. Такъ что Ландрехтъ, въ общемъ ученіи о вещномъ правѣ, связываетъ посредственное приобрѣтеніе недвижимости, какъ и движимости, исключительно съ традиціей, причемъ еще уравниваетъ два міра вещей, какъ будто Ландрехтъ есть философскій трактатъ естественнаго права, а не практическая система положительнаго права.

Въ ученіи о главнѣйшемъ вещномъ правѣ, о собственности, традиція опять указывается какъ общее начало. „Die mittelbare Erwerbung des Eigentums einer Sache erfordert, ausser dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben“²⁾. Это начало относится къ движимостямъ и недвижимостямъ. Но тутъ же, въ ученіи о приобрѣтеніи недвижимостей, уже и запись выдвигается; она упоминается какъ особенность приобрѣтенія недвижимостей, но въ этомъ качествѣ она такъ подчеркивается, что принимаетъ видъ правила для оборота недвижимостей. Именно, сначала запись требуется, наподобіе устава 1783 г., для полученія приобрѣтателемъ права распоряженія недвижимостью по книгѣ³⁾. Потомъ запись требуется вообще для вѣрности оборота, какъ обязательная мѣра⁴⁾. Наконецъ, приобрѣтеніе отъ записаннаго собственника провозглашается предпочтительнымъ передъ приобрѣтеніемъ отъ незаписаннаго⁵⁾, а если нѣсколько претендентовъ производятъ титулы отъ одного записаннаго ауктора, то предпочтается не тотъ, кто получилъ вещь по традиціи, а тотъ, кто раньше записалъ свой титулъ⁶⁾; если же никто не записалъ своего титула, то вопросъ о предпочтеніи рѣшается опять не традиціей, а время возникновенія титула⁷⁾; такимъ образомъ, въ предписаніяхъ, относившихся собственно до недвижимостей, традиція совершенно умалчивается въ своемъ значеніи, и выдвигаются титулъ и запись. Отсюда мы склонны согласиться съ тѣми учеными, которые, отчасти даже на основаніи изслѣдованій матеріаловъ къ Ландрехту, позднѣе приходили къ выводу, что Ландрехтъ имѣлъ въ виду, даже болѣе, чѣмъ уставъ 1783 г., вотчинно-ипотечную систему⁸⁾ и, только благодаря своей традиціонной системѣ, особенно объединенію права движимыхъ и недвижимыхъ имѣній, затемнилъ вопросъ такъ, что враги новыхъ идей, опираясь на общія положенія

1) I 10 § 1.

2) I 10 § 6.

3) I 10 § 12.

4) I 10 § 18.

5) I 10 § 19.

6) I 10 § 20.

7) Plathner въ Jurist. Wochenschr. за 1847 стр. 450, и въ брошюрѣ: Grundzüge der Preuss. H.-Verf. u. deren Umsturz durch die neuere R.-Wissch. Breslau 1856; Bornemann въ Preuss. Ger.-Zeit. за 1860 стр. 85 и, въ известной мѣрѣ, въ Syst. Darstell. des Preuss. Civ.-R. Berlin 1842 стр. 124.

нія Ландрехта, могли вложить въ содержаніе памятника чисто романистическій разумъ ¹⁾.

Въ ученіи о залогѣ Ландрехтъ опять держится системы римскаго и естественнаго права; въ общемъ ученіи о залогѣ памятникъ сводитъ вмѣстѣ право заклада движимостей и ипотеки на недвижимости, какъ будто между этими институтами въ правѣ новыхъ народовъ, а особенно при дѣйствіи режима публициитета, не больше чертъ различія, чѣмъ чертъ сходства, и для обоихъ устанавливаетъ одни общія начала, въ ущербъ ясности обихъ организаций ²⁾. Впрочемъ, общалъ естественно-правовая система не помѣшала Ландрехту даже въ общемъ ученіи о залогѣ подчеркнуть разницу въ способахъ установленія ипотеки и заклада и уже совѣтъмъ стряхнуть старое въ ученіи объ ипотекахъ и организовать институтъ ипотеки на точныхъ новыхъ началахъ.

Немаловажное ограниченіе начала публициитета представляло въ Ландрехтѣ чрезмѣрное расширеніе начала mala et bona fides, такъ что одно знаніе пріобрѣтателя о личномъ соглашеніи отчуждателя съ 3-мъ лицомъ, относящемся до пріобрѣтенія той же вещи, уже опорочивало неисцѣлимо актъ пріобрѣтенія ³⁾.

II. Право ипотеки въ Ландрехтѣ 1704 г.

1. *Понятіе ипотеки* дается Ландрехтомъ не особое для этого вида обремененія предмета и не со вниманіемъ къ имъ же внесеннымъ и вліяющимъ на понятіе ипотеки началамъ ипотечнаго режима, а—общее для ипотеки и заклада, традиціонное, даже римское понятіе—залога вообще. Залогъ есть вещное право, предоставляемое кому-либо на чужую вещь въ цѣляхъ обезпеченія требованія, и въ силу котораго управомоченный можетъ требовать своего удовлетворенія даже изъ субстанции заложенной вещи ⁴⁾. Лишь по условіямъ возникновенія ипотека, по мысли Ландрехта, отличается отъ заклада и тоже на римскій образецъ.

2. *Возникновеніе ипотеки.* Ландрехтъ согласно теоріи того времени, различаетъ титулъ и способъ возникновенія.

¹⁾ Даже Дернбургъ, I 21, констатируя пониманіе Ландрехта практикой, романзируетъ его смыслъ.

²⁾ Насколько обобщеніе заклада и ипотеки неудачно, приведу для примѣра хоти-бы только послѣдствія аксессуарнаго отношенія залога къ требованію. Въ общихъ положеніяхъ о залогѣ мы читаемъ, что залогъ при недействительномъ требованіи недействителенъ (I, 20 § 12), съ прекращеніемъ или задавненіемъ требованія—прекращается (I, 20 § 55, 56), тогда какъ въ ученіи объ ипотекахъ мы узнаемъ, что она не только существуетъ до тѣхъ поръ, пока не погашена по книгѣ (I, 20 § 522 и др.), но что до погашенія ипотеки не течетъ и давность требованія (I, 20 § 534).

³⁾ I, 19 § 5, 6, I, 10 § 10 и сл., § 24, 25, I 20 § 4 23 ff. и др.

⁴⁾ LR. I, 20 § 1: „Das dingliche Becht, welches Iemanden auf eine fremde Sache zur Sicherheit seiner Forderung eingeräumt worden und vermöge dessen er seine Befriedigung, selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann, wird ein Unterpfandsrecht genannt“. Позднѣе мы увидимъ, насколько это опредѣленіе точное.

а) По титулу вообще ипотека все еще не отличается отъ заклада. Титулами для возникновенія обоихъ видовъ залога являются: 1) воля стороны ¹⁾, 2) законъ ²⁾, 3) судебный приговоръ, послѣдовавшій на требованіе cautio ³⁾, 4) исполнительное производство ⁴⁾.

Но въ деталяхъ титулъ ипотеки регулируется уже многими особенными началами, объясняемыми ипотечнымъ режимомъ.

Договоръ, по которому устанавливается ипотека на все имущество должника или даже только на избѣтныя недвижимости, еще не даетъ кредиту права требовать записи ипотеки, хотя бы и судебнымъ порядкомъ ⁵⁾, а скорѣе же для этого требуется еще новос и открытое волеизъявленіе должника ⁶⁾. Последнее предписаніе нѣкоторые объясняютъ довольно правдоподобно романистическими идеями, именно остатками взгляда на запись, какъ на actus publicus, придававшій ипотекамъ свойства привилегированнаго права и только ⁷⁾. Однако, въ Ландрехтѣ мы встрѣчаемъ и другое еще объясненіе. Дѣйствительность ипотечнаго права (an und für sich) зависитъ отъ дѣйствительности притязанія, для обезпеченія котораго ипотека устанавливается; поэтому ипотека не можетъ быть записана до тѣхъ поръ, пока должникъ возражаетъ на требованіе ⁸⁾. Специальное согласіе на запись служитъ лишнимъ средствомъ къ тому, чтобы поставить въ возможно полную гармонію матеріальную истину съ формальной.

Когда титуломъ ипотеки служитъ норма права и когда въ силу нормы права ипотека подлежитъ все имущество должника, управомоченное лицо тѣмъ не менѣе должно испрашивать записи ипотеки на отдѣльныя недвижимости обязаннаго ⁹⁾. При чемъ согласіе должника уже не требуется. Специальность объекта требуется не только формой ипотечной книги, но и интересами реального кредита.

Во всѣхъ случаяхъ главное право, которое обезпечивается ипотекой, должно принадлежать управомоченному на ипотеку противъ того, кто записанъ въ ипотечную книгу какъ собственникъ ¹⁰⁾. Противъ незаписаннаго въ качествѣ собственника установителя ипотеки невозможно и пріобрѣтеніе дѣй-

¹⁾ I, 20 § 2.

²⁾ Eod. § 3.

³⁾ Eod. § 4.

⁴⁾ Eod. § 5. Ср. I, 20 § 399.

⁵⁾ I, 20 § 402.

⁶⁾ Eod. § 403.

⁷⁾ Gesetz-Revision Pensum III, Entwurf 1829.

⁸⁾ I, 20 § 415—416.

⁹⁾ I, 20, § 400. Если ипотека по закону ограничивается опредѣленными предметами, то на другіе предметы она уже не можетъ быть записана безъ согласія должника. I, 20 § 401.

¹⁰⁾ I, 20 § 404. Общія положенія о залогѣ (I, 20 § 15—21), согласно коимъ залогъ можетъ установить всякій дѣеспособный и управомоченный на распоряженіе вещь..., опять оказывается неподходящимъ для ипотеки.

ствительной ипотеки ¹⁾. Наоборот, ипотека, покоящаяся на правомъриомъ-титулѣ и направленная противъ лица, по книгѣ значащагося собственникомъ, сохраняетъ свою силу, хотя бы позднѣе и оказалось, что книжный владѣлецъ не былъ настоящимъ собственникомъ ²⁾.

Легитимация книжного собственника и защита 3-го приобретателя черезъ publica fides ипотечной книги являются необходимыми и самыми первыми условиями обеспеченности и успѣха кредитныхъ отношений по недвижимостямъ, и Ландрехту принадлежитъ честь провозглашенія втораго начала впервые въ Пруссіи.

Форма актовъ и другія внѣшнія условия регулируются ипотечнымъ уставомъ.

б) Чтобы приобретение завершилось, къ титулу долженъ присоединиться способъ приобретения ³⁾. Въ этомъ-то способѣ приобретения общія положенія о залогѣ и усматриваютъ различіе ипотеки отъ заклада. Въ то время какъ закладъ приобретается передачей вещи кредитору ⁴⁾, ипотека приобретается записью титула въ ипотечную книгу ⁵⁾. Этотъ новый способъ возникновенія ипотеки, провозглашенный уже въ общихъ положеніяхъ о залогѣ, развивается съ особенной рѣшительностью въ особомъ ученіи объ ипотекахъ. „Nur durch die wirkliche Eintragung in die öffentlichen Grundbücher wird das Hyp.-Recht selbst erworben“ ⁶⁾. „До записи ни законная, ни договорная ипотека не имѣютъ значенія вещнаго права“ ⁷⁾. Такъ, Ландрехтъ порываетъ съ прежними колебаниями законодателя и устанавливаетъ начало записи какъ единственный способъ приобретения ипотеки.

Коррективомъ суровости условій записи, особенно условія соизволенія должника на запись ипотеки, служитъ по Ландрехту институтъ протестаціи

¹⁾ Но условная запись ипотеки допускается и противъ незаписаннаго собственника, причемъ предписываются мѣры къ обращенію такихъ ипотекъ въ действительныя послѣ записи права собственности и нормируется отношеніе такихъ ипотекъ къ reservatio domini отчуждателя (I, 20 § 406—408).

²⁾ I, 20 § 420.

³⁾ I, 20 § 6.

⁴⁾ Eod. § 7.

⁵⁾ Eod. § 8. Система римскаго и естественнаго права и тутъ проводится такъ далеко, что въ общемъ ученіи о залогѣ различіе заклада и ипотеки по способу установленія ихъ проводится одинаково и безъ различія въ отношеніи движимостей и недвижимостей. И лишь въ специальномъ ученіи о закладѣ, Ландрехтъ оговаривается, что для возникновенія заклада недвижимости одной передачи недвижимости все же недостаточно, и требуется еще запись права въ ипотечную книгу (I, 20 § 99, 100 и др.). Но не лучше ли было бы отказаться отъ римской системы и усвоить германское дѣленіе на область движимыхъ и недвижимыхъ вещей!

⁶⁾ I, 20 § 411.

⁷⁾ Eod. § 412. Разныя подробности въ § 448—453. Однако, Ландрехтъ и отъ этого начала дѣлаетъ въ вторыхъ отступленія: управомоченный по законной ипотеке всегда, а по договорной въ случаѣ точнаго указанія обременяемыхъ имѣній, можетъ и безъ записи направить взысканіе, обходя промежуточные ступени, на обремененныя недвижимости, вѣроятно послѣдній находится во власти должника (I, 20 § 413, 414).

въ пользу кредитора, регулируемый Ландрехтомъ сходно съ уставомъ 1783 г. ¹⁾. Коррективомъ суровости послѣдствій записи и въ цѣляхъ обеспеченія должника противъ разногласія формальной и матеріальной правды служитъ по Ландрехту протестація въ пользу должника. Черезъ одну запись притязанія въ ипотечную книгу должникъ, по Ландрехту, еще не утрачиваетъ возраженій, принадлежащихъ ему вообще противъ дѣйствительности притязанія. Противъ непосредственнаго контрагента эти возраженія допускаются неограниченно, по противъ 3-хъ лицъ они связаны известными границами. Противъ приобретателя ипотеки по оперозному титулу возраженіе не допускается, развѣ что должникъ до приобретения извѣстилъ 3-го приобретателя о наличии возраженій. Чтобы имѣть возраженіе противъ всякаго 3-го лица, должникъ долженъ отплатить ихъ въ ипотечной книгѣ. Для этого должнику дается срокъ 4 недѣли по записи требованія. Своевременное возраженіе дѣйствуетъ противъ всѣхъ, даже ранѣе вступившихъ съ кредиторомъ въ отношеніе по поводу такого требованія. Для вѣрности приобретения записаннаго права 3-я лица должны переждать 4 недѣли со дня записи права въ ипотечную книгу ²⁾. Не трудно замѣтить, что и протестація въ пользу должника организована Ландрехтомъ сходно съ ехе. non num рес. устава 1783 г.

Форма записи ипотеки, протестаціи должника и протестаціи кредитора регулируются уставомъ ³⁾.

Итакъ, по Ландрехту ипотека возникаетъ дѣйствительнымъ образомъ при условіи законнаго титула и записи. Ни титулъ безъ записи, ни запись безъ титула не способны создать права ипотеки. И титулъ и запись, по уставу, указываютъ causa obligationis. Отсюда, по Ландрехту и уставу, запись не является абстрактнымъ актомъ, а тѣмъ болѣе не является абстрактной сдѣлкой, служащая титуломъ ипотеки. Порочность сдѣлки—титула ипотеки влечетъ порочность записи. Но эта порочность есть оспоримость, а не ничтожность правоотношенія. И, сверхъ того, onus probandi порочности лежитъ на должникѣ, а не на кредиторѣ. Въ отношеніяхъ непосредственныхъ контрагентовъ порочность осуществляется безусловно. Въ отношеніяхъ 3-хъ лицъ она находитъ собою естественное ограниченіе въ publica fides ипотечной книги, вводимой впервые Ландрехтомъ. Насколько пороки ясны изъ акта

¹⁾ I, 20 § 417—421.

²⁾ I, 20 § 422—426.

³⁾ I, 20 § 427. Ландрехтъ тутъ же регулируетъ и ответственность ипотечныхъ установленій за неправильности, допущенныя при записи. Установленіе отвѣчаетъ за недостатки формы (I, 20 § 428) и не отвѣчаетъ за недостатки притязаній, обеспечиваемыхъ ипотекой (§ 429); оно отвѣчаетъ за „бросающіеся въ глаза“ недостатки инструмента (§ 430) и не отвѣчаетъ за экономическую достаточность обеспеченія, представляемаго ипотекой (§ 431); оно отвѣчаетъ за несоответствіе ипотечнаго свидѣтельства съ содержаніемъ ипотечной книги (§ 432). Послѣдовательность ответственности: впередъ отвѣчаетъ сторова, желавшая незаконно обогатиться на счетъ кредитора (§ 433), и тотъ, кто своимъ подлогомъ вызвалъ неправильное дѣйствіе суда (§ 434). И только тотъ, кто, обойдя главнаго должника, можетъ направить взысканіе прямо на поручителя, можетъ направить его прямо противъ суда (§ 435).

сдѣлки, получаемого 3-мъ лицомъ, и изъ ипотечной книги, настолько они осуществимы безъ дальнѣйшаго и противъ 3-го лица, такъ какъ въ этихъ случаяхъ 3-е лицо не можетъ ссылаться на довѣріе къ ипотечной книгѣ и повѣдѣніе обстоятельствъ случая. Но насколько порочность неслучайна изъ акта ипотеки и книги ипотечной, оспоримость ипотеки противъ 3-го лица, по правилу, не допускается; для допущенія ей въ этихъ случаяхъ требуется, чтобы должникъ отмѣтилъ ее въ ипотечной книгѣ и сдѣлалъ оспоримость публичной или чтобы 3-й приобретатель инымъ путемъ узналъ о порочности ипотеки, и сталъ „недобросовѣстнымъ приобретателемъ“ ипотеки. Законодатель полагалъ, что такая организція будетъ достаточной для ипотечнаго оборота. Позднѣе, однако, выяснилось, что и эта мѣра публицитета не достаточна, такъ какъ при ней публицитетъ книги подтачивается внѣ ея существующими факторами.

3. *Притязанія, въ обеспеченіе которыхъ можетъ быть установлена ипотека.* Этотъ вопросъ регулируется въ общихъ положеніяхъ о залогѣ. Такими притязаніями являются всѣ правомѣрные притязанія. Не правомѣрность притязанія, равносильная не дѣйствительности его, влечетъ бездѣйствіе и ипотеки. Мы, однако, знаемъ уже, насколько это начало ограничивается публицитетомъ записаннаго въ ипотечную книгу требованія. Притязаніе можетъ быть не только уже существующимъ, но и имѣющимъ поступить въ будущемъ; такого рода притязаніе можетъ быть обеспечиваемо ипотекой настолько, насколько допускается ради него *cautio* ¹⁾.

4. *Лица, могуція установить ипотеку.* Въ общемъ ученіи о залогѣ Ландрехтъ провозглашаетъ таковыми всѣхъ способныхъ и управомоченныхъ распоряжаться недвижимостью. По ипотечный режимъ ставитъ границы и тутъ: ипотеку можетъ установить только тотъ, кто по ипотечной книгѣ значится собственникомъ обременяемой недвижимости ²⁾.

5. *Предметъ ипотеки.* Въ увлеченіи теоріей естественнаго права, питаемой римскими правовыми идеями, Ландрехтъ вовсе не затрагиваетъ въ общемъ ученіи о залогѣ вопроса о предметѣ ипотеки, хотя вся исторія германскаго правообразованія должна была бы указать законодателю, что въ этомъ пунктѣ закладъ и ипотека рѣзко различаются по германскому правозозрѣнію. Ландрехтъ, напротивъ, охотно признаетъ закладъ и на недвижимости; ипотеку на движимости Ландрехтъ лишь обходитъ молчаніемъ. Но специальное ученіе объ ипотекѣ содержитъ и даже начинается вопросомъ о предметѣ ея. Предметомъ ипотеки являются недвижимыя вещи и тѣ права, которыя законъ приравливаетъ къ недвижимымъ вещамъ. Но и тутъ ипотечный режимъ вноситъ ограниченія. Ипотека допускается лишь на тѣ недвижимости и права, которыя записаны въ ипотечную книгу. Ипотека, по Ланд-

¹⁾ I, 20 § 11—14.

²⁾ I, 20 § 15—31. См. также выше о титулѣ ипотеки.

рехту, не допускается даже на недвижимости, развѣ только онѣ не приобщены къ ипотечному режиму ¹⁾ ²⁾.

1) I, 20 § 390, 391. А закладъ недвижимости? Онъ тоже немислимъ по Ландрехту безъ записи въ книгу, т. е. онъ тоже немислимъ на незыблемую недвижимость. Что же остается отъ естественно-правовой системы Ландрехта и какое значеніе можно придавать ей при толкованіи разума памятника?! Очевидна отсюда вся неоправданность сужденій тѣхъ юристовъ, которые, опираясь на систему Ландрехта, строили выводы, неблагоприятныя новому режиму. Понятно, Ландрехтъ устанавливаетъ и начала формальнаго права режима, тождественныя съ уставомъ (I, 20 § 392—398).

2) Ипотека распространяетъ свое дѣйствіе на всю недвижимость и на всѣ принадлежности ея, бывшія на лицѣ въ моментъ записи ипотеки (I, 20 § 443; понятіе принадлежности дается въ т. II § 42). Впрочемъ, въ этомъ отношеніи неодинаково третируются движимыя и недвижимыя принадлежности. Движимыя принадлежности, которыя отдѣлились за періодъ отъ возникновенія ипотеки и до осуществленія ея, развѣ онѣ находятся въ рукахъ 3-хъ лицъ, не подлежатъ ответственности по ипотекѣ (I, 20 § 445). Съ другой стороны, вновь присоединившіяся къ вещи движимыя принадлежности подчиняются ипотекѣ (Eod. § 446).

Недвижимыя принадлежности, бывшія въ моментъ установленія ипотеки, отвѣчаютъ по послѣдней, въ чьихъ бы рукахъ онѣ ни оказались въ моментъ осуществленія ипотеки (Eod. § 443). И если стороны желаютъ освободить ихъ отъ ипотечной ответственности, онѣ должны открыто упомянуть о томъ какъ при описи подлежащихъ обремененію ипотечной недвижимостей, такъ и въ записи ипотеки въ книгу (§ 447).

Наоборотъ, недвижимыя принадлежности, дошедшія къ ипотечному записи ипотеки изъ чужой собственности, не подчиняются ипотекѣ, обременяющей главную недвижимость (§ 454, 55).

Если на мѣсто обремененной ипотекой принадлежности, дѣлюю послѣдней, приобретается другая принадлежность, кредиторъ получаетъ ипотеку на новую принадлежность вмѣсто прежней (§ 456). Но онъ можетъ отказаться отъ этой комбинаціи, и тогда сохраняетъ право на старую принадлежность противъ ея новаго владѣльца (§ 457).

Когда вслѣдствіе исправленія границъ, раздѣла общаго имущества принадлежности недвижимости обмѣниваются, кредиторъ не имѣетъ указаннаго выбора; новыя принадлежности тутъ уже по закону вступаютъ на мѣсто прежнихъ (I, 20 § 458, 59).

Если принадлежности обмѣниваются въ указанномъ производствѣ раздѣла или исправленія границъ на деньги, кредиторъ извѣщается о томъ судомъ (§ 460). Тогда онъ имѣетъ право выбора; онъ можетъ потребовать или возстановленія пострадавшей обеспеченности, путемъ употребленія на то денежной суммы, или уплаты изъ нея части капитальной суммы обеспеченнаго ипотекой долга (§ 461). Если должникъ не хочетъ этого или не можетъ, кредиторы имѣютъ право требовать досрочнаго удовлетворенія ихъ требованій (§ 462). Но они должны осуществить это право въ теченіе 6 недѣль. Если они это сдѣлаютъ, то ихъ ипотека на уступленную принадлежность сохраняется вплоть до оковчанія ихъ отношеній. Если же они пропускаютъ 6-нед. срокъ, ипотека ихъ на отдѣлившуюся принадлежность прекращается (§ 463—65. 466).

Право ипотечнаго кредитора не измѣняется и съ перемежной субстанціи заложенной вещи (§ 469).

Приращенія и т. п., насколько они не являются принадлежностями недвижимости, присоединенными къ послѣдней изъ чужой собственности, подчиняются ипотекѣ, обременяющей главную вещь (§ 470). Ипотека поражаетъ и зданія, находящіяся на участкѣ или послѣ возведенія. Но когда ипотека открыто устанавливается только на почву, а зданія построены на ней 3-мъ лицомъ, не собственникомъ почвы, тогда эти зданія не признаются заложенными, въ ущербъ строителю. Но собственникъ зданій все же обязуется удовле-

б. *Дѣйствіе ипотеки.* Этотъ вопросъ регулируется и въ общихъ положеніяхъ о залогѣ, но точнѣе онъ развивается въ специальномъ ученіи объ ипотекахъ.

Ипотека отвѣчаетъ передъ кредиторомъ прежде всего за капитальный долгъ. Но затѣмъ она отвѣчаетъ и за % на капиталы. Она не отвѣчаетъ за %, установленный на случай пога, равно за издержки по осуществленію требованія, если это открыто не условлено въ ипотечной сдѣлкѣ и не записано въ ипотечную книгу. Издержки на установленіе ипотеки обезпечиваются послѣдней лишь тогда, когда это открыто отмѣчено въ ипотечной книгѣ¹⁾.

Право ипотечнаго кредитора распространяется ради всего требованія кредитора какъ на цѣлое, на которое это право установлено записью, такъ и на отдѣльныя доли цѣлага. Поэтому, если ипотека установлена на нѣскольکو участковъ или если одинъ участокъ, обремененный ипотекой, раздѣленъ потомъ на нѣсколько участковъ, ипотечный кредиторъ можетъ направить взысканіе по поводу всего своего требованія на каждый участокъ и на любую долю раздѣленнаго участка²⁾.

Сущность правомочій ипотечнаго кредитора выражается въ правѣ его требовать удовлетворенія созрѣлаго его требованія изъ заложенной вещи судебнымъ порядкомъ³⁾. Ландрехтъ считаетъ нужнымъ добавить, что такъ какъ дѣйствіе ипотеки сводится главнымъ образомъ ко взысканію изъ цѣны заложенной недвижимости суммы требованія, то ипотечный кредиторъ не имѣетъ тѣхъ правомочій, которыя вытекаютъ изъ владѣнія вещью⁴⁾. Кредиторъ осуществляетъ свое право черезъ секвестрацію, имmissію и субгастацію недвижимости⁵⁾.

творить ипотечныхъ кредиторовъ почвы въ предѣлахъ полной цѣны почвы, по высшей таксѣ. Въ этихъ предѣлахъ кредиторы могутъ направить взысканіе и на зданія и даже на дуть при удовлетвореніи въ возникшемъ конкурсномъ или ликвидаціонномъ процессѣ вперёдъ поздне записанныхъ на зданіе ипотечныхъ кредиторовъ (§ 471—474).

Плоды и доходы отъ участка подлежатъ ипотека, пока они не отдѣлены отъ главной вещи. Отдѣленными плодами, разъ только кредиторъ не заявляетъ въ отношеніи ихъ своего права залога, собственникъ распоряжается свободно. Будущими же плодами должника-собственникъ не можетъ распоряжаться въ ущербъ ипотечному кредитору (I, 475—477). Поэтому лицо, желающее обезпечить себя будущее полученіе плодовъ, должно записать свое право въ ипотечную книгу. I, 20 § 478—81.

1) I, 20 § 482—489.

2) I, 20 § 467—468.

3) I, 20 § 436. Общія положенія о залогѣ содержатъ рядъ предписаній, развивающихъ вопросъ въ деталяхъ, особенно устанавливающихъ значеніе разнаго рода соглашеній сторонъ по вопросу о способахъ осуществленія удовлетворенія. I, 20 §§ 24—34. Lex commissoria открыто исключается § 33. Тутъ же регулируется и право вступленія младшихъ залоговыхъ кредиторовъ и поручителей въ положеніе старѣйшаго кредитора за удовлетвореніе послѣдняго. Право вступленія допускается лишь тогда, когда старѣйшее требованіе созрѣло, но тутъ даже и тогда, когда состоялось опредѣленіе суда о продажѣ залога. I, 20 § 36—41.

4) § 437. Отсюда Ландрехтъ выводитъ право собственника устанавливать и другія ипотеки на обремененную недвижимость. § 438, 439.

5) I, 20 § 490. Подробности производства въ уставѣ гражд. судопроизв. (I, 20 § 491).

Если должникъ ухудшаетъ вещь и этимъ уменьшаетъ обезпеченность ипотечнаго требованія, кредиторъ можетъ приступить къ преждевременному взысканію по своему требованію. А если онъ этого не хочетъ или не можетъ по свойствамъ обезпеченнаго притязанія, онъ можетъ просить судъ объ ограниченіи должника въ его правѣ распоряженія заложенной вещью¹⁾.

Насколько кредиторъ будетъ удовлетворенъ путемъ продажи или присужденія ему съ торговъ заложенной вещи, настолько возникаютъ всѣ дѣйствія уплаты, непосредственно совершонной должникомъ²⁾. Напротивъ, самымъ установленіемъ залога должникъ не освобождается отъ личнаго обязательства³⁾. Съ наступленіемъ срока уплаты кредиторъ можетъ направить взысканіе и на прочее имущество должника, и на его лицо⁴⁾. Но должникъ можетъ направить кредитора съ его взысканіемъ на залогъ, если обремененная недвижимость еще находится въ рукахъ должника⁵⁾. Если кредиторъ желаетъ отказаться отъ залога, онъ можетъ направить свое взысканіе на прочее имущество должника или даже на лицо⁶⁾. Если за промежуточное время заложенная вещь будетъ отчуждена 3-му лицу, кредиторъ можетъ, сохранивъ право залога, направить взысканіе раньше на должника⁷⁾.

Кредиторъ всегда можетъ направить взысканіе прямо на залогъ кто бы ни установилъ послѣдній⁸⁾. Когда же личный должникъ и собственникъ заложенной недвижимости суть разныя лица, кредиторъ имѣетъ выборъ: искать съ вещи или сначала съ должника. Искъ съ должника тутъ не лишаетъ кредитора права на залогъ до полного удовлетворенія⁹⁾. Только 3-й собственникъ имѣетъ за себя предположеніе, что хотѣлъ обязаться передъ кредиторомъ не больше, какъ только въ предѣлахъ цѣны заложенной вещи¹⁰⁾. Всякій собственникъ обязанъ допустить взысканіе кредитора, направленное на заложенную вещь, — но не свыше цѣны заложенной вещи, если лично не обязался¹¹⁾.

Такимъ образомъ, и въ Ландрехтѣ, какъ и въ кодексѣ Наполеона, мы замѣчаемъ компромиссъ между римской и германской организаціей ипотеки: когда должникъ и собственникъ заложенной недвижимости — одно лицо, кредиторъ обязуется прежде всего направить взысканіе на предметъ залога, какъ въ ср.-в. въ Германіи; когда же это разныя лица, — кредиторъ имѣетъ выборъ,

На торгахъ допускается торговаться и кредиторъ и должникъ; послѣдній только за наличную уплату (Еед. § 42).

1) I, 20 § 441—442.

2) § 43.

3) § 44.

4) § 45.

5) § 46.

6) § 47.

7) § 48.

8) § 49 и 492.

9) § 494, 95.

10) § 50, 51, 52.

11) § 53, 54, 492.

какъ въ Римѣ. По предоставленіе 3-му обладателю заложенной вещи *beneficium excussionis* Ландрехтъ уже вовсе не допускаетъ.

По римскому образцу, ипотека Ландрехта еще признается акцессорнымъ правомъ, хотя акцессорное отношеніе и нарушается началомъ формальнаго бытія ипотеки, независимаго отъ свойствъ негласнаго личнаго требованія, но крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ границахъ. И на этомъ формальномъ моментѣ ипотеки Ландрехта вскорѣ же юристы стали строить выводы, которые звучали парадоксами съ точки зрѣнія римскаго права ¹⁾. Наконецъ, подобно ипотекамъ Наполеонова кодекса, германисты 60-хъ и 70-хъ гг. и въ ипотеку Ландрехта безъ труда отыскали бы выдвигаемыя ими черты германской ипотеки, какъ *Realobligation*, стоитъ только опираться на букву закона. И тутъ кредиторъ имѣетъ, съ виду, такъ же мало непосредственнаго воздѣйствія на заложенную вещь, какъ при ипотекахъ Наполеонова кодекса; — все право кредитора какъ будто сводится, подобно *neueere Satzung*, къ праву требовать судебнаго отчужденія заложенной недвижимости въ цѣльхъ удовлетворенія изъ выручки. Это требованіе направляется противъ каждаго наличнаго собственника заложенной недвижимости; собственникъ же какъ таковой признается въ Ландрехтѣ должникомъ ипотечнаго кредитора, т. е. какъ-будто обязаннымъ къ положительному дѣйствию, къ уплатѣ ипотечнаго долга; даже приговоръ суда, какъ утверждаетъ Дернбургъ, въ практикѣ прусскихъ судовъ гласитъ объ уплатѣ долга, и только на случай неуплаты грозитъ экзекуціей на заложенную недвижимость; отсюда, если кредиторъ достигаетъ недвижимости черезъ лицо ея собственника, то обязанность послѣдняго въ концѣ-концовъ не только существуетъ черезъ обладаніе заложенной недвижимостью, но и падаетъ черезъ экзекуцію на недвижимость. Все это и даетъ право нѣмецкимъ юристамъ конструировать подобное ипотекамъ Ландрехта правоотношеніе, какъ германское вѣчное право требованія, *Realobligation*, и ставить современную ипотеку въ родовую связь отчасти съ *neueere Satzung*, отчасти съ *Reallasten*. Отъ первой ипотека отличается лишь тѣмъ, что она акцессорна и есть уже матеріальное вѣчное право; отъ вторыхъ она отличается тѣмъ, что предназначена служить одновременно, а не устойчивому осуществленію ²⁾.

Однако, и тутъ мы вынуждены повторить тѣ же критическія замѣчанія на конструкцію ипотеки Ландрехта, какъ *Realobligation*, которыя нами были сдѣланы выше для Наполеонова кодекса. Именно, ни въ матеріалахъ къ Ландрехту ³⁾, ни въ исторіи правообразованія до Ландрехта мы не встрѣчаемъ рѣшительно никакихъ намековъ на то, чтобы перемѣнился взглядъ на природу ипотеки послѣ ея романизации. Равно мы не можемъ объяснить такую перемѣну и какими либо практическими соображеніями, такъ какъ ипо-

¹⁾ Ниже.

²⁾ Meibom § 4, Regelsberger § 10, Dernburg § 35, Sohm въ Grünhuts Zeitschr. V стр. 1, и друг.

³⁾ Хранящихся въ Министерствѣ Юстиціи, въ Берлинѣ.

тека, конструируемая какъ *Realobligation*, не даетъ рѣшительно никакихъ практическихъ результатовъ, чѣмъ ипотека римская, какъ строго вѣчное право, поражающее недвижимость въ ея цѣновомъ моментѣ. Оуждающій и собственника къ уплатѣ судебный приговоръ, восплѣдовавшій на ипотечный искъ, санкціонируется лишь той же экзекуціей на заложенный предметъ и не допускаетъ экзекуціи на прочее имущество собственника заложенной недвижимости. Отсюда, и для Ландрехта отвѣтственность собственника заложенной недвижимости по ипотечному требованію можно понимать лишь какъ обще-гражданскую отвѣтственность терпѣть нападеніе кредитора на вещь. И тутъ собственникъ заложенной недвижимости имѣетъ лишь право, а не обязанность удовлетворить ипотечнаго кредитора. А способъ осуществленія права кредитора въ порядкѣ судебной экзекуціи, какъ мы уже знаемъ, не рѣшаетъ ничего въ вопросѣ о природѣ этого права.

Отсюда и въ примѣненіи къ ипотекамъ Ландрехта моментъ долга имѣетъ не больше значенія, чѣмъ въ примѣненіи къ ипотекамъ имперскаго уложенія, открыто отказавшагося отъ строгости ипотеки, какъ *Realobligation*, а именно моментъ долга тутъ имѣетъ значеніе чисто бытовое, — ипотека служитъ кредиту; но въ правовой организаціи ея этотъ долговой моментъ ничѣмъ рѣшительно не заявляетъ себя. Ипотека Ландрехта, подобно ипотекамъ Наполеонова кодекса, является строго вещнымъ бременемъ на недвижимость, поражающимъ послѣднюю въ ея цѣновомъ моментѣ. Но въ Ландрехтѣ уже болѣе, чѣмъ въ кодексахъ, эта римская сущность ипотеки получаетъ такой конкретный обликъ, который, по практической своей способности служить потребностямъ современнаго кредитнаго оборота, далеко оставляетъ за собою римское конкретное строеніе ипотеки. И не въ общей своей сущности, а въ конкретной организаціи современная ипотека отрывается отъ римскаго прообраза ея.

7. *Порядокъ и преимущества записанныхъ ипотечныхъ требованій*, по общему правилу, опредѣляется порядкомъ записей ихъ въ ипотечную книгу ¹⁾.

Если цѣны вещи оказывается недостаточно для удовлетворенія всѣхъ или нѣсколькихъ ипотечныхъ кредиторовъ, тогда требованіе $\frac{1}{2}$ -въ имѣетъ равное право съ требованіемъ капитала лишь въ размѣрѣ недоимки за 2 года. Въ остальной же суммѣ $\frac{1}{2}$ -ое требованіе удовлетворится послѣ всѣхъ, даже личныхъ требованій капитала. Такое ограниченіе цѣлится, очевидно, по возможности уточнить размѣръ ипотечнаго бремени въ цѣльхъ специалитета суммъ, что необходимо для оборотоспособности ипотеки. Издержки на отчужденіе заложеннаго участка вычитаются изъ выручки отъ продажи недвижимости напередъ. Напротивъ, искъ ипотечнаго кредитора въ конкурсѣ противъ сокредиторовъ по осуществленію своего притязанія осуществляется изъ имущественія самого кредитора ²⁾.

¹⁾ I, 20 § 500. Подробности въ §§ 501—503 съ ссылкой на § 451, 52.

²⁾ I, 20 § 504—508, съ ссылкой на конкурсное право.

Ландрехтъ знаетъ и уступки ранга старѣйшимъ кредиторамъ въ пользу послѣдующихъ кредиторовъ. Уступка ранга особенно практикуется при обращеніи владѣльца недвижимости къ банковому кредиту, который допускается только подъ старѣйшую ипотеку.

Простое согласіе ипотечнаго кредитора на отчужденіе или дальнѣйшее обремененіе ипотеками заложенной недвижимости не оказываетъ влияния на его право ¹⁾.

Чтобы согласіе кредитора на преимущество новой ипотеки передъ его ипотекой получило силу, это преимущество должно быть совершено письменно и записано въ ипотечную книгу ²⁾.

А на практикѣ, кажется, уже на почвѣ Ландрехта допускалось оставленіе мѣста въ ипотечной книгѣ открытымъ для будущей ипотеки ³⁾.

8. *Цессія ипотечныхъ требованій.* Ландрехтъ хотѣлъ быть вѣрнымъ римскому праву, когда устанавливалъ начало: „въ какой мѣрѣ ипотечный кредиторъ можетъ самъ распорядиться записаннымъ въ книгу требованіемъ, въ такой же мѣрѣ онъ управомоченъ уступать и ипотеку, установленную для обезпеченія его требованія, а равно и закладывать ее“ ⁴⁾. Однако, скоро было открыто несоотвѣтствіе начала ипотечному режиму. И начало потеряло соотвѣтствующія ограниченія ⁵⁾.

Дѣйствительность цессіи ипотечнаго требованія не зависитъ отъ записи ея въ ипотечную книгу. Но запись оказываетъ кредитору важныя услуги ⁶⁾.

9. *Прекращеніе ипотеки.* И тутъ Ландрехтъ регулируетъ вопросъ не вполне въ духѣ новыхъ началъ, имъ же провозглашенныхъ, а скорѣе въ духѣ стараго права, лишь уснащая послѣднее оговорками. Вопросъ регулируется какъ въ общихъ положеніяхъ о залогѣ, такъ и въ специальномъ отдѣлѣ объ ипотекахъ. Коренное начало прекращенія ипотеки—это слѣдующее: насколько прекращается притязаніе, для котораго установлена ипотека, настолько же, по крайней мѣрѣ по правилу, прекращается и вещное право ипотечнаго кредитора ⁷⁾. Отдѣльные случаи прекращенія главнаго притязанія регулируются Ландрехтомъ въ своемъ мѣстѣ ⁸⁾.

Но, какъ мы сейчасъ увидимъ, это начало терпитъ коренныя измѣненія отъ дѣйствія публициета. Когда главное требованіе прекратилось, должникъ управомоченъ требовать погашенія ипотеки, по правиламъ устава 1783 г.

1) § 496.

2) I, 20 § 497. Незаписанная оговорка дѣйствительна между сторонами, но не въ отношеніи 3-го лица. § 498, 99.

3) Ниже.

4) I, 20 § 511. Цессія регулируется въ tit. 2, Abschn. 3.

5) Anh. § 53: „Цессіонарію только тогда можно предъявить возраженіе компенсаціи, возникшей до цессіи и т. п., когда возраженіе записано въ ипотечную книгу или стало навѣстно цессіонарію инымъ путемъ“.

6) I, 20 § 513, 514. Аналогично цессіи регулируется и залогъ ипотечнаго требованія. I, 20 § 515, 516.

7) I, 20 § 520.

8) § 55, 56—57, 60—67, 61—70.

И если онъ не сдѣлалъ этого, онъ не можетъ оспаривать права 3-го лица, приобретеннаго послѣднимъ отъ записаннаго кредитора, добросовѣстно довѣривъ ся ипотечной книгѣ, соблюдая предписанія закона. Чтобы защитить себя отъ подобныхъ распоряженій записаннаго кредитора, должникъ, въ случаѣ отказа кредитора дать согласіе на погашеніе ипотеки, долженъ, до рѣшенія дѣла судебнымъ порядкомъ, отмѣнить свое возраженіе противъ будущихъ распоряженій книжнаго кредитора, въ ипотечной книгѣ. И только правильно совершонное погашеніе отмѣняетъ вещное право кредитора. По это погашеніе ипотеки наступаютъ и тогда, если бы самое притязаніе, для котораго ипотека установлена, еще не погасло ¹⁾.

Но Ландрехтъ не выдерживаетъ до конца и этой новой точки зрѣнія и устанавливаетъ смѣшанную начала, безъ ущерба для оборота. Если погашеніе записаннаго требованія послѣдовало неправильно, кредиторъ не теряетъ своего вещнаго права, полученнаго съ записью ипотеки. Онъ только не можетъ осуществитъ этого права въ ущербъ 3-мъ лицамъ, записавшимъ свои ипотеки или инымъ вещнымъ права послѣ погашенія его ипотеки. Напротивъ, кредиторы, записанные раньше погашенія, не могутъ извлечь изъ погашенія выгоды. Но погашеніе служитъ на пользу тѣхъ, кто получаетъ послѣ погашенія ипотеки, путемъ цессіи или залога, права, слѣдующія по книгѣ за погашенной ипотекой, хотя-бы записанныя и раньше погашенія, и отмѣчаютъ цессію и залогъ въ ипотечной книгѣ. Не служитъ неправильное погашеніе требованія на пользу кредиторовъ, незаписанныхъ вовсе ²⁾.

Такимъ образомъ, публициетъ ипотечной книги, какъ таковой, вызываетъ уже извѣстную самостоятельность ипотеки и независимость ея въ существованіи и прекращеніи отъ обезпечиваемаго ею личнаго притязанія.

Эти свойства публичной ипотеки находятъ себѣ въ другомъ мѣстѣ признаніе, совершенно неожиданное съ точки зрѣнія романистической системы Ландрехта, но вполне послѣдовательное съ точки зрѣнія началъ новаго ипотечнаго режима. Именно, Ландрехтъ заканчиваетъ регламентацію ипотеки положеніемъ, что до погашенія ипотеки по книгѣ не течетъ и давность личнаго требованія, ипотекой обезпечиваемаго ³⁾.

Въ этомъ случаѣ самое личное отношеніе ставится въ зависимость отъ вещнаго права ипотеки.

III. *Право собственности въ Ландрехтѣ.* Въ ученіи о собственности мы намѣтимъ лишь организацию перехода ея изъ рукъ въ руки, такъ какъ съ этой именно организациіи началось перерожденіе института въ духѣ потребностей современнаго экономическаго строя, и эта же организациія создавалась въ цѣляхъ соотвѣтствія отношеній по собственности интересамъ вѣрной постановки реального кредита.

1) § 521—525.

2) I, 20 § 526—530. Подробности § 531—533.

3) I, 20, 534—535, ср. 55—59. Закладъ недвижимости не рассматриваю; онъ регулируется началами, имющими много общаго съ ипотекой, хотя и много особеннаго. См. I, 20 § 71 и слѣд.

Регламентація приобретения собственности въ Ландрехтѣ характеризуется крайней непослѣдовательностью въ основныхъ началахъ, борьбой римскаго и современнаго вотчинно-ипотечнаго режима, ихъ принципиальной несогласованностью, которая позднѣе и открыла мѣсто жесточайшей контроверзѣ по вопросу о направленіи Ландрехта, гдѣ каждое изъ противоположныхъ направленій мысли находило опору въ правѣ Ландрехта: контроверза разрѣшилась торжествомъ римскихъ началъ надъ началами новаго режима. Випю всему было то, что Ландрехтъ не переработалъ должнымъ образомъ новаго течения въ правѣ, а своей системой подрывалъ его, хотя и желалъ усвоить его и дѣйствительно усвоилъ.

Уже въ очеркѣ системы и общаго разума предписаній Ландрехта о вещномъ правѣ мы отмѣчали, что, слѣдя системѣ естественнаго права, питаемаго римскими началами, Ландрехтъ, въ общихъ положеніяхъ о вещномъ правѣ, объединяетъ движимости и недвижимости и устанавливаетъ для обѣихъ областей вещей начало, въ силу котораго вещное право возникаетъ тогда, когда къ личному праву (Recht zur Sache) присоединяется традиція ¹⁾. Традиція завершаетъ, согласно этому общему началу, всякое посредственное приобретение вещи, будетъ-ли послѣдняя движимой или недвижимой. Этимъ началомъ Ландрехтъ воздастъ полную дань духу своего времени.

Въ ученіи о собственности это общее начало снова повторяется въ общихъ положеніяхъ, относящихся до движимостей и недвижимостей, изъ того же уваженія къ римской системѣ и системѣ естественнаго права, не признававшихъ кореннаго бытового различія обѣихъ сферъ вещей. Производное приобретение завершается традиціей ²⁾, первообразное приобретение завершается завладѣніемъ ³⁾. Лишь въ отдѣльныхъ случаяхъ законъ замѣняетъ традицію, напр., въ случаѣ судебнаго отчужденія ⁴⁾, наслѣдованія ⁵⁾, легата ⁶⁾, купли наслѣдства, приобретения по жребію ⁷⁾ и др.

Но вотъ, когда Ландрехтъ переходитъ къ ученію о приобретении собственности недвижимости, онъ начинаетъ говорить уже другимъ языкомъ и намѣчаетъ нѣсколько тѣхъ основныхъ началъ, болѣе или менѣе новыхъ, которые, взятыя вмѣстѣ съ общими началами, дадутъ картину, къ сожалѣнію, полную внутренняго противорѣчія.

¹⁾ I, 2 § 135: „Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache“.

²⁾ I, 10 § 1: „Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert ausser dem dazu nöthigen Titel, auch die wirkliche Uebergabe derselben“. § 3 добавляетъ, что собственность приобретается по традиціи лишь тогда, когда самъ традистъ былъ собственникомъ.

³⁾ I, 9 § 3: „Zur Erwerbung des Eigenthums wird die Besitznehmung erfordert“.

⁴⁾ I, 2 § 342.

⁵⁾ I, 9 § 369.

⁶⁾ I, 12 § 288.

⁷⁾ II, 11 § 414, 573.

1. Признавая собственность на недвижимость воплѣть приобретенной вездѣ тамъ, гдѣ въ лицѣ производнаго приобретателя имѣются титулъ и традиція, Ландрехтъ требуетъ, однако, „въ цѣлѣхъ надежности приобретения и устранения процессовъ“, явки приобретения въ ипотечное установленіе для записи въ ипотечную книгу ¹⁾. Эта запись не входитъ въ составъ приобретательнаго акта и является вышней мѣрой публичнаго порядка, т. е. полицейской мѣрой, къ совершенію которой собственникъ принуждается даже ex officio судебной властью округа, гдѣ расположена недвижимость, подъ угрозой денежнаго штрафа въ пользу фиска ²⁾. Остановись Ландрехтъ на этой точкѣ зрѣнія и проведи ее послѣдовательно, система его была-бы цѣльной и ясной. Это была-бы римская система, гдѣ вопросъ о приобретении рѣшается традиціей. Запись приобретения была-бы подчинена традиціи и служила-бы только официальнымъ актомъ, укрѣпляющимъ отношеніе по недвижимости. И мы легко могли бы утверждать, что отношенія собственности по недвижимости, въ противоположность отношеніямъ ипотеки, не подчинены въ Ландрехтѣ, какъ таковыя, ипотечному режиму и публичитету, что они подчинены послѣднимъ лишь въ узкомъ кругѣ кредитныхъ—ипотечныхъ отношеній. Но Ландрехтъ этого не сдѣлалъ и не хотѣлъ сдѣлать.

2. Прежде всего Ландрехтъ лишилъ незаписаннаго въ ипотечную книгу собственника цѣлага ряда важныхъ полномочій, входившихъ въ содержаніе собственности ³⁾,—напр., права патроната ⁴⁾ и другихъ почетныхъ правъ ⁵⁾; далѣе,—легчайшаго доказательства jus ad rem, путемъ ссылки на ипотечную книгу ⁶⁾; но, что всего важнѣе,—права распоряженія недвижимостью передъ судомъ, по ипотечной книгѣ ⁷⁾, въ частности, права установленія на недвижимость ипотеки ⁸⁾.

Такимъ образомъ, незаписанный собственникъ, или, какъ онъ обыкновенно называется въ литературѣ и судебныхъ рѣшеніяхъ, натуральный собственникъ оказывается уже далеко не имѣющимъ всѣхъ полномочій собственности.

3. Но, далѣе, Ландрехтъ для записи приобретения вовсе и не требуетъ, по крайней мѣрѣ, открыто предварительнаго совершенія традиціи, а признаетъ запись воплѣть дѣйствительной, когда она совершена на основаніи приобретательной сдѣлки, облеченной въ торжественную официальную форму ⁹⁾.

¹⁾ I, 10 § 12: „Um die Ungewissheit des Eigenthums der Grundstücke und die daraus entstehenden Prozesse zu verhüten, ist jeder neue Erwerber schuldig sein Besitzrecht in das Hyp.-Buch eintragen zu lassen“.

²⁾ I, 10 § 13.

³⁾ Общій очеркъ входящихъ въ содержаніе собственности полномочій. См. въ I, 8 § 9.

⁴⁾ II, 11 § 598.

⁵⁾ II, 11 § 27, II, 17 § 29.

⁶⁾ I, 7 § 10.

⁷⁾ I, 10 § 6.

⁸⁾ I, 20 § 405.

⁹⁾ I, 10 § 15, 16. Ср. уставъ 1783.

4. И эту запись Ландрехт въ цѣломъ рядѣ предписаній о приобретѣнн недвижности вооружаетъ всѣми свойствами публичитета и ставитъ условіемъ полноты правомочій собственника. Во всѣхъ отношеніяхъ къ 3-мъ лицамъ, а не только въ отношеніяхъ по ипотецѣ, книжный собственникъ, или, какъ онъ обыкновенно называется въ литературѣ и судебныхъ рѣшеніяхъ, цивильный собственникъ, является, какъ таковой, полноправнымъ распорядителемъ недвижности¹⁾. Приобрѣтеніе отъ книжнаго собственника любого вещнаго права признается неуязвимымъ ни со стороны незаписаннаго собственника, ни со стороны преемниковъ послѣдняго²⁾. Во внутреннимъ отношеніяхъ между записаннымъ собственникомъ и незаписаннымъ, потерявшимъ отъ того, что собственность или иное вещное право приобретено отъ записаннаго собственника 3-мъ лицомъ, все сводится къ простому личному требованію возмѣщенія ущерба³⁾. И тутъ законъ точно не говоритъ о роли традиціи, въ частности о томъ, требуется-ли, чтобы къ приобретѣнію собственности отъ записаннаго собственника непременно присоединилась традиція; скорѣе же приходится сдѣлать выводъ, что законъ вовсе не требуетъ традиціи въ приобретѣніи отъ книжнаго собственника, иначе онъ не установилъ бы столь общей нормы, подъ которую неизбѣжно подходить случаи, когда владѣніе недвижностью находится въ рукахъ натуральнаго собственника и когда, слѣдовательно, книжный собственникъ даже и не можетъ совершить традиціи⁴⁾.

Но если въ указанныхъ случаяхъ еще возможно сомнѣніе о роли традиціи въ приобретѣніи собственности отъ книжнаго собственника, путемъ книжной записи, то регулированіе Ландрехтомъ случаевъ, когда коллидируютъ нѣсколько приобретателей, уже не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что традиція не играетъ по Ландрехту никакой роли въ книжномъ приобретѣніи. Именно, Ландрехтъ признаетъ тутъ преимущественно за тѣмъ приобретателемъ, который или производитъ титулъ отъ книжнаго собственника, или запишетъ свой титулъ раньше другихъ, или получить титулъ раньше другихъ, но никогда не за тѣмъ, который раньше получитъ традицію⁵⁾. Отсюда мы удо-

1) I, 10 § 7: „Der im Hyp.-Buch eingetragene Besitzer wird, in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen“.

2) I, 10 § 8: Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einlässt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten“.

3) I, 10 § 9. „Vielmehr. bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer, wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheil, seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer nach gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten“. Чаще всего это будетъ случай, когда внѣшній собственникъ отчуждаетъ недвижимость и отчужденіе не записывается въ книгу, а потомъ онъ вторично отчуждаетъ недвижимость 3-му лицу, которое и запишетъ отчужденіе въ книгу. Первый приобретатель, натуральный собственникъ, имѣетъ тогда лишь простой личный искъ къ отчуждателю.

4) См. примѣръ предш. примѣчанія.

5) I, 10 § 18. „Wenn verschiedene Personen einen an sich rechtsgültigen Titel zur Erwerbung des Eigenthums einer unbeweglichen Sache erhalten haben, so geht derjenige,

становляемся уже съ полной очевидностью, что традиція не только въ этой коллизіи не имѣетъ никакого значенія, но что она не требуется и для приобретѣнн недвижностей по книгѣ вообще¹⁾. Традиція, несмотря на то, что система Ландрехта выдвигаетъ ее какъ универсальное начало, остается по Ландрехту способомъ для внѣ-книжнаго оборота; послѣдній же составляетъ правило лишь для движимостей, т. е. Ландрехтъ всѣми средствами добивается утвержденія оборота недвижностей на книгѣ; отсюда естественно заключить, что Ландрехтъ хотѣлъ организовать оборотъ недвижностей на титулѣ и записи²⁾, отведи традиціи значеніе простого факта овладѣнія, слѣдующаго на основаніи книжнаго приобретѣнн, — значеніе ничтожное юридически: традиція безъ записи не обезпечиваетъ приобретѣнн, при записи не имѣетъ значенія, а запись дѣйствительна и безъ традиціи. Другими словами, Ландрехтъ цѣлялся создать не ипотечную, а вотчинно-ипотечную систему, и остается только пожалѣть, что онъ не выдержалъ своего плана въ общихъ положеніяхъ о вещномъ правѣ и собственности и открылъ лазейку романтическому направленію, господствовавшему въ то время въ теоріи. Проведи Ландрехтъ послѣдовательно новыя начала, высказанныя имъ въ спеціальному ученіи о книжномъ оборотѣ, онъ опять былъ бы ясенъ и послѣдователенъ. Его теорія была бы германистической теоріей, родственной Auflassung. Но и этого не произошло. Ландрехтъ все же признаетъ натуральнаго собственника за истиннаго³⁾, а книжнаго — только за фингированнаго созданныя для обезпеченности оборота, и только принимаетъ мѣры къ тому, чтобы истинная и книжная собственность не расходилась. Составители Ландрехта, какъ показали изслѣдованія матеріаловъ къ памятнику⁴⁾, усваивая одновременно двѣ системы — римскую традицію и германскую Auflassung, вовсе и не подозревали, что на дѣлѣ соединеніе двухъ системъ приведетъ къ конфликту; напротивъ, они ожидали отъ смѣшенія системъ гармоніи и для полнаго достиженія послѣдней считали достаточнымъ ограничиться установленіемъ принудительнаго предъявленія приобретѣнн въ ипотечное установленіе для записи послѣднихъ. На дѣлѣ, однако, получилась невыносимый дублицитетъ собственности.

dessen Titel von den im Hyp.-Buch eingetragenen Eigenthümer herführt, den übrigen vor“. § 19: „Haben die Präcedenten insgesamt ihren Titel von diesem eingetragenen Eigenthümer, so gebührt demjenigen, der seinen Titel zuerst in das Hyp.-Buch hat eintragen lassen der Vorzug“. § 20: Hat noch keiner unter Ihnen die Eintragung erhalten, so kann derjenige, dessen Titel zuerst entstanden ist, dieselbe vorzüglich fordern“.

1) Ср. Plathner въ Juristische Wochenschrift за 1847, стр. 540; ero же Grundzüge der preuss. Hyp.-Verf. und deren Umsturz durch die neuere Rechtswissenschaft, Breslau 1856; Bornemann въ Preuss. Gerichts-Zeitung за 1860, стр. 85; Entwurf eines Gesetzes über das Hyp.-Wesen u. einer HO. f. Preussen. Berlin 1864 и др.

2) Для jura in re aliena это намѣреніе и выражается. I, 21 § 4: „Bei Grundstücken u. Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechts in das H.-Buch, die Wirkungen des körperlichen Besitzes der Sache“.

3) I, 10 § 10.

4) См. цит. выше работы Plathner'a и Bornemann'a.

5. Въ институты Ландрехта, и собственность въ томъ числѣ, проникнуты началомъ bona fides, развитымъ до крайнихъ размѣровъ. 3-е лицо, знающее о болѣе раннемъ титулѣ иного лица, никоимъ образомъ уже не можетъ приобрести собственность на вещь въ ущербъ ранѣе титулованнаго; отношеніе титулованнаго называлось Recht zur Sache; знаніе о такомъ отношеніи означало уже mala fides. И эта mala fides не исцѣлялась и не уступала даже публициету. Если 3-й приобретатель отъ книжнаго собственника знаетъ, что книжный собственникъ не есть и натуральный собственникъ, онъ не можетъ приобрести собственности въ ущербъ натуральному собственнику ¹⁾.

Такая запутанная организація оборота недвижимостей въ точномъ значеніи слова не могла не вызвать позднѣе самыхъ рѣзкихъ колебаній взглядовъ какъ въ теоріи, такъ и въ судебной практикѣ—по вопросу о значеніи и природѣ ипотечной книги для отношеній по собственности.

IV. Права на чужую вещь. Въ этой области Ландрехтъ, въ общемъ, менѣе слѣдуетъ новымъ началамъ, чѣмъ въ регламентаціи ипотеки и даже собственности. Онъ различаетъ реальные правомочія по степени ихъ очевидности и экономического значенія. Сервитуты, наличие которыхъ легко распознается изъ сооружений, воздвигнутыхъ на обремененной вещи, освобождаются отъ записи, ради сбереженія труда чиновниковъ. Они возникаютъ, существуютъ и переходятъ на каждого владѣльца обремененной вещи безъ записи. Тоже — и сервитуты, не отражающіеся значительно на доходахъ обремененной вещи (Nutzungsertrag) ²⁾.

Напротивъ, тѣ сервитуты, которые чувствительно поражаютъ доходъ имѣнья и въ то же время не могутъ быть легко распознаваемы третьими лицами изъ какихъ-либо внѣшнихъ сооружений и т. п., подлежатъ записи въ ипотечную книгу ³⁾. Эта запись не является способомъ установленія такихъ сервитутовъ. Последніе дѣйствуютъ въ отношеніи установителя и безъ записи ⁴⁾. Запись же имѣетъ цѣлью сдѣлать ихъ дѣйствительными въ отношеніи 3-хъ лицъ. Безъ записи такіе сервитуты не обязательны для 3-го приобретателя иначе, какъ только въ теченіе 2-хъ лѣтъ ⁵⁾.

Все это ясно и принципиально болѣе послѣдовательно, чѣмъ регламентація отношеній по собственности. Но Ландрехтъ сейчасъ же вноситъ въ ученіе о сервитутахъ дисгармонію, провозглашая начало величайшей принципиальной важности: „Bey Grundstücken und Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechts in das Hyp.-Buch, die Wirkungen des Körperliches Besitzes

¹⁾ I, 10 § 10: „Weiss aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer über das Grundstück Verhandlungen schliesst, dass derselbe nicht wahrer Eigenthümer sey, so kann er dadurch, zum Nachtheile des letzten, kein Recht erwerben“. Частный случай записи вытекаетъ изъ отмычки въ книгѣ спора о собственности (I, 10 § 11). Начало относится и до коллизій въсколькихъ титулованныхъ (§ 24, 25).

²⁾ I, 22 § 16, 17.

³⁾ I, 22 § 18.

⁴⁾ I, 22 § 20.

⁵⁾ I, 22 § 21.

der Sache“ ¹⁾. Если бы Ландрехтъ помѣстилъ это начало въ общее ученіе о вещномъ правѣ, онъ создалъ бы гармоническій ипотечный режимъ. Но помѣщеніе начала въ ученіи о jura in re aliena, не всегда подлежащихъ и записи, общало внести лишь новый принципиальный разладъ въ систему. Начало же лишилось великаго значенія, и на него никто никогда не ссылался въ безконечныхъ спорахъ о природѣ записи при приобретеніи собственности по Ландрехту ²⁾.

V. Заключеніе. Какъ ни запутана организація вотчинно-ипотечнаго оборота въ Ландрехтѣ, памятникъ все же въ общемъ и цѣломъ, а особенно въ ученіи объ ипотекахъ, сдѣлалъ огромный шагъ впередъ, установивъ на новыхъ началахъ ипотечный режимъ, болѣе или менѣе послѣдовательно проведя начало публициета, какъ основы ипотечныхъ отношеній. Въ этомъ случаѣ Ландрехтъ сказалъ первое рѣшительное слово, котораго не сказали уставъ 1783 г. Разница обонхъ законодательныхъ памятниковъ была такъ значительна по вопросу о publica fides ипотечной книги, что правительство, не смотря на рядъ патентовъ, признававшихъ Ландрехтъ вообще за автентическое толкованіе устава 1783 г., издало специальную мѣру о томъ, чтобы начала Ландрехта, провозглашающія публициетъ ипотечной книги, разсматривались какъ автентическое толкованіе соответствующихъ предписаній устава 1783 г. ³⁾.

§ 75. Allgemeine Gerichtszordnung 1795 г. ⁴⁾.

Въ ту же эпоху кодификаціонныхъ работъ Фридриха В. вышелъ еще памятникъ процессуальнаго права, именно Allgemeine Gerichtsordnung 1795 г., намъ интересный не столько своимъ конкурснымъ правомъ, въ общемъ повторяющимъ Corpus juris Fridericianum 1783 г. ⁵⁾, сколько развитіемъ начала легалитета ⁶⁾.

Кромѣ изслѣдованія внѣшнихъ условій дѣйствительности предпринимаемыхъ сторонами юридическихъ дѣйствій, судья призывается углубиться

¹⁾ I, 21 § 4. Какъ оказывается, Суарецъ, въ Revisio monitorum, ad tit. 20 § 1—4 обратилъ большое вниманіе на это начало, усматривая въ немъ „jetzige neue Theorie“, въ духъ которой должно было быть переработано все ученіе о сервитутахъ. Но изъ этого ничего не вышло, т. к. боялись чрезвычайной работы чиновниковъ. См. Gesetz—Revisio, Pensum III, Entwurf 1829, I, 31 стр.

²⁾ Въ томъ же ученіи о jura in re aliena Ландрехтъ повторяетъ и начало bona fides, съ болѣею обстоятельностью, чѣмъ гдѣ-либо. I, 19, § 5: „Kann aber der Besitnehmer überführt werden, dass ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sey; so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen“. § 6: „Vielmehr muss zwischen ihnen die Frage: welchem von beiden durch die Einräumung des Besitzes ein dingliches Recht beizulegen sey? lediglich nach der Beschaffenheit ihres beiderseitigen persönlichen Rechts zur Sache entschieden werden“.

³⁾ Hafrescript v. 5 Mai 1794 у Rabe, II, 628.

⁴⁾ Für die Preussische Staaten. 1 Th. Berlin 1795.

⁵⁾ I, Th. L Tit. 4 Abschn.

⁶⁾ II, Th. 2 Tit. § 28—36 и 3 Tit. § 10—20.

въ самое содержаніе послѣднихъ, въ намѣренія сторонъ и въ обстановку сдѣлки, чтобы внушить публикѣ довѣріе къ дѣятельности судебныхъ установлений. Отсюда, если судья найдетъ невѣрныя или нечистыя данныя въ условіяхъ соглашенія на той или другой сторонѣ, напр. одна сторона вызываетъ другую на заключеніе сдѣлки посредствомъ ложныхъ убѣжденій, увѣреній, симуляцій и разныхъ искусственныхъ выкладокъ и другихъ средствъ, или если нея сдѣлка имѣетъ цѣлью обойти или ввести въ убытокъ 3-е лицо, судья долженъ отказать въ совершеніи такой сдѣлки, указать сторонамъ значеніе послѣдней и недозволенный ей характеръ или даже изслѣдовать дѣло и показать виновнаго. Когда судья имѣетъ дѣло съ лицами, несвѣдущими въ правѣ или неопытными въ сдѣлкахъ, или когда онъ видитъ, что стороны неясно представляютъ себѣ содержаніе предпринимаемой ими сдѣлки и ея послѣдствій, судья обязуется сообщить имъ о законахъ, относящихся до сдѣлки, объ обязанностяхъ, вытекающихъ изъ нея и возможномъ ущербѣ, охраняя слабого отъ сильнаго. Но судья долженъ не принуждать, а только освѣдомлять.

Если судья находитъ, что стороны не достаточно поняли другъ друга, или не согласились насчетъ извѣстныхъ пунктовъ сдѣлки, онъ старается ихъ согласить. Въ этихъ цѣляхъ судья изслѣдуетъ предъявляемыя ему условія сдѣлки пунктъ за пунктомъ.

Подведемъ теперь самые общіе итоги реформамъ Фридриха V. Мы уже видѣли, что эти реформы отчасти подвели итоги и закрѣпили все предшествующее правообразованіе въ области ипотечнаго режима (АНО. 1783), отчасти же создали новыя начала его (ALR 1794). Не всегда въ ясной и послѣдовательной формѣ онѣ установили начало публициитета всѣхъ важнѣйшихъ вещныхъ правъ и воплотили его для ипотеки, какъ это и слѣдовало ожидать, такъ какъ ипотека вообще являлась центральнымъ пунктомъ, около котораго и ради котораго группировались и распространялись далѣе всѣ новшества правообразованія новѣйшаго періода, названнаго подъ именемъ вотчинно-ипотечнаго режима.

Реформы утвердили и довели до крайности начало легалитета, въ духѣ времени. Слабѣ осуществили они начало специалитета, слабо проведенное какъ въ томъ отношеніи, что, изъ экономіи работы, было допущено соединеніе недвижимостей, принадлежащихъ одному лицу и въ одномъ округѣ, подъ однимъ общимъ именемъ, такъ и въ томъ отношеніи, что были допущены многочисленныя кауціонныя ипотеки, безъ точнаго опредѣленія суммы, въ предѣлахъ которой недвижимость отвѣчаетъ по такой ипотецѣ.

Приоритетъ проведенъ въ реформахъ съ полной послѣдовательностью и прозрачностью. Эти измѣненія формальнаго ипотечнаго права повлекли за собою нѣкоторыя измѣненія и матеріальнаго права ипотеки. Хотя она по прежнему продолжаетъ третироваться памятникомъ, какъ право аксессуарное, зависящее въ своей судьбѣ отъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго, однако начало публициитета ставитъ ее косвенно въ положеніе самостоятель-

наго правоотношенія, иногда же лично правоотношеніе подчиняется въ своей судьбѣ правоотношенію ипотеки.

Соціальный строй, къ которому реформы приурочивались, характеризуются чертами феодализма. Феодальный строй отразился не только на кругѣ вещныхъ правоотношеній, но и на строгости ипотечной книги и на производствѣ въ ипотечныхъ установленіяхъ. Онъ облегчилъ законодателю задачу, такъ какъ позволялъ намѣтить общія фізіономіи имѣній, безъ перечня отдѣльныхъ принадлежностей, правомочій и т. д. и т. д., естественныхъ для феодальнаго строя и не нуждающихся въ записи. Далѣе, феодальный строй имѣетъ спутникомъ типъ болѣе или менѣе крупнаго землевладѣнія, допускающаго болѣе или менѣе сложную правовую организацію оборота недвижимостей безъ чувствительнаго сравнительно ущерба для интересовъ сторонъ. Наконецъ, феодальный строй характеризовался сравнительной неподвижностью землевладѣнія и устойчивостью цѣлостнаго состава имѣній, — что, въ свою очередь, давало возможность организовать оборотъ на относительно громоздкихъ, но зато вѣрныхъ началахъ. Землевладѣніе не имѣло еще въ то время и на рынкѣ кредита такихъ значительныхъ конкурентовъ, какъ промышленность и государство, предложившихъ позднеѣ болѣе выгодныя условія для помѣщенія капитала. Велѣдствіе всего этого реформы Фридриха V. не задумались создать ипотечный режимъ на началахъ громоздкихъ, но вѣрныхъ. И въ свое время этотъ режимъ удовлетворялъ потребностямъ оборота и былъ вполне терпимъ¹⁾.

§ 76. Судьбы устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г. въ Пруссіи.

I. Ипотечный режимъ, созданный реформами Фридриха V., постепенно сталъ достоинствомъ многихъ областей, входящихъ въ составъ Прусскаго королевства, но не составляющихъ коренныхъ прусскихъ областей, какъ-то: Южной Пруссіи въ 1795 г., Новой Восточной Пруссіи и польскихъ диетрихтовъ (Новой Силезіи) въ 1797 г., Ансбаха и Байрѣйта въ 1800 г., такъ наз. Entschädigungsländer—въ 1803 г. и др.²⁾.

Послѣ разгрома Пруссіи Наполеономъ, прусскій ипотечный режимъ во многихъ областяхъ былъ искалѣченъ или даже вовсе замѣненъ французскимъ режимомъ („Вестфальскіе транскрипціонныя реестры“). Съ паденіемъ владычества Наполеона, когда Пруссія не только вернула прежнія области, но и приобрѣла новыя, и прусскій режимъ не только восстанавливается тамъ, гдѣ онъ прежде дѣйствовалъ, но и вновь вводится въ нѣкоторыхъ изъ тѣхъ областей, гдѣ прежде не дѣйствовалъ вовсе. При чемъ режимъ претерпѣваетъ мѣстами болѣе или менѣе значительныя измѣненія, соответствующія опыту и духу времени. Такъ, въ 1815 г. режимъ восстанавливается во вновь соединенныхъ провинціяхъ, лежащихъ „по ту сторону Эльбы и Везера“, въ

¹⁾ Dernburg, I, 25.

²⁾ Въ эти мѣропріятія входятъ у Rabe, III, стр. 126, 158, 200, VI, 227, IV 85; V 646, VI 126, VII 564, VIII 328, 333; ср. Dernburg u. Hinz, I, 39 и слѣд.

1818 г. — въ странахъ, лежащихъ между Эльбой и Рейномъ, отчасти вновь присоединенныхъ въ 1813 — 14 гг., а также въ вел. герц. Позенъ, Кульмскомъ и др. округахъ, въ 1820 г. — въ Саксонскихъ областяхъ, наконецъ, послѣ временнаго режима, т. наз. рекогниционнаго, въ 1834 г. режимъ вводится и въ Вестфалин. Самое большое новшество содержитъ Вестфальское положеніе 1834 г. 31 марта, согласно которому ипотечный режимъ ставится въ тѣсную связь съ кадастромъ. Мѣропріятія для прочихъ областей чаще всего составлены по типу патентовъ, вводимыхъ режимомъ впервые въ концѣ 18 в. ¹⁾.

II. На-ряду съ территориальнымъ распространеніемъ шла еще болѣе интенсивная внутренняя разработка началъ ипотечнаго режима, заложенныхъ въ кодификаціи Фридриха В. Эта разработка совершалась отчасти высочайшими рескриптами, но больше того судебной практикой и, кромѣ послѣдней, — еще особымъ органомъ, какъ будто нарочно учрежденнымъ для наблюденія за новымъ дѣломъ, именно — инстанціей жалобъ при министрѣ юстиціи, куда въ послѣдней инстанціи представлялись все спорные вопросы изъ области *judicatio voluntaria* и гдѣ, такимъ образомъ, получались свѣдѣнія о всякаго рода затрудненіяхъ, встрѣчавшихся при осуществленіи режима на практикѣ. Этотъ-то органъ, при непосредственномъ и живомъ участіи министра, и работалъ неустанно надъ развитіемъ новаго права. Путемъ специальныхъ и общихъ инструкцій, имѣвшихъ для судовъ обязательную силу, министр юстиціи пополнялъ все дѣйствительные и мнимые пробѣлы закона, благодаря чему достигалось однообразіе пониманія ипотечнаго дѣла, столь необходимое при новизнѣ послѣдняго. Но министерство наблюдало и за матеріальнымъ правомъ новаго режима, столь тѣсно связаннымъ съ формой, и энергично обставляло его и развивало вездѣ, гдѣ представлялся къ тому поводъ. Мы не разъ увидимъ, какой смѣлостью и прогрессивнымъ направленіемъ отличалась работа этого органа и какъ онъ не разъ обставлялъ духъ новаго права отъ романтическихъ посягательствъ на послѣдній со стороны суда. Указанная функція министерства юстиціи была учреждена въ *Kab.-Ordre v. 6 Sept. 1815* и отправлялась вплоть до отмены ея въ *Vg. v. 2 Jan. 1849* ²⁾, передавшей обязанности апелляціоннымъ судамъ. Опасности для новаго права больше не было, такъ какъ оно достаточно окрѣпло и пустило глубокіе корни въ практикѣ, а сверхъ того оно привлекало къ себѣ теперь и вниманіе науки, долготѣ остававшейся глухой къ новому теченію въ правѣ, вслѣдствіе своихъ романтическихъ тенденцій ³⁾.

III. Въ основу прусскаго ипотечнаго режима, по идеѣ законодателя (АНО. I § 6) полагалось начало полноты ипотечной книги въ томъ смыслѣ,

¹⁾ Все эти мѣры находятся: въ *Gez.-Samml. für Königl. Preuss. za 1815*, стр. 185; за 1818, стр. 45; тамъ же стр. 20; за 1820, стр. 101; за 1825 стр. 153, 236 и за 1834 47; а также въ *v. Kamptz Jahrbücher V*, 43. и въ *Graeff, IV* стр. 236. Ср. также *Dernburg u. H. I*, стр. 39 и слѣд.

²⁾ *Ges.-S.* стр. 11.

³⁾ Ср. *Dernburg u. Hinr. I*, 25.

что все недвижимости известнаго округа подлежатъ записи въ ипотечную книгу.

И вотъ это коренное начало не осуществилось, отчасти даже по вѣнѣ самого законодателя ¹⁾.

1. Прежде всего крестьянскія владѣнія, не представлявшія полной собственности, не принимались въ соображеніе; ихъ должны были представлять ипотечныя книги рыцарскихъ имѣній ²⁾.

Не получили особаго мѣста въ книгѣ и тѣ значительныя земли, которыя составляли предметъ *Gemeinheiten*, поздне отчужденныхъ ³⁾.

Вскорѣ было отчуждено начало полноты ипотечной книги и въ отношеніи недвижимостей, принадлежащихъ церквамъ, школамъ и прочимъ *ria corpora*, городскихъ *Kämmereigüter*. Для этихъ имѣній ипотечные листы должны были изготовляться лишь по мѣрѣ особой надобности, именно въ случаѣ позднѣйшаго отчужденія ихъ ⁴⁾.

Запись обширныхъ государственныхъ владѣній, въ особенности домовъ, съ самаго начала не имѣлась въ виду, при изданіи АНО. ⁵⁾.

2. Несовершенны были, а особенно не претендовали на полноту и тѣ основанія и источники, изъ которыхъ суды должны были черпать данныя при первоначальной организаціи ипотечныхъ книгъ (АНО IV § 5), какъ-то: налоговые списки, полицейскіе, книги сельскихъ правленій и т. п. Все они не могли быть полными, а сверхъ того и юрисдикція имѣній была въ то время перѣдко спорной и пейсной (АНО I § 17); вообще она была запутанной: одни участки (*eximirte*); подчинялись юрисдикціи высшихъ судовъ, другіе, сосѣдніе — подчинялись юрисдикціи низшихъ судовъ, при томъ же перѣдко различавшихся по типу ⁶⁾.

IV. 1. Уже первоначальное подчиненіе новому режиму недвижимостей было сопряжено съ огромными затрудненіями и съ большой опасностью для интересовъ гражданъ, особенно грозившей отъ преклюзивнаго дѣйствія, сопряженнаго съ организаціей ипотечной системы для непредъявленныхъ гражданами или неотчужденныхъ властью правъ на недвижимости въ опредѣленный срокъ. Опасность усиливалась отъ того, что уставъ 1783 г. выдвигалъ починъ суда и умалилъ роль самихъ гражданъ. Послѣдніе привлекались лишь къ осмотру уже готовыхъ книгъ въ известный преклюзивный срокъ. Суровость мѣръ обострялась тѣмъ, что управомоченные на обладаніе недвиж-

¹⁾ См. *Dernburg u. Hinr.*, I, 27.

²⁾ *Materialien* къ АНО. *Dernburg u. H. I*, 27.

³⁾ *Eod.*

⁴⁾ *Rescript an das Hofgericht zu Insterburg v. 9 Mz 1779* (Rabe I, 7 стр. 757): требуется только представленіе *Designation* недвижимостей, необходимой для приведенія въ извѣстность земель, подчиненныхъ *Landes-Justiz-Collegium*, *Rescript v. 24Dz. 1792* (Rabe II, 377).

⁵⁾ АНО I, § 7 не указываетъ на таковыя. Это предъшаштъ и *Rescript des Gross-Canzlers v. 5 Nov. 1777 an die West-Preuss. Regierung* (Rabe I, 6 стр. 259). Ср. *Dernburg u. H. I*, 27.

⁶⁾ *Dernburg u. H. II*, 27, 28.

мостью облязались указывать и способы, какими недвижимости дошли къ нимъ, и лица, отъ которыхъ онѣ дошли ¹⁾).

Этотъ мучительный и болѣзненный процессъ перехода къ новому режиму не остановился, однако, Пруссію отъ выполнения его, такъ какъ страна понимала, какія блага сулитъ ей новое право.

Но современемъ затрудненія привели правительство къ признанію необходимости смягченія суровыхъ мѣръ и затяжекъ со введеніемъ режима. Хотя при этомъ и признавалось открыто неудобство и рискъ, которыми грозятъ послѣднія мѣры обороту ²⁾.

2. Послѣдующее подчиненіе недвижимостей ипотечному режиму, временно оставшихся свободными отъ дѣйствія режима, доставляло и еще больше хлопотъ, работы, исключительныхъ мѣропріятій, нерѣдко временнаго, переходнаго, полудубличнаго положенія (рекогниціонныя свидѣтельства въ ожиданіи записи въ книги, только еще формируемая), и въ концѣ-концовъ затянуло осуществленіе идеи исчерпывающаго подчиненія всѣхъ, даже частныхъ, недвижимостей ипотечному режиму до безконечности ³⁾.

V. Но если, съ одной стороны, далеко не всѣ недвижимости подчинились ипотечному режиму, несмотря на огромныя затраты силъ и жертвъ, то, съ другой стороны, подчиненныя новому режиму недвижимости, по условіямъ того времени, не были даже приблизительно очерчиваемы въ своемъ составѣ записью въ ипотечныя книги. Ни объемъ самостоятельныхъ имѣній, полученныхъ особые листы въ ипотечной книгѣ, ни положеніе, ни величина ихъ, а тѣмъ менѣе отдѣльныя составныя доли ихъ и принадлежности, не указывались ипотечной книгой (АНО. I § 33—34). Съ другой стороны не только допускалось, но даже поощрялось соединеніе нѣсколькихъ имѣній одного лица на одномъ листѣ ⁴⁾. Причинъ надо искать отчасти въ феодальномъ строѣ, гдѣ точное описаніе состава обширныхъ имѣній и не особенно требовалось, такъ какъ составъ былъ болѣе или менѣе устойчивымъ и для публички обычнымъ и извѣстнымъ, такъ что не представлялось особой необходимости возлагать на чиновниковъ лишній трудъ, — отчасти же въ отсутствіи удовлетворительнаго кадастра.

Скоро, однако же, недостатокъ точной специализаціи недвижимостей въ ипотечной книгѣ сталъ влечь неудобства, и проблема специализаціи имѣній выступала все болѣе и болѣе на первый планъ, особенно когда феодальный строй зашатался, сельское хозяйство развивалось, цѣны на недвижимость росли, переѣзны владѣльцевъ учащались, возрастало и раздробленіе и сое-

¹⁾ АНО IV; Dernburg u. H. I, 31—34.

²⁾ Kab.-Og. v. 9 Mai 1839 (GS. 163): указаніе предшественника-собственника не требуется.

³⁾ Dernburg u. Hinrichs I, 34—38.

⁴⁾ Эта политика, провозглашенная еще Уставомъ 1783 г. и Ландрехтомъ, проводится и позднѣе, напр. КО. v. 9 Mai 1839, II, Instr. des I.-M. zur H.-Nov. v. 3 Aug. 1853 § 2 (I.-M.-Blatt).

диненіе участковъ другъ съ другомъ, а отсюда все чаще и чаще нарушалась замкнутость и цѣльность имѣній, сялошь и рядомъ не отражалась вовсе на содержаніи ипотечной книги и оставалась незамѣтной для оборота по книгѣ ¹⁾. Столкновеніе и разладъ между жизнью и книгой особенно отражался на экономической обеспеченности ипотечныхъ кредиторовъ въ случаяхъ, когда отъ записаннаго имѣнія отчуждается доля и не вычеркивается на листѣ ипотечной книги, а позднѣе на имѣніе устанавливается ипотека въ пользу кредиторовъ, ничего не знающихъ о томъ, что имѣніе въ дѣйствительности уже уменьшилось, и т. п.

Правительство въ цѣломъ рядѣ рескриптовъ ²⁾ настаивало во всѣхъ указанныхъ случаяхъ на публициетѣ ипотечной книги, въ силу котораго кредитору дѣла нѣтъ до фактическихъ отчужденій доли или принадлежности имѣнія, такъ какъ онѣ вѣрны книгѣ, и отчужденія признаются недѣйствительными въ отношеніи кредиторовъ, насколько стороны не вошли съ кредиторами въ сдѣлку ипаго содержанія. Судебная практика, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, утвердилась на той же мысли. Имѣніе признается въ отношеніяхъ ипотечнаго оборота имѣющимъ тотъ составъ, какой оно имѣло при организаціи его листа, насколько измѣненія не записаны въ ипотечную книгу ³⁾.

¹⁾ Правительство издавна боролось съ этимъ зломъ, какъ показываетъ эдиктъ отъ 19 окт. 1775 для Вост. Пруссіи и Литовіи, запрещавшій отчужденіе принадлежностей, отдѣльныхъ отъ главныхъ имѣній и выставляемыхъ подъ особымъ именемъ. Мотивомъ служило то, что такія отчужденія вносятъ путаницу въ кадастръ (Rabe, I, 6, стр. 67). Эдиктъ ссылается еще на болѣе раннія мѣры отъ 1717 и 1745 г. Къ концу 18 столѣтія парцелляціи становятся уже такъ часты, что вызываютъ цѣлый рядъ инструкцій со стороны высшихъ органовъ управленія низшимъ, местнымъ, которыя неизменно настаиваютъ на строгомъ соблюденіи предписаній устава 1873 и Ландрехта, не особенно охотно воспринимавшихся жизнью. Таковы: Rescript des Gross-Kanzlers an die Ostpreussische Regierung v. 29 Mai 1789, Rescript des Grosskanzlers v. 30 Nov. 1789, Publicandum des General-directorium v. 28 Mai 1795, Rescript des Justizministeriums v. 19 Oct. 1800 и мн. друг. (Находятся у Rabe (I, 7 стр. 772, 775, 791, III 63, VI 281). Ср. Dernburg u. H. I, 29. Но настоящее движеніе въ сторону раздробленія, парцелляціи имѣній далъ эдиктъ 9 окт. 1807, положившій начало отитымъ въ Пруссіи феодальнаго строя, провозгласившій широкую свободу оборота имѣній, приобрѣтенія и отчужденія, дробленія и раздѣловъ ихъ и приведшій къ гражданскому обороту все населеніе страны, прежде закрытое. Мѣра была вызвана затруднительнымъ положеніемъ государства въ борьбѣ съ Наполеономъ и дѣлалась возстановити экономическое благосостояніе націи. (GS. за 1822, стр. 170).

²⁾ См. всѣ рескрипты предш. примѣч.

³⁾ Особенно интересны и исторически важны покончившій съ этимъ вопросомъ Plenarbeschluss v. 19 Mz. 1855, Präjudiz 2616 находится въ Entscheidungen des Kön. Ober-Tribunals, Bd 30 (II Folge Bd 10) Berlin 1855, I X, 1 стр. 1): „Вещное право ипотечнаго кредитора распространяется и на ту долю субстанціи заложенной недвижимости, не отчужденную специально въ ипотечной книгѣ, которая уже до записи ипотеки перешла въ собственность 3-го лица, по не была списана съ главнаго имѣнія по ипотечной книгѣ за это время“. Въ текстѣ рѣшенія, въ мотивахъ, это положеніе распространяется и на принадлежность, прачемъ не дѣлается различія между специально перечисленными долями и принадлежностями имѣнія и между вовсе не перечисленными, такъ какъ законъ довольствуется

Такое разрѣшеніе вопроса было, конечно, послѣдовательнымъ, но факты, вызвавшіе его, указывали какъ на то, что жизнь упорствуетъ въ неподчиненіи новому ипотечному режиму, несмотря на мѣры принужденія къ записи титула, усвоенныя уставомъ и Ландректомъ, такъ и на то, какъ много споровъ и волокиты происходило отъ недостатка болѣе точной специализаціи имѣній, такъ какъ приходилось предпринимать самимъ сторонамъ сложныя поиски, чтобы установить первоначальный составъ имѣнія и, притомъ, надъ данными, ничего общаго не имѣющими съ ипотечной книгой. Главной виною всему было, повидимому, то, что Ландректъ не связалъ приобрѣтенія недвижимости съ записью въ ипотечную книгу. Приобрѣтеніе было дѣйствительно между сторонами и безъ записи. Когда оборотъ былъ менѣе подвиженъ, приобрѣтатель спокойно владѣлъ приобрѣтенной долей, не боясь никакого ущерба отъ незаписи своего приобрѣтенія, а если не хотѣлъ кредитоваться, то не имѣлъ и оцутительнаго интереса въ записи. Но вотъ отчуждатель устанавливаетъ ипотеку на свое имѣнье, и эта ипотека поражаетъ и долю, давно отчужденную собственникомъ. Такой порядокъ вещей причинялъ жестокий ущербъ приобрѣтателямъ долей. Онъ мало способствовалъ успѣху оборота и дискредитировалъ право.

Можетъ быть въ виду суровости публициета, а можетъ быть и по другимъ причинамъ, современемъ вошло въ обычай болѣе точное обозначеніе недвижимостей въ ипотечной книгѣ ¹⁾. Въ Вестфалии, какъ мы уже знаемъ, это стало закономъ ²⁾; да и въ остальной Пруссіи правительство стало рекомендовать возможно обстоятельное обозначеніе недвижимостей ³⁾. Но вездѣ, кромѣ Вестфалии, нормой оставалось общее обозначеніе недвижимости вплоть до 70-хъ гг.

VI. 1. Мы видѣли, какой путаницей основныхъ началъ характеризовалось право Ландректа, регулирующее приобрѣтеніе собственности, и какія надежды возлагали составители устава и Ландректа на принудительность записи приобрѣтенія собственности для упроченія гармоніи между натуральной и книжной собственностью. Однако, самый аппаратъ ипотечнаго режима Устава 1783 г. и Ландректа былъ столь громоздкимъ, что требовалъ много

и общимъ наименованіемъ недвижимости. Мотивы указываютъ и рядъ колебаній, встрѣчавшихся раньше въ судебной практикѣ, приводя и самыя тѣ рывки. Колебанія касались не только общаго вопроса о дѣйствіи публициета въ подобныхъ случаяхъ, но и частнаго вопроса о томъ, различать или нѣтъ дѣйствіе публициета въ отношеніи субстанціональной доли и принадлежности. Устраняя навсегда все эти колебанія и провозглашая полное дѣйствіе публициета для всѣхъ случаевъ, рѣшеніе 1855 г. руководится соображеніемъ существенной важности ипотечнаго режима для оборота, передъ которой должны уступить все соображенія мягкости и пощадъ къ страдающимъ оттого интересамъ лицъ, не сообразующихся съ предписаніями закона. Другія рѣшенія см. у Dernburg u. H. I. 29.

¹⁾ Rescript v. 20 Febr. 1785 (Hoffmann, Repertorium, стр. 217), Instruction v. 2 Aug. 1893 f. d. Dep. Naumburg § 67, Verfügung v. 23 okt. 1839 (Just.-Min.-Bl. стр. 352).

²⁾ VOg. v. 31 Mz. 1834 (GS. стр. 47), Allerhöchste Ordre v. 2 Aug. 1840 (Just.-Min.-Bl. стр. 250), Instruct. v. 30 Jan. 1842 (Just.-Min.-Bl. стр. 67).

³⁾ Instruction zur H.-Nov. v. 24 Mai 1853 Art. 2 N 2 (Just.-Min. Bl. стр. 275).

заботъ, времени и средствъ отъ тѣхъ, кто долженъ былъ обращаться къ нему.

Эти заботы и издержки еще были терпимы и оправдывались, когда существовалъ феодальный строй съ крупнымъ землевладѣніемъ и малой подвижностью послѣдняго. Но когда въ началѣ 19 ст. этотъ строй зашатался и началось дробленіе крупныхъ имѣній на мелкія, для мелкихъ владѣльцевъ проволоочки и пошлпы, сопряженныя съ лвкой и записью титула, стали очень чувствительными. Мелкій владѣлецъ предпочиталъ довольствоваться натуральной собственностью; особенно когда онъ не нуждался въ реальномъ кредитѣ, онъ не чувствовалъ нужды въ записи, такъ какъ ему не было надобности въ распоряженіяхъ по ипотечной книгѣ, связанныхъ записью приобрѣтенія. А опасность, что его владѣніе можетъ потерпѣть, если книжный собственникъ обременитъ и его долю ипотекой, казалась ему отдаленной. Какъ всякій средній человекъ, онъ былъ чувствителенъ къ конкретнымъ издержкамъ на пошлины, чѣмъ къ отвлеченной опасности все потерять. Къ этому присоединилось, конечно, и незнакомство темныхъ людей съ правомъ, ихъ привычка къ традиціи и живому факту владѣнія. И вотъ правительство въ Publicandum v. 1 oct. 1805 ¹⁾ провозглашаетъ записи приобрѣтенія свободной отъ принудительнаго характера и предоставляетъ совершеніе ея усмотрѣнію самого приобрѣтателя. Законодатель полагалъ, что и частный интересъ самихъ владѣльцевъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ будетъ побуждать ихъ къ предъявленію приобрѣтательныхъ актовъ въ ипотечныя установленія для записи, такъ какъ отъѣна принужденія записи не затронула прежняго значенія записи. Съ другой же стороны, законодатель не думалъ, чтобы отъѣна принудительности записи повлекла ущербъ государственнаго интереса, поскольку послѣдній сказывается въ обезпеченности частной собственности; законодатель считывалъ даже сберечь работу судовъ по надзору за аккуратнымъ предъявленіемъ приобрѣтательныхъ сдѣлокъ къ записи.

Но расчеты законодателя не оправдались. Предоставленные собственному усмотрѣнію, приобрѣтатели перестали предъявлять сдѣлки къ записи, и снова стала заявлять себя „необезпеченность собственности, увеличилось процессы, сталъ страдать и кредитъ, и общее благо, и добрый порядокъ“. И уже въ VOg v. 30 Aug. 1810 ²⁾ возобновляется прежняя принудительность записи. Когда въ 1815 г. ипотечный режимъ былъ распространенъ на новыя провинціи съ мелкимъ землевладѣніемъ, жалобы на принужденіе къ записи переходовъ собственности увеличились.

Правительство учредило ревизію законовъ. Ревизоръ ипотечнаго режима, съ принципомъ высказавшійся за принудительность записи титуловъ приобрѣтенія, признавалъ, однако, такую мѣру обременительной для мелкихъ владѣльцевъ и не особенно важной, т. к. мелкіе владѣльцы, по правилу, вовсе и не участвуютъ въ кредитномъ оборотѣ ³⁾. Въ литературѣ, въ свою оче-

¹⁾ Rabe VIII, 352.

²⁾ Rabe X, 409.

³⁾ Gesetz Revision, III Pensum, als Manuscript gedruckt, Berlin 1829.

редь, раздавались жалобы на обременительность системы принужденія для мелкаго землевладѣнія, особенно въ виду громоздкости интечнаго аппарата ¹⁾. Правительство, въѣсто улучшенія и упрощенія режима, рѣшило отмѣнить по прежнему, пуже окончательно, принудительность записи титуловъ приобрѣтенія, предоставивъ дѣло усмотрѣнію сторонъ. Сначала это было сдѣлано для Вестфалии въ Landtagsabschied v. 30 Juli 1827 ²⁾, послѣдовавшимъ на петицію вестфальскихъ сословій. Но потомъ въ Allerh. Kab.-Ordre v. 31 Oct. 1831 ³⁾ мѣра была распространена на всю монархію. Мотивомъ служило то, что „хлопоты и издержки, связанныя съ принудительностью записи, не стоятъ ни въ какомъ соотношеніи съ получаемыми отъ того выгодами, особенно при мелкомъ землевладѣніи“ ⁴⁾. Такъ пала принудительность записи титуловъ приобрѣтенія недвижимостей, служившая по Ландрехту единственной базой гармоническаго сочетанія двухъ противоположныхъ системъ: традиціи и Auflassung. Путаница началъ отъ этого еще болѣе обострилась и грозила упадкомъ новой системѣ.

2. Наряду съ вопросомъ о принудительности записи, передъ судебной практикой всталъ вопросъ и о томъ, можетъ ли имѣть мѣсто запись перехода собственности до совершенія традиціи? Мы видѣли, что Ландрехтъ не рѣшаетъ этого вопроса открыто и категорически. Косвенное же заключеніе отрицательнаго характера слишкомъ не согласовалось въ глазахъ судовъ, воспитанныхъ на римскихъ идеяхъ, съ общими положеніями Ландрехта о титулѣ и традиціи.

Правительство отвѣчало первое время на сомнѣнія судовъ рескриптами ⁵⁾, въ которыхъ исходило изъ идеи, что традиція не должна необходимо предшествовать записи, и даже не требуется доказательствъ совершенія ея для цѣлей записи; скорѣе, достаточно созволенія продавца на запись titulus poss. для новаго приобрѣтателя съ такимъ дѣйствіемъ, чтобы принимать послѣднѣя за полнаго собственника. Такимъ образомъ, первое время стояли очень близко къ теоріи Auflassung и традиціи придавали значеніе только выполненію приобрѣтательнаго акта, о чемъ стороны и соглашались между собою до или послѣ записи титула владѣнія.

Но позднѣе это пониманіе пало, и рескрипты же ⁶⁾ стали утверждать, что только по традиціи приобрѣтается собственность на недвижимость. Эта

1) Voss, Bemerkungen und Vorschläge zur Revision der H.O., въ 1830 г. отпечатанная для тѣснаго круга лицъ, а въ 1831 г. появившаяся въ Kamptz'sche Jahrbücher f. d. Preuss. GG., R.-Wiss. u. R.-Verw. Bd. 37, стр. 244; Bornemann, Syst. Darst. des Preuss. Civ.-R., стр. 124 (II изд.).

2) v. Kamptz, Annalen der Pr. Staatsverw. Bd. XI стр. 588.

3) GS. 1831 стр. 251.

4) Отъ 29 авг. 1784 и отъ 26 мая 1804 (Neues Archiv, Bd. 3 стр. 483, Рабе VIII 69, такъ же въ Gesetz-Revision, Pensum III als Man. abgdr. Berlin 1829).

5) Отъ 19 июня 1816, 27 мая 1819, 26 Мр. 1834 (v. Kamptz Jahrb. Bd. 8 стр. 53, Bd. 13 стр. 303, Bd. 43 стр. 203. Ges.-Revision, Pensum III указываетъ еще на рескрипты 14 о. 1815 и 9 дек. 1818.

перебѣна взгляда произошла не только подъ давленіемъ теоріи, всецѣло проникнутой романтическими идеями традиціи, но и особенно вслѣдствіе того, что по ряду условій, какъ намъ уже извѣстно, правительство было вынуждено отмѣнить принудительность записи приобрѣтенія недвижимостей и предоставить совершеніе ея усмотрѣнію сторонъ. При такихъ условіяхъ, особенно когда и жизнь и теорія протестовали противъ записи, было уже трудно устоять на идеѣ Auflassung и не перейти на проторенную дорогу традиціи ¹⁾.

Судебная практика обертрибунала уже въ старыхъ рѣшеніяхъ своихъ защищала точку зрѣнія традиціи ²⁾. Потомъ наступили колебанія, и одинъ изъ сенатовъ сталъ было на точку зрѣнія германской Auflassung, или записи ³⁾. Наконецъ, обертрибуналь снова и окончательно утвердился на точкѣ зрѣнія традиціи ⁴⁾. Въ 70-хъ гг., когда реформа права вызвала апелляціонные суда на отчетъ о положеніи судебной практики по вопросу о переходѣ собственности, безспорной нормой являлась уже традиція ⁵⁾. Теорія права, въ свою очередь, разбилась по этому вопросу на два лагеря. Меньшинство, углубляясь въ изученіе матеріаловъ къ Ландрехту, пыталось еще доказывать, что Ландрехтъ имѣлъ въ виду для записанныхъ недвижимостей установить принципъ Auflassung, и только для незаписанныхъ недвижимостей и для движимостей оставилъ традицію ⁶⁾. Но большинство даже германистовъ скло-

1) Эту связь двухъ вопросовъ отмѣчаютъ и проектъ 1869 г. стр. 31 и проектъ Мян. Сед. Хоз. 1863 г. стр. 127.

2) См. въ Arnsh. Archiv XI 440, XII 285, Striethorst Arch. III 225, особ. 227 VIII 226.

3) Striethorst Arch. III 223.

4) Сначала по частному вопросу въ Plenarbeschluss v. 7 Juli 1851 (Entsch. XXI, 10), а потомъ и въ общей формѣ въ Plenarbeschluss v. 6 Mz. 1854 (Entsch. XXVII 287) Последнее рѣшеніе, знаменитое своей исторической ролью, такъ какъ окончательно утвердило отношеніе суда къ вопросу, гласитъ: „Ist der Besitztitel eines Grundstücks auf eine Person eingetragen, die nicht wahrer Eigenthümer ist, und hat jemand von dieser Person, sei es auch redlicher Weise, das Grundstück ganz oder Theilweise angekauft, aber noch nicht übergeben erhalten, befindet sich dasselbe vielmehr im Besitze des wahren, nicht eingetragenen Eigenthümers, so kann der Käufer gegen den Letzten ein Recht auf die Sache, selbst wenn die Eintragung auf ihn geschehen, nicht geltend machen. Präjudiz 2501“.

5) Die Preuss. Ges.-Entwürfe über Grund.-Eig. u. H.-Recht nebst Motiven. Berlin 1869 стр. 32.

6) Plathner въ Jur. Wochenschrift за 1847 стр. 450, его же брошюра, Grundzüge der Preuss. H.-Verf. u. deren Umsturz durch die neuere R.-Wiss. Breslau 1856, Bornemann, въ Preuss.-Ger.-Zeitung за 1860 стр. 85. Но въ своемъ syst. Darst. des Preuss. Civ.-R. Berlin 1842, стр. 124, Bornemann колеблется, т. к. взлагаетъ дѣйствующее въ жизни право, все же онъ учитъ: „Недвижимости могутъ быть тридированы действительнымъ образомъ лишь тѣмъ, кто значится собственникомъ по книгѣ. Натуральный собственникъ долженъ признать дѣйствія книжнаго собственника за обязательныя для себя. Впрочемъ, все это—исключенія изъ общаго правила о традиціи. Она lides проникаетъ все ученіе о приобрѣтеніи“.

нялось въ сторону традиціи, на которой и утвердилось окончательно ¹⁾.

Такимъ образомъ, въ отношеніяхъ собственности была восстановлена система общаго права. Но реальный кредитъ, ипотека—сохранила неизмѣнно публицитетъ, какъ одну изъ коренныхъ своихъ основъ, въ тѣхъ, впрочемъ, границахъ, какія ей отвелъ Ландрехтъ. Для отношеній по ипотекамъ, по прежнему, все рѣшалась книга, и книжный собственникъ былъ единственно легитимированной персоной на ипотечныя сдѣлки, и его дѣйствія въ области ипотечныхъ отношеній, по прежнему, являлись обязательными для натурального собственника ²⁾; но въ отношеніяхъ по собственности все рѣшается традиціей, и книга утрачиваетъ всякое значеніе. Такъ разошлись между собою эти два института, впрочемъ, только на время.

Проекты реформы ипотечнаго режима отъ 70-хъ г. такъ формулируютъ дѣйствующее въ жизни право, добытое путемъ переработки практикой и теоріей Ландрехта. Такъ какъ не по записи, а по традиціи приобрѣтается собственность на недвижимость, то только натуральный владѣлецъ и можетъ отчуждать недвижимость далѣе, ибо только онъ можетъ передать владѣніе приобрѣтателю; напротивъ, записанный собственникъ, если ему недвижимость не была передана, не можетъ этого,—но онъ можетъ осуществлять неоспоримо всѣ другія правовыя дѣйствія, влекущія обремененіе недвижимости, насколько для того не требуется необходимо владѣніе. Тѣ же начала были распространены и далѣе, на необходимую субгастацію. Адьюдикатарій не приобрѣтается на торгахъ собственности, если субгастать былъ только книжнымъ собственникомъ, рядомъ съ которымъ есть еще натуральный собственникъ, владѣющій недвижимостью, который не былъ привлеченъ къ субгастаціи и не былъ исключенъ съ его собственностью приговоромъ, вступившимъ въ законную силу. Наконецъ, изъ того же начала выводили, что книжный собственникъ, какъ таковой, не легитимруется на видикацію, а скорѣе долженъ еще доказать, что приобрѣлъ недвижимость по традиціи отъ натурального собственника ³⁾.

Легко себѣ представить тѣ невозможныя положенія, какія создавала теперь запутанная правовая организація оборота недвижимостей въ жизненныхъ отношеніяхъ. „Дублицитетъ системы, водворившейся въ жизни, рѣжетъ

¹⁾ Koch, Kommentar zum ALR, III изд. Anmerk. 4 zum § 6 ALR I, 10; онъ же въ Privatr. изд. II Bd. I стр. 480. Dernburg u. H., Das Preuss. RR., примыкаютъ къ этому же взгляду, ссылая на установившуюся практикой.

²⁾ Ср. вообще конструкцію отношеній книжнаго и натурального собственника, какъ и общее вліяніе ипотечной книги на вещное право у Prinz, der Einfluss der Hyp. Buch-Verf. auf das Sachenrecht. Berlin 1858, стр. 27—31.

³⁾ Проектъ 1869 г. Мотивы стр. 33 со ссылкой на суд. рѣшенія, находившіяся въ Striethorst XXXII 72, XLII 249, Entscheidungen XLIV 77; Striethorst V 259, XII 257, Gruchot Beiträge VIII 578 прим. Менѣе отчетливо таже картина рисуется и проектомъ Мин. Сел. Хоз. стр. 127 и слѣд. Но проекты все же не срываютъ той истины, что водворившаяся въ жизни право не покрывается Ландрехтомъ и что вина за искаженіе Ландрехта практикой падаетъ на самый Ландрехтъ, на его систему и неясности. См. проектъ 1869 г. стр. 33, проектъ 1864 г. стр. 25.

глазъ⁴⁾. Съ одной стороны, при этой системѣ мы имѣемъ собственность въ ипотечной книгѣ; эта собственность не дѣйствуетъ противъ добросовѣстнаго приобрѣтателя, производящаго свое право отъ записаннаго собственника (надо бы ожидать, что и собственность), и однако же въ книжной собственности обезсиливаетъ принципъ публицитета ипотечной книги (когда дѣло идетъ о собственности). Съ другой же стороны, мы имѣемъ книжную собственность, которая не имѣетъ дѣйствія тогда, когда незаписанный въ книгу приобрѣтатель состоитъ во владѣніи. Въ отношеніи ипотеки и другихъ реальныхъ правъ, не связанныхъ съ владѣніемъ, записанному собственнику не воспрещается распоряжаться по книгѣ дѣйствительнымъ образомъ, хотя бы онъ и не получилъ владѣнія, и натуральный собственникъ не можетъ оспаривать этихъ дѣйствій книжнаго собственника и обязуется подчиниться имъ. А вотъ собственность онъ не можетъ передать дѣйствительнымъ образомъ, разъ только онъ не передастъ владѣнія. Онъ можетъ исчерпать ипотеками всю цѣну недвижимости,—и все это натуральный собственникъ долженъ терпѣть; а вотъ добросовѣстнаго покупателя, уплатившаго цѣну, натуральный собственникъ можетъ и не признать, даже и тогда, когда покупатель приобрѣтается имѣние съ торговъ! Такимъ образомъ, при наличности ипотечной книги съ ея публицитетомъ въ отношеніи ипотеки, традиція оказывается уже неумѣстной, такъ какъ создаетъ дублицитетъ системы и собственности, ослабляетъ въ гражданахъ интенсивность стремленія къ записи приобрѣтенія, вызываетъ невѣрность оборота, дѣлаетъ осязательными тяжесть и дороговизну производства записи, все же важной въ виду публицитета книги для ипотечнаго оборота. Нечего уже говорить о томъ, что традиція, совершаемая къ тому же и отвлеченно, и владѣніе, могущее покоиться на разнообразныхъ основаніяхъ, не могутъ вообще служить надежной базой для вочинно-ипотечнаго оборота⁵⁾.

VII. Въ то время, какъ судьбы ипотечнаго режима Ландрехта и устава завершились въ области отношеній по собственности реставраціей началъ общаго права о традиціи, судьбы его въ области отношеній по ипотекамъ пошли противоположнымъ путемъ.

Ипотечный оборотъ былъ поставленъ и Ландрехтомъ на болѣе или менѣе опредѣленную почву публицитета, отчего право Ландрехта и, не вызвало тутъ особыхъ сомнѣній на практикѣ. И практика не испытывала значительныхъ колебаній.

1. Мы уже знаемъ отчасти изъ предшествующаго изложенія, что судьбы отношеній по собственности не отражались на ипотечныхъ отношеніяхъ. Ни отъѣна принужденія къ записи приобрѣтеній собственности, ни торжество римской традиціи въ отношеніяхъ приобрѣтенія собственности не отражались на ипотекамъ. Для отношеній по ипотекамъ книжный собственникъ остался и послѣ этихъ измѣненій единственно легитимированной персоной въ оборотѣ ²⁾. Но

¹⁾ См. проектъ 1864 г. стр. 26 и слѣд.; проектъ 1869 г. стр. 34 и слѣд.; проектъ Мин. Сел. Хоз. 1863 г. стр. 127 и слѣд.

²⁾ Präjudiz des Ober-Tribunals v. 20 Jan. 1853 (Entsch. XXIV 386): „Die Eintra-

косвенно указанные изменения в праве собственности отражались и на успехе реального кредита, именно через посредство эвекции, которая, как мы знаем, была признана судами недействительной, если состоялась против книжного собственника и без привлечения натурального собственника. Хотя натуральный собственник и должен был признать для себя обязательными действия книжного собственника в области ипотечных отношений, все же кредитору стоило хлопот отыскивать натурального собственника и т. п., чтобы эвекция завершилась с успехом.

2. Ипотека, как мы уже знаем, не страдала и от того, что от недвижимости фактически отделялись доли или принадлежности, притом, когда либо после первоначального изготовления ипотечного листа, разь только отделение их не отбъчается в ипотечной книге и не дбается, таким образом, гласным.

3. Однако и в самой организации ипотеки по Ландрехту заключались значительные несовершенства, причина которых крылась в том же сочетании разнородных по существу начал римской акцессорной ипотеки и нового публичного ипотечного режима. Ландрехт не переработал должным образом этих разнородных начал и создал запутанную организацию. С одной стороны, ипотека, по Ландрехту, признается, в духе римского права, акцессорием личного требования, в обеспечение которого она только и устанавливается. Она признается порочной, когда порочно главное личное требование. Она признается возникающей только в виду возникновения личного требования, прекращающейся с прекращением личного требования.

С другой же стороны, уже Ландрехт, в целях публичитета ипотеки, выросшего из потребностей самой жизни, на каждом шагу дбает поправки в романтическом здании ипотеки, столь значительны, что „все эти примитивныя положения о возникновении и прекращении ипотеки остаются существовать впрямь собственно только в теории“¹⁾. Принципом публичитета ипотека в известной мере оторвана от главного личного требования и стоит рядом с последним, образуя предмет особого господства в том же свойстве, в каком она выступает по ипотечной книге. И Ландрехт признает эти консеквенции публичитета. Согласно Ландрехту, установленная записанным в книгу владельцем ипотеки дбствует и тогда, когда книжный владелец не будет истинным собственником (I 20, § 410 и др.). Возражения на право ипотеки, перешедшее в третьи руки, из свойств

gung einer Hyp.-Forderung, welche zu einer Zeit nachgesucht und bewirkt ist, zu welcher derjenige, welcher die Hyp. bestellt hat, in dem Hyp.-Buche als Besitzer eingetragen stand verliert, insofern der H.-Gläubiger in gutem Glauben sich befindet, nicht ihre rechtliche Wirksamkeit, wenn auch das Grundstück bereits vor Bestellung und Eintragung der Hyp. aus dem Eigenthum dessen, der die Hyp. bestellt hat, herausgegangen war und von Seiten des Instrumentirenden Notars Abschriften des Veräußerungsvertrages zu den Hyp.-Akten eingereicht worden, ohne dass jedoch auf Grund dieses Vertrages die Eintragung einer Protestation des neuen Erwerbers nachgesucht und erfolgt ist“.

¹⁾ Bornemann, syst. Darstellung des Preuss. Civ.-R. Berlin 1843.

главного требования, могут быть, по правилу, только тогда предъявлены 3-му лицу, когда они отбъчены в ипотечной книге (I 20, § 423 и слвд. Anh. к I 2, § 53, 739). Возникает ипотека только путем записи титула ее в ипотечную книгу. Прекращается она только с погашением записи ее в ипотечной книге. Она не только существует после удовлетворения ипотечного кредитора и до погашения ее в ипотечной книге, но, больше того, если она передана 3-му лицу после того, как состоялось удовлетворение ипотечного кредитора, то должник уже не может осуществить и своего притязания о погашении ипотеки против 3-го лица, на основании прежнего удовлетворения. Везде тут предполагается bona fides.

Эти консеквенции принципа публичитета, провозглашенные самим Ландрехтом, не только не могут быть примирены с римским строением ипотеки, но прямо изменяют существо этого строения, а между тем только опь и дбают ипотеку годной для оборота. Именно в этих консеквенциях публичитета сосредоточивается тот специфичный элемент ипотеки, как правовой формы реального кредита, который есть обеспеченность, даваемая сужателю ипотекой и возмещающая ему невыгоды помещения капитала под ипотеку, сравнительно с выгодным помещением капитала в другие отрасли промышленной деятельности. За обеспеченность и неоспоримость своего права при публичестве ипотеки кредитор жертвует высотой %-а, легкостью помещения и получения обратно капитала, который ему сулят иное помещение капитала (в промышленных предприятиях).

Вследствие того, что Ландрехт усвоил начала двух разнородных ипотечных режимов, римского и современного, негласной акцессорной ипотеки и публичной, по крайней мере относительно самостоятельной ипотеки, многое в праве Ландрехта становилось неясным для юриста, как теоретика, так, особенно, практика, и юристу приходилось в известной мере колебаться при выборе руководящего начала для разрешения сомнительных неясностей.

Одним из самых больших вопросов был тот, в какой мере допускать возражения из главного личного требования, остающегося негласным, на акцессорное вещное право ипотеки, подчиненное публичеству ипотечной книги и защищенное последним в интересах оборота? Ландрехт наметил ответ на этот вопрос в ряде предисаний, не всегда удовлетворительных. Опь различал непосредственные отношения сторон, участвовавших в акте установления ипотеки, и отношения должника к 3-м приобретателям ипотеки. Там, по Ландрехту, допускаются всякого рода возражения из личного отношения против вещного права; тут же допускаются, по правилу, только те возражения, которые были отбъчены, до перехода ипотеки в 3-ю руку, в ипотечной книге. Но сверх последних возражений против 3-го лица дбствует еще начало bona fides, в силу которого даже незаписанный возражения, по известным 3-му лицу, дбствуют против него. А это неопредделенное начало открывает уже широкую простор толкователю системы и злоупотреблениям сторон. Нако-

въ правѣ надо признать введеніе путемъ автентическаго толкованія Ландрехта ипотеки на собственную вещь.

Чуть ли не на утро по опубликованіи Ландрехта правительство учреждаетъ законодательную комиссію, которая бы пополняла замѣчаемые пробѣлы или противорѣчія въ правѣ Ландрехта. Въ 1802 г. комиссія была предложена на разрѣшеніе вопроса, возникшаго въ одномъ процессѣ объ онекѣ. Вопросъ былъ поставленъ такъ: считать ли погашенными долговья требованія, записанныя въ ипотечную книгу, когда они переходятъ по наследству или иному правооснованію на собственника заложеной недвижимости; или же собственникъ послѣдней, невзирая на то, что является и собственникомъ ипотечнаго требованія и должникомъ, можетъ цедировать такіе притязанія 3-й руки? Въ Ландрехтѣ комиссія встрѣчала точки опоры какъ въ пользу признанія ипотеки погашенной по confusio, ибо Ландрехтъ ссылается на общія признанія погашенія ипотеки и въ томъ числѣ на confusio, а сверхъ того еще провозглашаетъ ипотеку за аксессуарное право, — такъ и въ пользу признанія за ипотекой дальнѣйшаго дѣйствія, ибо Ландрехтъ и уставъ признаютъ записанныя ипотечныя требованія, особенно, когда они цедированы 3-му лицу, дѣйствующими до погашенія ихъ по книгѣ противъ 3-го приобретателя, особенно добросовѣстнаго. Дискурсія въ римское право ипотеки опять давали точки опоры какъ въ пользу признанія ипотеки погашенной по confusio, ибо по римскому праву погашеніе такого рода являлось нормою, такъ и въ пользу признанія ипотеки существующей, несмотря на confusio, ибо римскому праву были извѣстны и такого рода исключенія, хотя и очень рѣдкія. Наконецъ, аналогія закладныхъ листовъ говорила, отчасти, въ пользу признанія ипотеки дѣйствующей, несмотря на confusio, — по закладные листы были институтомъ спеціальнаго права, едва ли исполнѣ годнаго для распространительнаго толкованія. Но требованія жизни, о которыхъ сейчасъ скажемъ, настаивали на признаніи ипотеки дѣйствующей, несмотря на confusio. И вотъ комиссія, послѣ слабоватой аргументаціи de lege lata въ пользу сохраненія ипотечнаго требованія по силѣи его въ одномъ лицѣ съ собственностью на заложную недвижимость, выдвигаетъ солидные мотивы за это сохраненіе de lege ferenda. При этомъ комиссія уже переводитъ обсужденіе съ почвы чистой догматики на почву политики реального кредита и видоизмѣняетъ самую постановку вопроса. „Можетъ ли собственникъ ипотечнаго требованія, послѣ того, какъ онъ получилъ собственность на обремененный ипотекой участокъ (или наоборотъ), сдѣлать какое-нибудь употребленіе изъ указанной ипотеки, или же должно считать ипотечное требованіе погашеннымъ по confusio?“ Въдѣ тутъ все дѣло только въ этомъ: можетъ ли собственникъ опредѣленную долю цѣны своего имѣнья, которая (цѣна) по порядку ипотекъ, опредѣляемому послѣдовательно ихъ записи во времени, такъ исчерпана долгами, что только ипотечный кредиторъ, обладающій той долей, въ правѣ получить что нибудь изъ цѣны вещи, предпочтительно передъ другими ипотечными кредиторами, — можетъ ли собственникъ (онъ же и кредиторъ въ той долѣ) удержать эту долю цѣны въ своемъ распоряженіи такъ,

чтобы безъ возраженій послѣдующихъ кредиторовъ реализовать ее въ деньгахъ и быть управомоченнымъ, воспользоваться полученными на этотъ предметъ деньгами самъ, для другихъ своихъ потребностей, помимо удовлетворенія уже записанныхъ кредиторовъ? Изъ его свойствъ, какъ собственника участка, такое полномочіе не вытекаетъ; только, какъ собственникъ, онъ не въ правѣ распоряжаться черезъ посредство ипотеки той долей имѣнья или цѣны его, а можетъ распорядиться только долей, которая останется свободной за вычетомъ уже записанныхъ ипотечныхъ долговъ; послѣднее же правомочіе можетъ оказаться очень проблематичнымъ экономически. Для распоряженія же указанной долей, болѣе надежной и экономически, собственникъ нуждается въ особомъ титулѣ. Послѣдній-то титулъ собственникъ и имѣетъ въ другомъ своемъ качествѣ, именно въ качествѣ creditor hypothecarius cum jure praedationis. Такимъ образомъ, никакого противорѣчія не получается съ правомъ собственника на землю, какъ таковымъ, отъ того, что лицо сохраняетъ и свойство creditor hyp., а потому и не слѣдуетъ принимать, что ипотечное право несогласуемо съ правомъ собственности на землю и что оно, во что бы то ни стало, должно уступить праву собственности, какъ болѣе сильному, или угаснуть для самостоятельныхъ функций съ наступленіемъ инкорпорации. Лицо получаетъ ипотеку какъ собственникъ заложенаго участка, и его кредиторское право, ставъ недѣйствительнымъ влѣдствіе confusio, ка, и его отнесеніи, что лицо не можетъ осуществить ипотечнаго притязанія противъ себя самого, должно тѣмъ не менѣе дать ему титулъ на то чтобы утверждать въ отношеніи послѣдующихъ ипотечныхъ кредиторовъ свободное распоряженіе своимъ единственно-вакантнымъ мѣстомъ ипотеки, и чтобы, такимъ образомъ, въ случаѣ нужды, оно нашло кредитъ, котораго, можетъ быть, не нашло бы, если бы могло заложить только ту долю цѣны своего участка, которую оставляютъ ему свободной требованія кредиторовъ, стоящихъ ниже его по порядку, какъ кредитора. Сомнѣніе могло бы еще возникнуть въ виду интереса послѣдующихъ кредиторовъ, а именно, не причинитъ ли благоприятное собственнику-кредитору рѣшеніе вопроса ущерба послѣдующимъ кредиторамъ? Но и это сомнѣніе несомнѣтельно, и справедливо говорить противъ него. „По точному предписанію Ландрехта (I 20, § 22), разъ принявши обезначеніе, въ формѣ залога или ипотеки, кредиторъ долженъ довольствоваться имъ до уплаты долга, а по § 24, I 20 собственникъ заложеной вещи можетъ свободно распоряжаться ею настолько, насколько это не вредитъ правамъ и обязанностямъ кредитора, по I 20, § 500 и AGO. I 50, § 387 преимущественное право ипотекъ опредѣляется единственно порядкомъ записи. По всему этому ипотечные кредиторы № 2, 3 и т. д., которымъ, во время установленія въ ихъ пользу ипотеки, предшествовало непогашенное ни матеріально, ни формально ипотечное требованіе № 1, не имѣютъ никакого права на ту долю цѣны заложенаго имѣнья, которую беретъ постъ № 1, и хотя они per indirectum вступаютъ на мѣсто № 1 или другія мѣста, болѣе ихъ высшія, влѣдствіе погашенія ипотеки № 1, когда этотъ № 1 не стоитъ болѣе имъ на дорогѣ, — то это погашеніе яв-

ляется для них все же делом простого случая; тѣмъ болѣе они не имѣютъ правового основанія добиваться вступленія въ то мѣсто противъ воли собственника недвижимости, ставшаго и собственникомъ предшествовавшей ипотеки, что законъ нигдѣ открыто не установилъ, чтобы, вообще, послѣдующій кредиторъ долженъ быть управомоченъ на вступленіе въ мѣсто, ставшее свободнымъ послѣ отпаденія предшествовающаго ипотечнаго права. Въ виду всѣхъ этихъ соображеній коммиссія мнѣніемъ полагаетъ: „Ипотечныя права не прекращаются отъ одного простого соединенія собственности на нихъ съ собственностью на заложенную недвижимость въ лицѣ одного владѣльца, — а лишь влѣдствіе отъ владѣльца послѣдовавшаго и отъ произвола его записывающаго прошенія о погашеніи ипотеки по книгѣ, такъ что владѣлецъ въ правѣ уступить такое ипотечное право, еще не погашенное по книгѣ, 3-му лицу“¹⁾. Мнѣніе законодательной коммиссіи получило силу закона и явилось въ позднѣйшихъ изданіяхъ Ландрехта въ видѣ Anhang § 52, zum. § 484, ALR I 16.

Коммиссія рѣшила вопросъ лишь о случаяхъ сліянія собственности и ипотеки въ одномъ лицѣ. На практикѣ же мнѣнію коммиссіи стали придавать распространительное толкованіе на случаи, когда собственникъ удовлетворяетъ ипотечнаго кредитора и по цессіи приобретаетъ отъ послѣдняго его ипотечное требованіе. И даже болѣе, думали принудить кредитора къ цессіи или избавить должника отъ необходимости цессіи и довольствоваться одной квитанціей ипотечнаго кредитора для полученія собственникомъ-должникомъ всѣхъ правъ ипотечнаго кредитора. Но такъ какъ это было уже слишкомъ широкимъ толкованіемъ права Anh. § 52, то министръ юстиціи ввелъ 15 сент. 1823 г. съ представленіемъ объ этомъ вопросѣ къ королю. Король повелѣлъ передать вопросъ на обсужденіе госуд. совѣта. Въ госуд. совѣтѣ мнѣнія раздѣлялись даже по вопросу о томъ, имѣетъ ли вообще должникъ право, удовлетворивъ ипотечнаго кредитора, распоряжаться и вѣредъ ипотекой, и не признавать ли скорѣе тутъ ипотеку погашенной? Министръ юстиціи высказался за сохраненіе за собственникомъ-должникомъ права на дальнѣйшее распоряженіе ипотекой въ данномъ случаѣ. Это мнѣніе въ концѣ-концовъ восторжествовало въ виду тѣхъ соображеній, что тутъ дѣло идетъ не столько о теоріи римскаго права, сколько о прусскомъ законодательствѣ и существующемъ уже ипотечномъ режимѣ, что этотъ режимъ рѣзко отличаетъ личное право требованія отъ ипотечнаго права, что по прусскому праву публичная ипотека гораздо болѣе приближается къ собственности, чѣмъ къ римскому залого, она есть скорѣе часть собственности, ограниченная высотой известной денежной суммы, при чемъ личное требованіе отстаетъ больше на задній планъ, что землевладѣльцамъ было очень затруднено привлеченіе къ землевладѣльчій капиталъ, который становится все болѣе необходимымъ для сельскохозяйственной промышленности, если бы ихъ лишили права

¹⁾ Это мнѣніе коммиссіи отъ 30 іюля 1802 г. дословно отпечатано у Graeff, Sammlung sammtl. Vogen. XII, 33.

распоряженія ипотечными требованіями, уже удовлетворенными, но еще не погашенными по книгѣ, — напротивъ, послѣдующіе кредиторы получили бы отъ того выгоды, на которыя они не имѣютъ никакого правомѣрнаго притязанія, да, обыкновенно, и не рассчитываютъ. И 37-ю голосами противъ 2-хъ госуд. совѣтъ высказался за мнѣніе министра юстиціи. На основаніи этого мнѣнія и послѣдовала отъ 3 апр. 1824 г. Allerh. Kab.-Ordre (или Declaration): „Собственникъ участка, удовлетворившій ипотечнаго кредитора и не погасившій ипотечнаго требованія по книгѣ, въ силу одной квитанціи получаетъ всѣ права цессіонаріи ипотеки“. Это мнѣніе должно было дополнить указанный Anhang § 52 къ ALR. I 16, § 484¹⁾.

Эти два законодательныхъ акта, провозгласившіе, въ отвѣтъ на требованія жизни, начало ипотеки собственника какъ обремененное явленіе, нанесли новый и серьезный ударъ теоріи акцессорной ипотеки Ландрехта.

Эмансипація публичной ипотеки отъ акцессорнаго положенія въ отношеніи личнаго требованія, получившая опору въ этихъ законодательныхъ мѣрахъ, продолжалась затѣмъ путемъ министерскихъ рескриптовъ и слѣдовавшей за послѣдними судебной практики, для которой рескрипты имѣли обязательную силу. Такъ, рескриптъ 15 авг. 1837 г.²⁾ объявляетъ: „отдѣленіе права ипотеки отъ первоначальнаго личнаго главнаго требованія воплѣть допускается прусскимъ правомъ, и тогда право ипотеки продолжаетъ существовать какъ самостоятельное право требованія на заложенный участокъ“. Рескриптъ отъ 16 іюля 1836 г.³⁾ допускаетъ, что собственникъ, удовлетворившій ипотечнаго кредитора, можетъ записать ипотеку на свое имя. Рескриптъ отъ 22 дек. 1840 г.⁴⁾ признаетъ за собственникомъ право записать ипотеку на свое имя съ самаго начала. Рескриптъ отъ 9 мая 1810 г.⁵⁾ допускаетъ въ видѣ частной консеквенціи изъ начала самостоятельности ипотеки — давность личнаго требованія, отдѣльную отъ давности ипотечнаго требованія, такъ какъ болѣе не представляется надобности въ защитѣ личнаго требованія отъ давности въ интересахъ ипотечнаго требованія; другими словами, рескриптъ допускаетъ освобожденіе должника по давности отъ личнаго требованія при сохраненіи за кредиторомъ вещнаго ипотечнаго права на заложенный участокъ, каковое право выступаетъ теперь самостоятельнымъ.

Судебная практика сначала обнаруживала колебанія, насколько распространительно толковать Anh. § 52. Въ 30 хъ гг. на вопросъ, можетъ ли ипотечный кредиторъ распоряжаться безъ согласія послѣдующихъ кредиторовъ мѣстомъ (locus), когда записанный на этомъ мѣстѣ кредиторъ отказался отъ ипотеки, не отказываясь отъ личнаго требованія, судъ высказался отрица-

¹⁾ У Graeff XII, 40 стр.

²⁾ Graeff, 20.

³⁾ Min. der Landw., Denkschrift. 1867, стр. 156.

⁴⁾ Just.-Min. Bl. 1841, стр. 27.

⁵⁾ I.-M.-Bl. 173 стр.

тельно, держась въ этомъ случаѣ начала аксессуарной природы ипотеки и признавая за послѣдующими кредиторами право оспариванія полномочія собственника на распоряженіе мѣстомъ ипотеки (Locus). Случай былъ, дѣйствительно, еще болѣе крайній, чѣмъ тѣ, которые имѣли передъ собою законодательная коммисія въ 1802 г. и госуд. совѣтъ въ 1823 г., такъ какъ теперь ипотека уже вовсе отбѣялась отъ личнаго требованія. Но министръ юстиціи, мнѣніе котораго для суда было обязательнымъ въ области вопросовъ ипотечнаго режима, высказался и въ этомъ случаѣ за самостоятельный характеръ ипотеки и за право собственника на распоряженіе мѣстомъ, т. е. высказался за допущеніе ипотеки безъ всякаго личнаго требованія и даже безъ фикціи перехода вмѣстѣ съ ипотекой и личнаго требованія на должника, такъ какъ въ данномъ случаѣ и этого уже нельзя было фиктивировать ¹⁾.

Но послѣ настоячивыхъ мѣръ со стороны министерства юстиціи, проникнутыхъ новыми идеями, и судебная практика пошла новой дорогой и даже дальше, чѣмъ министерство; такъ, она признала, между прочимъ, право собственника кредитора въ конкурсѣ на долю, которая приходится на его ипотеку изъ цѣны его же собственной недвижимаго ²⁾. Другими словами, въ то время какъ министерскіе рескрипты и законодательные акты ограничивали содержаніе права ипотеки собственника болѣе чисто отрицательными функциями (ипотека защищала собственника отъ новшесовъ послѣдующихъ кредиторовъ и была правомъ вносить пожеланіе или даже служила лишь открытымъ мѣстомъ, раемъ котораго собственникъ могъ распорядиться), судебная практика наполнила ипотеку собственника положительнымъ содержаніемъ.

Нельзя сказать, чтобы эти наросты на правѣ ипотеки Ландрехта, выдвигавшіеся потребностями жизни, содѣйствовали усилению правообразованія. И въ литературѣ того времени мы встрѣчаемъ не мало жалобъ на все растущую запутанность прусскаго права ипотеки, вредно отражающуюся на оборотѣ ³⁾. Въ тоже время литература относится съ полнымъ сочувствіемъ къ главнѣйшимъ нововведеніямъ, подчеркиваетъ фактъ, что современная ипотека идетъ путемъ, существенно отличнымъ отъ наивѣчнаго римской догмы, и даже пытается разобраться въ новшесвахъ и подвести итоги имъ, путемъ конструированія современной ипотеки ⁴⁾. Однако, конструированія довольно

¹⁾ См. Von***, Ist die Hyp., nach Preuss. Recht, ein accessorisches, oder ein selbständiges dingliches Recht? Marienwerder. 1831. (Von*** оказывается Koch, см. Min. Landw., Denkschrift, 152 стр.).

²⁾ Erk. v. I sept. 1838 (Jurist. Wochenschr., 801 стр.).

³⁾ Von *** „Ist die Hypothek, nach Preuss. Rechte, ein accessorisches, oder ein selbständiges dingl. Recht?“ Marienwerder 1831; Pape, Entgegnung auf die von dem kön. Ober-Trib. in Berlin in seinen Rechts-urtheilen aufgestellte Ansicht v. dem Wissen der II. nach. Preuss. R. Berlin 1858; v. der Hagen, Die Hyp. des Eigenthümers. Arnberg 1836 и мн. др. (см. у Hagen).

⁴⁾ См. особ. v. der Hagen, цит. трудъ.

грубоватая и не заходитъ далѣе круга идей, памѣченныхъ законодательной коммиссией въ 1802 г. и Государственнымъ Совѣтомъ въ 1823 г. Такъ, самый видный теоретикъ того времени въ области современной ипотеки, родоначальникъ т. наз. Locus-Theorie, имѣвший значительное вліяніе на умы того времени, v. der Hagen ¹⁾ разсуждаетъ: „Въ теоріи ипотека все еще аксессуарное право; но жизнь предприняла могучія измѣненія съ правомъ ипотеки, о которыхъ и не помышляли при изданіи дѣйствующаго права. По существу ипотека, собственно, уже обратилась въ самостоятельное право. Предметъ ипотеки — это переводъ цѣны вещи на кредитора; при чемъ эта цѣна отдается въ залогъ первому кредитору всецѣло, насколько это нужно для его удовлетворенія, а каждому послѣдующему кредитору — лишь настолько, насколько она не поглощена еще залогами въ пользу старшихъ кредиторовъ. Позднѣйшій кредиторъ потому не имѣетъ никакого притязанія на заложенную старшему кредитору долю цѣны; юридически та доля для него вовсе не существуетъ — для него существуетъ только излишекъ, на который, въ свою очередь, право старшаго кредитора не простирается. Такимъ образомъ, передъ каждымъ кредиторомъ отбѣчаетъ совершенно особый объектъ, который и выступаетъ особенно тотчасъ по реализаціи цѣны вещи“. Еще рѣзче Locus-Theorie формулируется у Löher ²⁾: „Anhang zum LR. § 52 былъ прямымъ слѣдствіемъ природы вещныхъ правъ. Когда собственникъ одной половины участка приобретаетъ къ ней и другую, ничто не принуждаетъ его третиловать имѣемое за одно, а не за двѣ половины. Только отъ него зависитъ, какъ долго соблюдать границу между частями и когда онъ вздумаетъ одну часть уступить 3-му лицу. Такъ точно и съ ипотечнымъ правомъ. При искусственномъ раздѣленіи собственности, которое возникаетъ вслѣдствіе обремененія недвижимаго ипотеками, каждое право ипотеки обнимаетъ идеальную долю недвижимаго, при чемъ цѣна доли равна цѣнѣ ипотеки. И насколько ипотека записана, настолько она является самостоятельнымъ вещнымъ правомъ, которое можетъ принадлежать одному или другому лицу. Она не исчезаетъ и тогда, когда держатель ея становится собственникомъ имѣнія. Только отъ собственника зависитъ тогда, хочетъ ли онъ уничтожить тѣ границы, которыми право ипотеки выдѣлено внутри его недвижимаго собственности и хочетъ ли онъ допустить, чтобы та часть собственности, которая обнимается ипотекой, вернулась въ цѣло въ его собственности на недвижимаго“.

Какъ ни искусственны были эти конструированія (позднѣе онѣпали), онѣ оказали услугу новому правообразованію тѣмъ, что подчеркивали разрывъ между современной ипотекой и римской ³⁾. А такъ какъ право ипотеки Ланд-

¹⁾ Цит. трудъ, стр. 283 и др.

²⁾ System des Preuss. ALLR. Paderborn 1852 стр. 129.

³⁾ Кстати, замѣчу, что абсолютная Locus-Theorie, согласно которой собственникъ, какъ таковой, распоряжается отошедшей къ нему ипотекой (начало усвоено Мекленбургскимъ правомъ), въ противоположность относительной Locus-Theorie, согласно которой собственникъ распоряжается отошедшей къ нему ипотекой лишь какъ ипотечный кредиторъ, и вуждается, слѣд., въ существованіи ипотек (начало усвоено въ Прусскомъ законодательствѣ и имперскомъ

рехта было скомпоновано из римских и современных мотивов, то оно и стало все больше и больше предметом нападок со всех сторон.

VIII. Формальное право ипотечного режима кодификаций Фридриха В. в свою очередь, являло себя многими неудобствами.

1. Крайнимъ неудобствомъ отличались ипотечныя свидетельства, представлявшія собою точную копию съ ипотечной книги и содержащія массу ненужнаго матеріала, только обременявшаго дѣло и затруднявшаго стороны, желавшія выяснитъ изъ свидѣтельства настоящее правовое положеніе недвижимости ¹⁾.

И вотъ скоро же по изданіи Ландрехта издается рядъ мѣръ, пытающихся по возможности упроститъ ипотечное свидѣтельство. Такъ, предпринимается опускать въ ипотечномъ свидѣтельствѣ упоминаніе прежнихъ приобретательныхъ дѣлъ ²⁾, дозволяется изъ 3-й рубрики указывать, кромѣ соответствующаго поста, еще только сумму, сортъ монеты и величину % а, безъ дальнѣйшихъ отмѣтокъ, изъ колонны „цессій“ ³⁾, а послѣдующіе посты требуются указывать только въ общей ихъ суммѣ ⁴⁾, при корральной ипотеки допускается вмѣсто ипотечнаго свидѣтельства относительно каждой недвижимости составлять общій аттестатъ ⁵⁾.

2. Обременительнымъ оказалось и требованіе specialнаго согласія собственника-должника на записъ титула ипотеки въ ипотечную книгу. По

уложеніи) — встрѣчала сторонниковъ и позднее, въ лицѣ Дербурга (Das Preuss RR) и Гирке (Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches). Эти юристы вовсе не находили особыхъ теоретическихъ трудностей при конструированіи абсолютной Locus-Theorie, а въ то же время признавали ее и болѣе простой и менѣе искусственной, чѣмъ относительная Locus-Theorie, что и дѣлаетъ первую болѣе практичной и современной. Дербургъ же вооружается противъ самаго пріема, что законодатель въ своемъ свободномъ творчествѣ считается для чего-то съ теоретическимъ догматизмомъ. Законодатель долженъ руководиться только соображеніями практическихъ потребностей времени, и не его дѣло разбираться въ тонкостяхъ теоретическаго догматизма. Напротивъ, теорія должна разбираться въ твореніяхъ законодателя. Однако, ни Дербургъ ни Гирке не склонны конструировать ипотеку какъ право определенную и точно отграниченную долю дѣла недвижимости. Ипотека есть право на вещь, въ ея цѣловомъ моментѣ; иначе необъяснимы случаи, когда ипотека завѣдомо превышаетъ всю цѣну недвижимости; необъяснимы и другія правомочія ипотечарія, а главное, — цѣна вещи колеблется и зависитъ отъ массы конъюнктуръ... Все значеніе теоріи — Locus выражается скорѣе въ признаніи абсолютнаго начала формальнаго ранга ипотеки, разъ присвоеннаго имъ, благодаря чему послѣдующія ипотеки принципиально не повышаются въ рангѣ, за погашеніемъ предшествующей ипотеки.

¹⁾ Изъ матеріаловъ къ ревізій прусскихъ законовъ, предпринятой въ 20-хъ гг. 19 ст. мы узнаемъ, что ипотечныя свидетельства достигали иногда цѣнтера въсовъ (106 Riess 379 Bogen). См. Ges-Revision, Penum III Entwurf. Berlin. 1829 стр. 21, 22.

Легко себя представить, сколько нужно было положить труда, чтобы изучитъ эту библию и составить себѣ ясное представленіе о правовомъ положеніи недвижимости подъ угрозой, въ противномъ случаѣ, лишиться права ипотеки, вслѣдствіе паличности ея пороковъ, указываемой свидѣтельствомъ.

²⁾ Publicandum v. 20 F. 1802 и Rescript v. 2 Mai 1804.

³⁾ Rescr. v. 15 Mz. 1824.

⁴⁾ Rescr. v. 15 F. 1813.

пока это требованіе упряднялось только частично, именно въ случаѣ установленія ипотеки въ обезпеченіе недоплаченной цѣны за приобретенную недвижимость ¹⁾.

3. Неносѣдовательное проведеніе specialитета суммы, именно при кауціонныхъ ипотечкахъ, отчасти замѣчное уже Ландрехтомъ (II 18 § 431: кауціонная ипотека на имущество опекуна записывается въ определенной суммѣ), вновь направляется для кауцій, записываемыхъ на имущество кассировъ ²⁾.

4. Ослабляются и строгія формы актовъ, предъявляемыхъ въ ипотечное установленіе. Такъ, уставъ 1783 г. требовалъ, чтобы довѣренность свидѣтельствовалась по крайней мѣрѣ судебнымъ комиссаромъ. Позднѣ засвидѣтельствованіе требуется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда довѣритель неопытенъ въ законахъ настолько, что не можетъ написать просьбы ³⁾, а потому признается довѣренность вовсе ненужной, если просьба о записи поκειται на удостовѣренныхъ документахъ ⁴⁾.

5) Наконецъ, цѣлый рядъ рескриптовъ озабоченъ изысканіемъ способовъ опредѣленія истинной цѣны недвижимости, т. е. указаніемъ уставомъ способы оказались неудачными (имъ указаніе сторонами приобретательной цѣны) ⁵⁾.

IX. Не осуществилось на практикѣ и начало записи всѣхъ реальныхъ правъ на недвижимость. Уже Entwurf zur Circulation—Vg v. 30 Dec. 1798 отмѣняетъ предписаніе Ландрехта о записи реальныхъ правъ на частныя недвижимость и вводитъ давность сервитутовъ. Gesetz-Commission въ Gutachten отъ 19 дек. 1798 г. шла противъ уступки. Но Bericht des Gross-Canzlers отъ 30 дек. 1798 г. доказывалъ невозможность всепечерывающей вотчинной системы въ виду массы работъ и издержекъ, требуемыхъ ею. II Vg v. 30 Dec. 1798 былъ санкціонированъ и перешелъ въ § 58 Anh. z. LR. Такимъ образомъ, въ ущербъ полнотѣ свѣдѣній, даваемыхъ ипотечной книгой о правоотношеніи по недвижимости, вопросъ получилъ ту регламентацію, какую имѣлъ въ уставѣ 1783 (I § 50, 54) ⁶⁾.

Вѣдъ эти мѣры, пытавшіяся припорочить ипотечное право и режимъ кодификацій Фридриха В. къ измѣняющимся условіямъ жизни, вносили шаткость въ основы права и приумножали источники права въ ущербъ ясности ихъ и удобопримѣнимости.

¹⁾ Rescr. v. 12 Mai 1823.

²⁾ Vg. v. 14 Jan. 1813.

³⁾ Vg. v. 19 Dec. 1894.

⁴⁾ Rescr. v. 25 Juli 1811.

⁵⁾ Законъ отъ 20 ф. 1802 г., рескрипты отъ 24 авг. 1784, 20 дек. 1792, 8 марта 1800, 1 мая 1804, 26 июля 1806.

⁶⁾ Вѣдъ эти мѣры находятся въ Gesetz-Revision, Penum III, Entwurf 1829. м. I стр. 21, 22, 33, 34, 35, 66, 75.

РАЗДѢЛЪ II.

Баварія.

§ 77. Общая характеристика баварскаго ипотечнаго режима въ законѣ 1822 г.

I. Послѣ многочисленныхъ неудавшихся попытокъ введенія ипотечнаго режима на началахъ, обеспечивающихъ развитіе реального кредита, и въ Баваріи послѣ Наполеоновскаго погрома, им.—въ 1819 г. былъ, наконецъ, выработанъ проектъ ипотечнаго права, матеріальнаго и формальнаго, и переданъ на обсужденіе 2-й камеры сословныхъ представителей. Правительственнымъ комиссаромъ, которому было поручено провести проектъ въ этой камерѣ, выступилъ знаменитый баварскій юристъ Gönner, прославившій свое имя трудами по новому ипотечному праву. Отъ камеры же особенно дѣятельнымъ докладчикомъ выступилъ Aretin. Въ то время приходилось бороться за самыя основы современнаго ипотечнаго права, какъ публицистѣ и спеціалитетѣ ипотеки, особенно въ Баваріи, гдѣ римское право пустило глубочайшіе корни.

Пренія камеры сословныхъ представителей отличаются живымъ интересомъ и вскрываютъ намъ мотивы и цѣли, руководившія дѣятелями при самомъ первоначальномъ проникновеніи въ свѣтъ новыхъ правовыхъ идей ¹⁾.

Борьба велась между французскимъ типомъ ипотечнаго режима Наполеонова кодекса и германскимъ типомъ — твореній Фридриха V., права Австрійскаго уложенія и Landtafel—Patente. Юное народное представительство было больше исполнено сознаніемъ своихъ новыхъ политическихъ правъ, чѣмъ пониманіемъ мудреныхъ вопросовъ гражданскаго права. И вотъ, по разсмотрѣніи въ особой комиссіи талантливо составленнаго Гённеромъ правительственнаго проекта въ духѣ германскаго типа, комиссія камеры, подъ влияніемъ слабыхъ доводовъ члена-докладчика Аретина, не упустившаго случая подѣйствовать на самолюбіе членовъ камеры, чтобы быть убѣдительнѣе, отвергла всецѣло правительственный проектъ и усвоила нелѣпный контр-проектъ Аретина, составленный въ духѣ французскаго типа. Но Гённеру стоило немного труда, чтобы въ общемъ собраніи камеры опрокинуть доводы противника и увлечь за собою всю камеру силой своихъ убѣжденій ²⁾. Камера, въ концѣ-концовъ, все же внесла нѣсколько маловажныхъ измѣненій

¹⁾ Работы камеры отпечатаны въ нѣсколькихъ десяткахъ томовъ, подъ названіемъ „Verhandlungen der zweyten Kammer der Ständeversammlung des Königr. Bayern. München 1819 и 1822.

²⁾ См. продолжительныя пренія по поводу проекта въ Verhandlungen отъ 1819 г. томы: I, 114, V 339, XIII 317 и Verhandlungen отъ 1822 г. томы: III, 119, VI 3, X 354, XI 137. Кругъ идей, въ которомъ вращались пренія, очень сходенъ съ таковымъ же преній французскаго госуд. сов. при обсужденіи ипотечнаго режима Нап. кодекса.

въ правительственный проектъ, который въ новомъ видѣ и получилъ санкцію 1 Іюня 1822 г. ¹⁾.

II. Законъ создаетъ строго-ипотечную, а не вотчинную систему. Вотчинныя отношенія публикуются ипотечной книгой лишь для ипотечныхъ отношеній, но не для самихъ по себѣ. Въ частности, книжный собственникъ выступаетъ легитимированной персоной только въ ипотечномъ оборотѣ; запись приобрѣтенія недвижимости для отношеній по собственности не имѣетъ никакого юридическаго значенія (§ 137 и др.). Созданіе вотчинной системы открыто откладывалось до изданія баварскаго гражданскаго уложенія (какового не послѣдовало).

Ипотечный режимъ закона 1822 г. вращается всецѣло въ кругѣ идей прусскаго устава 1783 г. и Ландректа 1794 г. Только онъ содержитъ улучшенія и развитіе тѣхъ идей, отчасти поскольку эти улучшенія и развитіе сказались и въ самой Пруссіи къ 1822 году, отчасти же поскольку необходимость ихъ была признана самостоятельно солидными баварскими юристами, какъ Гённеръ. Законъ регулируетъ не только формальное (т. II), но и матеріальное ипотечное право (т. I).

1. Право ипотеки законъ 1822 г. опредѣляетъ въ римскомъ духѣ, но вноситъ въ регламентацію романизованной ипотеки тѣ же поправки, вытекающія изъ публициста ея, которыя намъ уже извѣстны изъ прусскаго права. Ипотека, матеріально акцессорная, возводится формализмомъ ипотечнаго режима на извѣстную степень самостоятельнаго права, независимаго въ своемъ существованіи отъ бытія негласнаго личнаго долговаго отношенія, ею обеспечиваемаго ²⁾. Но по баварскому праву кредиторъ уже вовсе не связанъ предварительнымъ направленіемъ вземанія на заложенную недвижимость, и имѣетъ свободный выборъ между залоговымъ и личнымъ искомъ ³⁾. Тѣмъ не менѣе, ипотека баварскаго закона 1822 г. конструируется поздне въ извѣстномъ уже намъ германнстическомъ духѣ, какъ Realobligation ⁴⁾.

¹⁾ Неурное изданіе этого закона принадлежитъ Karl Gütl, Нур.-Ges. für d. Königr. Bayern v. 1 Juni 1822. Nördlingen 1880. Лучшую повѣстную обработку представляетъ Regelsberger, Das Bayer. HR. Изъ прежнихъ работъ классической является Gönner, Commentär zum HG, v. 1822.

²⁾ § 1 и 2 въ связи съ §§ 25, 26.

³⁾ § 49.

⁴⁾ Regelsberger, Das Bayer. HR. § 10, особ. стр. 36. Основаніемъ для такой конструкции служатъ Regelsbergerу слѣдующіе §§ закона 1822 г. § 49: „Der Gläubiger erlangt durch die Hyp. das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderungen aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen“; § 51: „Vermöge der dinglichen Klage kann der Gläubiger verlangen, aus der Sache, worauf er die Hypothek erworben hat, befriedigt oder zu seiner Befriedigung sogleich in den Besitz und Genuss der Sache nach den gesetzlichen Vorschriften eingesetzt zu werden“; § 54: „Das Gut, worauf eine Hyp. eingetragen ist, haftet dem Gläubiger für seine Befriedigung auch alsdann, wenn es sich in den Händen eines andern Besitzers befindet, und dieser ist, selbst im Falle eines redlichen Besitzes, verbunden, die Hyp.-Forderung, soweit sie dem § 42 gemäss auf der Sache haftet, zu bezahlen oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut alzutreten, damit er aus den Früchten

2. Законъ вводитъ институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки, служащей цѣли, достигаемой ипотекой собственника, но отличный по содержанию отъ послѣдняго института и, въ общемъ, менѣе дѣйствительный, а на практикѣ приводящій нерѣдко къ большой запутанности отношеній. Въ то время, какъ ипотека собственника является настоящей ипотекой, лишь ограниченной въ отношеніи своей осуществимости (собственникъ-ипотекаріи не можетъ осуществлять прѣставъ самого себя ипотечнаго иска), а нерѣдко даже заявляющей себя въ конкурсѣ тѣмъ, что собственникъ ипотекаріи получаетъ на свою ипотеку причитающуюся на послѣднюю долю цѣны недвижимости,—открытое мѣсто вовсе не является ипотекой; при ней собственникъ пользуется лишь формальнымъ рангомъ, подъ которымъ онъ и можетъ установить ипотеку лишь въ будущемъ. И тутъ собственникъ дѣйствуетъ не какъ ипотекаріи, а какъ собственникъ (§ 150).

3. Законъ усвоилъ и начало, что ипотека, соединившись въ одномъ лицѣ съ собственностью на недвижимость, не гаснетъ, и собственникъ въ правѣ установить на ея мѣсто новую ипотеку. Но дальше этого законъ не пошелъ, и права собственника на полученіе, въ конкурсѣ, на свою ипотеку доли цѣны недвижимости не призналъ (§ 84).

4. Начало публициста ипотечной книги и приоритета проводится закономъ съ большей послѣдовательностью, чѣмъ прусскимъ правомъ, тоже—и начало специалитета суммы и объекта ипотеки; легалитетъ усвоенъ умеренный; онъ не вырождается въ опеку власти надъ подданными, а ограничивается обязанностью суда изслѣдовать вѣрныя условія правомѣрности дѣйствій сторонъ (§ 11 и др., 105 и др. также Ges. v. 1 Juni 1822, die Prioritätsordnung betreffend).

5. Формальное право ипотечнаго режима въ законѣ проще и болѣе отвѣчаетъ требованіямъ оборота, чѣмъ въ прусскомъ правѣ (т. II).

6. Въ общемъ же законъ стоитъ въ регламентации ипотеки всецѣло на почвѣ прусскаго права,—превосходя послѣднее въ техническомъ отношеніи.

Позднѣе право ипотеки закона 1822 г. потерпѣло незаслуживающія въ общемъ очеркѣ дополненія и измѣненія ¹⁾. Когда въ 60-хъ годахъ въ Баваріи приступили къ обработкѣ баварскаго гражданскаго уложенія, ипо-

oder der Substanz der Sache befriedigt werde“; § 56: „Die Haftung des dritten Besitzers für sämtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter, als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht. Er kann sich daher von allen Ansprüche dieser Gläubiger befreien, wenn er ihnen das Gut abtritt; es wäre denn dass er diese Schulden besonders übernommen hätte, in welchen Falle er für die übernommenen Forderungen als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften muss, und von den Gläubigern mit einer persönlichen Klage belangt werden kann“. И здѣсь мы имѣемъ не менѣе и не болѣе данныхъ въ пользу построения современной ипотеки, какъ Realobligation, чѣмъ въ кодексѣ Наполеона и Прусскомъ Ландрехтѣ.

¹⁾ Они указаны у Gült, въ цит. изданіи. Здѣсь заслуживаетъ упоминанія приведеніе ипотечнаго режима въ связи съ кадастромъ, по закону 15 авг. 1828 г. § 7, 10—20 (см. Realsberger, стр. 11).

течный режимъ предполагалось замѣнить вотчиннымъ и развитъ сообразно потребностямъ времени и опыту сосѣднихъ странъ. Но дѣло изданія уложенія затянулось; а когда на очередь стала вопросъ объ изданіи имперскаго гражданскаго уложенія, то законодательная дѣятельность и вовсе замерла въ Баваріи, какъ и въ другихъ германскихъ странахъ ²⁾.

РАЗДѢЛЪ III.

Саксонія.

§ 78. Общая характеристика саксонскаго ипотечнаго режима въ законѣ 1843 г. и уложеніи 1864 г.

I. Послѣ разгрома Саксоніи Наполеономъ, саксонское законодательство пригнужается къ рѣшительной обработкѣ ипотечнаго режима, призываемаго поднять кредитный оборотъ. Начало реформаціоннаго движенія положили Decret v. 20 Nov. 1817, которымъ открывались подготовительныя работы по реформѣ ипотечнаго права. Но только въ 1829 г. изъ подготовительныхъ работъ вышло 2 важныхъ Mandate v. 4 Juni 1829, изъ которыхъ одинъ отмѣнилъ ограниченіе ипотекъ суммой, составляющей извѣстную долю цѣны недвижимости, и ввелъ рядъ общихъ облегченій на случай установленія ипотеки, напр. отмѣнилъ условіе испрошенія соизволенія леннаго господина на установленіе ипотеки ³⁾, а другой отмѣнилъ окончательно институтъ молчаливыхъ ипотекъ ⁴⁾.

Но полную и рѣшительную общую реформу и систематическую обработку вотчиннаго права внесъ въ Саксонію „Gesetz, die Grund u. Hyp.-Bücher u. das H.-Wesen betreffend“ v. 6 Nov. 1843 ⁵⁾, образовавшій собою, за ничтожными измѣненіями, и вотчинно-ипотечный режимъ саксонскаго гражданскаго уложенія 1864 г.

II. Законъ 6 ноября 1843 г. и Саксонское уложеніе 1864 г. создаютъ вотчинную систему, а не только ипотечную.

1. Формальное и матеріальное ипотечное право обработаны въ Саксоніи подъ огромнымъ вліяніемъ баварскаго права закона 1822 г., хотя уложеніе и усваиваетъ новыя идеи, какъ онѣ выяснились ко времени его обработки въ Пруссіи. Такъ, при сліяній ипотеки и собственности въ рукахъ одного лица, собственникъ можетъ переписать ипотеку на свое имя. Въ общемъ же и цѣломъ Саксонское право ипотеки не выходитъ изъ круга идей прусскаго права кодификаціи Фридриха В. и баварскаго закона 1822 г. ⁶⁾.

¹⁾ Regelsberger, cod.

²⁾ Francke, die Ges.-Geb. des Kgr. Sachsens. Leipzig 1884. I, 132.

³⁾ Siegmann, Das kögr. Sachs. HR., стр. 6.

⁴⁾ Находятся въ Ges. u. VO.-Blatt f. Sachsen за 1843 стр. 183 и сл. Новѣйшій

обработка его дана Siegmann, Das kögr. Sächsische HR.

⁵⁾ Однако, Siegmann категорически отказывается признать ипотеку закона 1843 г. за Realobligation, и рѣшительно держится романтическаго взгляда на нее. Опорой Siegmann

2. Но право собственности организовано в Саксонии на последовательно проведенномъ германскомъ началъ *Auflassung*. Традиция открыто отвергнута (§ 276 Уложения). *Auflassung* представляетъ коперетную сделку, предполагающую правооснование приобретения собственности. На томъ же началъ *Auflassung* построено и приобретение реальныхъ повинностей (§ 512) и личныхъ сервитутовъ (§ 647). Публицитету подчинены, однако, не все вещныя права, а только важныя экономически; отсюда, реальные сервитуты ему не подчинены (Законъ 1843 г. § 2, 3, 14—17; *Siegmann*, 18 стр.).

Въ такомъ видѣ саксонскій вотчинно-ипотечный режимъ просуществовалъ до введения въ Саксоніи имперскаго уложения, безъ значительныхъ измѣненій ²⁾.

РАЗДѢЛЪ IV.

Мекленбургъ.

§ 79. Общій очеркъ Мекленбургскаго ипотечнаго права въ уставахъ первой половины 19 ст.

I. Въ началѣ 19 ст. и въ Мекленбургѣ реальный кредитъ былъ глубоко поколебленъ войною. Правительство было вынуждено помочь задолженному землевладѣнію общей отсрочкой долговъ. Сначала отсрочка дана была на 1 годъ ²⁾. Потомъ она возобновлялась нѣсколько разъ ³⁾. А въ 1812 г. она была продолжена на неопредѣленное время ⁴⁾. Лишь *Vg. v. 19 Apr. 1826* отмѣняетъ индультъ ⁵⁾, и то не вполне; частично (§ 1—13) индультъ сохраняетъ свое дѣйствіе по *Notification v. 13 Mai 1828* ⁶⁾. И только *Notification v. 3 Apr. 1834* ⁷⁾ окончательно отмѣняетъ индультъ во всѣхъ его частяхъ.

Тотчасъ же съ отмѣной исключительной мѣры и возстановленіемъ нормального правового состоянія кредитныхъ отношеній заявила себя и потребность въ усовершенствованіи ипотечнаго права, и прежде всего для рыцар-

ману служило, отчасти, самое право. Въ то время какъ законъ 1843 г. еще допускаетъ неточность выраженія, очевидно, не подозревая, что на ней будутъ строить германцы свою *Realobligation* (§ 87 и 88 закона 1843 г. говорятъ о *Haftung des dritten Besitzers für die Schulden des Grundstücks*), Уложение 1864 г., вышедшее въ эпоху націоналистическихъ увлеченій теоріи, выражается уже осторожнѣе, отнимая почву у восторженныхъ германистовъ (§ 430: „*Der Beklagte kann die Pfandklage abwenden, wenn er dem hypothekarischen Gläubiger volle Befriedigung wegen der Forderung leistet, für welche das Pfand haftet*“).

1) Маловажныя извѣщенія указаны у *Francke, Die GG. des Königr. Sachsen. Leipzig 1884 I, стр. 453, 679, 743, 812, II, стр. 31, 181 и друг.*

2) *Vg. v. 13 Dz. 1806* (Raabe II, 464).

3) *Vg. v. 12 Dz. 1807, Vg. v. 24 Dz. 1808* (Raabe VI, 65).

4) *Vg. v. 10 Jan. 1812* (Raabe II, 465). Толкованіе индультъ въ *Vgen v. 10 Jan. 1812, 26 F. 1812, 21 Aug. 1812* (eod.).

5) Raabe II, 469.

6) Eod.

7) Raabe II, 24.

скихъ имѣній. Тогда то и перешли къ организаціи ипотечнаго режима на началахъ публицитета и специалитета.

Вслѣдствіе политическихъ условій (различные пути законодательствованій) и не одинаковой потребности въ реформѣ, испытываемой землевладѣніемъ разныхъ категорій, законодательство пошло своеобразнымъ путемъ отдѣльнаго регулированія ипотечнаго режима для 3-хъ различныхъ категорій землевладѣнія: рыцарскаго, городского и крестьянскаго (доменнаго). Уже одно это прировненіе права къ специфическимъ особенностямъ каждой категоріи землевладѣнія сулило успѣхъ Мекленбургскому праву.

1. Ближайшимъ поводомъ къ урегулированію ипотечнаго дѣла дворянскихъ имѣній послужило основаніе въ 1818 г. дворянскаго кредитнаго общества ¹⁾. Предполагавшеся при основаніи общества урегулированіе ипотечнаго режима для дворянскихъ имѣній совершилось съ большою поспѣшностью въ *Hyp.-Og. für die ritterschaftlichen Landgüter*, опубликованномъ для Мекленбургъ-Шверина 12 ноября 1819 г., для Мекленбургъ-Стрелица 22 ноября 1819 г. ²⁾. Ипотечный уставъ 1819 г. для рыцарскихъ имѣній Мекленбурга (RHO) представляетъ собою свободное подражаніе Прусскому уставу 1783 г. Уставъ представляетъ чето ипотечную систему и не затрагиваетъ ни отношеній собственности, ни иныхъ вещныхъ правъ на дворянскія имѣнія, насколько это не относится до ипотечнаго оборота. Ипотечное право поставлено въ немъ въ связь съ кадастромъ 1755 г. Уставъ отличается отъ прускаго общей простотою организаціи режима, краткостью и общностью своихъ предписаній, оставляющей широкій просторъ практикѣ. Въ частности, онъ отвергаетъ прусскій легалитетъ, сводя послѣдній къ необходимой противѣркѣ чиновникомъ вѣдѣнныхъ условій дѣйствительности правоотношеній, подчиняемаго режиму.

Однако, Мекленбургскій рыцарскій уставъ 1819 г. производитъ впечатлѣніе крайне сибшнаго дѣла, мало развитаго и обработаннаго, во многомъ неяснаго права, характеризуемаго всеми чертами перваго опыта.

2. Поводомъ къ реформѣ ипотечнаго режима для городского владѣнія послужила отмѣна генеральнаго индультъ въ 1826 г. ³⁾. Въ *Vg. v. 16 Apr. 1828 г.* ⁴⁾ магистраты внутреннихъ и приморскихъ городовъ получаютъ порученіе изготовить реестры для городовъ и областей о всѣхъ имѣніяхъ въ городѣ и городской области, а равно и планъ городскихъ участковъ и городскихъ полевыхъ земель, чтобы, такимъ образомъ, выработать твердыя основы для организаціи вотчинно-ипотечнаго режима. Городамъ предоставляется выборъ между болѣе или менѣе точной кадастровой основой для ипотечнаго режима.

За этими подготовительными работами и появился *Stadtbuch-Og.*, опу-

1) *Meibom, Das Meekl. HR., 14 стр.*

2) Raabe II, 83, *Meibom*, 15.

3) *Meibom*, 15 стр.

4) Raabe II, 31.

бликованный въ Мекл.-Шверинѣ 22 дек. 1829 г.¹⁾, въ Мекл.-Стрелицѣ 6 янв. 1830 г.²⁾ StBO. не ограничивалась ипотечнымъ дѣломъ, а создавала вотчинно-ипотечную систему. Она многое восприняла изъ неконного, отъ среднихъ вѣковъ идущаго городского обычнаго права, какъ это мы увидимъ позднѣе³⁾.

3. Мелкое сельское землевладѣніе получило ипотечный режимъ, организованный на болѣе скромныхъ и упрощенныхъ началахъ. Частное владѣніе въ доменахъ получило въ Мекл.-Стрелицѣ НОг. v. 24 Mz. 1832 г., подражавшій Stadtbuch-Og.⁴⁾; въ Мекленбургъ-Шверинѣ вплоть до 2 янв. 1854 г. ипотечный оборотъ сельскихъ владѣній покоился на Vg. v. 12 Mz. 1814, еще не знакомомъ съ современными началами ипотечнаго устройства; и только 2 янв. 1854 г. тамъ былъ введенъ Domanal-НОг. на началахъ публичноты и специалитета⁵⁾.

4. По мѣрѣ того, какъ реформа ипотечнаго права обходила разныя категории землевладѣнія, основы ипотечнаго режима развивались и право совершенствовалось. И это усовершенствованіе вызывало сначала частичныя улучшенія прежняго права въ формѣ новеллъ, а потомъ и коренную ревизію старѣющихъ первыхъ опытовъ. Такъ, публикація StBO. вызвала новеллу къ RHO. отъ января 1830 г.⁶⁾. Публикація StBO. для автономнаго города Висмара въ 1838 г. 23 ф. вызвала новеллу къ StBO. отъ 16 ф. 1838 г.⁷⁾.

Позднѣе предпринимается коренная реформа ипотечныхъ уставовъ, вышедшихъ въ первой половинѣ 19 ст.

а) Уже въ ландтагѣ 1842 г. зашла рѣчь о пополненіи рыцарскаго ипотечнаго устава 1819 г. Послѣ обещанія представителями сословій характера реформы, рыцарскій уставъ былъ пересмотрѣнъ и 8 окт. 1848 г. былъ опубликованъ въ обоихъ Мекленбургахъ дословно сходно⁸⁾. Revidirte RHO. отличается крайней смѣлостью замысла. Онъ остается дѣйствующимъ ипотечнымъ правомъ рыцарскихъ имѣній вплоть до введенія въ Мекленбургѣ имперскаго уложенія.

в) Въ 1855 г. магистраты главныхъ городовъ—Güstrow и Parchim,—къ которымъ примкнулъ и магистратъ Ростокка, ходатайствовали о пополненіи StBO. 1829 г. пятью пунктами, усвоенными RRHO. 1848 и DHO. 1854 гг. Но правительство предпочло предпринять обширную ревизію StBO, которая внесла бы въ городскія ипотечныя уставы какъ новшества 2-хъ ука-

1) Raabe II, 32.

2) Meibom, 16 стр.

3) О распространеніи устава на вольные города см. Meibom, 16 стр.

4) Meibom, 17.

5) Raabe II, 269 стр. О частномъ землевладѣніи на земляхъ монастырей и рыцарскихъ у Meibom, стр. 17—21.

6) Raabe II, 109.

7) Raabe II, 49.

8) Raabe V, 251. Ср. Meibom, 25.

занныхъ уставовъ, такъ и новшества новеллы къ StBO отъ 1838 г. Проектъ пересмотрѣннаго StBO былъ представленъ ландтагу въ 1856 г. Ландтагъ принялъ проектъ, и законъ былъ опубликованъ для Мекленбургъ-Шверина 21 дек. 1857 г.¹⁾.

е) Право ревизованныхъ уставовъ, какъ равно и DHO. 2 янв. 1854 г. позднѣе получили развитіе путемъ отдѣльныхъ законодательныхъ мѣръ, которыя, въ общемъ, не имѣютъ принципиальнаго значенія²⁾.

II. Право собственности и другія вещныя права на недвижимости урегулированы тамъ, гдѣ они привлекаются къ режиму, им. въ городскихъ уставахъ, на новыхъ началахъ публичноты и специалитета, и съ уваженіемъ къ неконнымъ городскимъ обычаямъ, датирующимъ изъ ср. вв.

„Собственность на городскія недвижимости, уже по § 372 des Landes-Vergleiches, можетъ перейти только путемъ Verlassung zu Stadtbuch, говорить § 8 StBO. v. 22 Dz. 1829, и это не требуетъ никакой традиціи“. По сдѣлкамъ между живыми Verlassung можетъ послѣдовать только на основаніи открытаго волеизъявленія уступщика о томъ, что онъ передаетъ (auflassen) свою собственность новому пріобрѣтателю, и послѣдняго,—что онъ принимаетъ собственность (§ 9). Повидимому, Auflassung выстаетъ въ мекленбургскомъ правѣ, въ противоположность саксонскому праву, какъ абстрактный вещный договоръ; на это указываетъ не только умолчаніе городского вотчиннаго устава о необходимости предъявленія въ вотчинное установленіе акта личной сдѣлки объ отчужденіи, но и общее начало мекленбургскаго вотчинно-ипотечнаго права, извѣстное подъ именемъ Konsensprinzip, согласно которому измѣненіе правъ пріонеходитъ на основаніи простого волеизъявленія управомоченнаго. На совершеніе Verlassung легитимруется только книжный собственникъ. Наслѣдникъ зависаетъ въ книгу по одностороннему требованію, доказавъ свое право наследованія (§ 9).

Осуществленное въ порядкѣ Verlassung пріобрѣтеніе собственности правомѣрно и неоспоримо при всякихъ условіяхъ (§ 10). Если пріобрѣтеніе такого рода нарушитъ чье-либо право собственности 3-го лица, лучшее, чѣмъ право уступщика собственности, то пріобрѣтеніе это можетъ быть оспорено 3-мъ интереснымъ только противъ того лица, которое вытѣснило его, а также противъ наслѣдниковъ послѣдняго, но никакъ образомъ не противъ позднѣйшаго пріобрѣтателя,—развѣ что послѣдній дѣйствовалъ злонамѣреннымъ (§ 10).

По неконному обычаю, актъ отчуждательной сдѣлки вывѣшивается въ теченіе 6 недѣль до совершенія Verlassung въ городскія ратуши на особой доскѣ. Этотъ способъ публикаціи совершается въ строго опредѣленные дни въ году, именно: первые вторники февраля, мая, августа и ноября. Этимъ облегчается справка для всѣхъ землевладѣльцевъ объ оборотѣ недвижимостей.

1) Meibom, 23 стр.

2) Указаны у Meibom 24, 28 и слѣд. стр. Текстъ всѣхъ перечисленныхъ уставовъ находится у Raabe, въ указанныхъ уже нами мѣстахъ его изданія. Лучшая обработка Мекл. ип. права принадлежитъ Meibom, Das Mecl. RR.

Но, сверхъ того, еще допускаются публикации въ газетахъ и оглашеніе въ городѣ (§ 11).

Каждый владѣлецъ и универсальный сукцессоръ обязываются требовать совершения *Verlassung* отъ отчуждателя въ теченіе 4 нед. по наступленіи правооснованія приобрѣтенія недвижимости (§ 12).

Такъ тѣсно вотчинная система городскихъ уставовъ Мекленбурга примыкаетъ къ средневѣковому германскому праву; причина кроется и въ патриархальности быта мекленбургскихъ городовъ.

Не удивительно, что въ эпоху крайняго развитія національнаго сознанія въ Пруссіи реформаторы-юристы обращаются къ мекленбургскому праву за національными правовыми организаціями.

III. Право ипотеки обработано въ мекленбургскихъ уставахъ съ особенной смѣлостью, что объясняется отчасти, какъ это ни покажется страннымъ, простотою жизненныхъ отношеній въ Мекленбургѣ, при которой осуществленіе смѣлыхъ замысловъ встрѣчаетъ меньше затрудненій въ сложности бытовыхъ отношеній ¹⁾.

Въ то время, какъ вообще мекленбургскіе уставы не допускаютъ книжную ипотеку возраженій изъ негласнаго личнаго требованія, для чего исключаютъ отъ записи указаніе на основаніе ипотечнаго требованія ²⁾ и впервые въ современной Германіи полагаютъ въ основу производства записи ипотеки принципъ консенза, или абстрактнаго волеизъявленія управомоченнаго на установленіе ипотеки, — лучшіе мекленбургскіе уставы ³⁾ уже прямо провозглашаютъ начало самостоятельности ипотеки, т. е. отрѣшенности и независимости ея отъ какого-либо личнаго требованія. Мекленбургская ипотека является самостоятельнымъ вещнымъ бременемъ на участокъ, въ силу котораго управомоченный имѣетъ право на извлеченіе изъ участка суммы ипотечнаго бремени, конечно, въ порядкѣ экзекуціи на обремененный участокъ. Въ жизни, конечно, и самостоятельная ипотека можетъ быть избрана, какъ обезпеченіе какого-либо личнаго отношенія, но право будетъ третировать ипотеку теперь уже не какъ зависящую по природѣ своей отъ личнаго требованія, а какъ саму изъ себя черпающую свои жизненные силы, и мы будемъ имѣть тутъ не акцессорное, а скорѣе солидарное отношеніе.

¹⁾ См. ниже.

²⁾ RRHO § 12, RSt.B.O § 13.

³⁾ RRHO § 16: „...werden durch die Eintragungen keine blosse Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung der die Eintragung Beantragenden vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Guts existent. Der Antrag, auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht notwendig bedingt, vielmehr solcherhalb Alles einer Vereinbarung der Betheiligten überlassen. Ein späterer Eigenthümer des Guts ist als solcher für seine Person nicht verhaftet“. Ср. еще R. St. B. O. § 19. Чтобы подчеркнуть идею, что ипотека есть строго вещное бремя на имѣніе, еще RHO 1829 г. § 38 открыто провозглашаетъ, что самая ипотечная книга принадлежитъ имѣнію, а не лицу собственника. Но это, конечно, не означаетъ персонафикаціи недвижимости, какъ послѣднюю хотѣли приписать современной организаціи ипотечнаго режима некоторые юристы.

Отрѣшеніе ипотеки отъ личнаго требованія предпринимается въ Мекленбургѣ уже рѣшительнѣе, чѣмъ гдѣ-либо, и впервые въ Германіи. И это дѣлается неключительно въ цѣляхъ вѣрности ипотечнаго оборота и упрощенія кредитной организаціи; подсказывается это опытомъ какъ самого Мекленбурга, такъ, несомнѣнно, и сосѣдней Пруссіи, гдѣ въ то время уже возникло движеніе въ сторону самостоятельности ипотеки, и для этого строились даже неудачныя конструкціи обремененной ипотеки. Мекленбургское право только и дѣлаетъ то, что завершаетъ движеніе къ самостоятельности ипотеки, къ отрѣшенію ея отъ личнаго требованія и превращенію въ самостоятельное бремя на участокъ, поражающее цѣловую сторону вещи, и этимъ отличающееся отъ прочихъ такихъ же строго вещныхъ правъ, — движеніе, которое началось вѣкыю съ самой формализаціей ипотечнаго права. И сущность ипотеки, какъ она выступаетъ въ Мекленбургскихъ уставахъ, старая; уставы выражаютъ даже съ большей точностью, чѣмъ гдѣ-либо, идею, что ипотека есть строго вещное право, при которомъ никакому лично-долговому моменту нѣтъ и мѣста ¹⁾. И тѣмъ не менѣе, именно съ самостоятельной ипотеки за *Realobligation*, *Realschuld*, *Reallast*, *Grundschuld*. Поводомъ къ этому движенію, кромѣ новизны явленія, не укладывавшагося въ римскія рамки и напрашивавшагося на толкованіе его въ старо-германскомъ духѣ, служило и отсутствіе при самостоятельной ипотеке долговаго момента въ лицѣ кредитной сдѣлки, а между тѣмъ бытовое возрѣніе привыкло, чтобы въ организаціи, служащей дѣлу кредита, какъ-нибудь да выступалъ моментъ долга; наконецъ, по-старому, не могли понять, чтобы строго-вещное право на участокъ было одарено способностью къ востребованію, чтобы при немъ текли %-ы, чтобы оно было преходящимъ.

И вотъ одинъ изъ горячихъ сторонниковъ взгляда на современную ипотеку какъ на *Realobligation*, Мейбомъ влагаетъ въ слова мекленбургскихъ уставовъ неприсущій имъ смыслъ, будто они создаютъ не строго вещное право, а *Realschuld*, *Reallast*, *Realobligation*, гдѣ каждый собственникъ заложеной недвижимости отвѣчаетъ какъ таковой положительнымъ образомъ, уплатой ипотечнаго долга ²⁾. Однако и для Мекленбургской ипотеки, хотя она и самостоятельная, мы не имѣемъ ни историческихъ, ни практически-догматическихъ основаній для германистической конструкціи.

¹⁾ См. предш. цитату.

²⁾ Сначала въ *Jahrb. des gem. deutsch. R. за 1860 IV* стр. 310, а потомъ въ *Das Mecl. NR.* стр. 33 и слѣд. Этотъ послѣдній трудъ принадлежалъ къ серіи трудовъ, которые въ своей совокупности должны были представить картину партикулярныхъ ипотечныхъ правъ важнѣйшихъ нѣмецкихъ странъ и носили общее названіе *Deutsches Hypothekenrecht*. Для отдѣльныхъ нѣмецкихъ странъ очерки современной ипотеки были выполнены отдѣльными выдающимися нѣмецкими юристами: баварское право — Регельсбергеромъ, прусское — Дернбургомъ, австрійское — Эксперомъ и т. д. Редакторомъ всей серіи трудовъ былъ Мейбомъ. Задачей труда было подчеркнуть особенности современной ипотеки отъ римской. Трудъ былъ отвѣтомъ на поставленіе одного изъ сѣздовъ нѣмец-

Исторически, какъ мы уже знаемъ, Мекленбургское право лишь завершило давно начавшийся процессъ отдѣленія ипотеки отъ личнаго требованія. Практически же въ строчинѣ ипотеки, какъ *Realobligation*, нѣтъ никакой надобности, и это намъ уже извѣстно. Напротивъ, именно переходныя стадіи, гдѣ ипотека могла существовать безъ личнаго требованія, когда послѣднее отпадало, доказывали намъ, что ипотека не нуждается въ перестройкѣ, ставъ самостоятельнымъ правомъ. Въдѣ не измѣнилось же существо ипотеки отъ того, что требованіе, ею обезпечиваемое, отпадало. Помогала же она тамъ и проявляла же всѣ функціи, требуемыя отъ нея, какъ отъ формы реал. кредита. Ипотечный кредиторъ при равенствѣ прочихъ условій не утрачивалъ ровно ничего въ своемъ положеніи, какъ ипотекаря, отъ того, что лично-долговое отношеніе его прекращалось или оказывалось оспори-мымъ. Онъ не нуждался ровно ни въ чемъ сверхъ того, что имѣлъ, для того, чтобы извлечь изъ заложенной недвижимости опредѣленную цѣнность, своевременно получать $\frac{0}{100}$, своевременно совершить востребованіе ипотечнаго отношенія и т. д. И полное завершеніе этого движенія къ самостоятельности означало въ сущности лишь провозглашеніе за правило того, что въ переходное время было исключеніемъ. Отсюда, передъ правомъ и мекленбургская ипотека является съ той же римской сущностью (право на вещь въ ея цѣновомъ моментѣ), лишь въ интересахъ оборота обремененной въ неузнаваемую съ римской т. зрѣнія организацию самостоятельнаго права, отрѣшеннаго отъ всякаго обезпечиваемаго личнаго требованія; конечно, въ принципѣ, ибо на дѣлѣ и эта ипотека могла служить дѣлу обезпеченности, но то было уже для существа ипотеки юридически безразлично. Отсюда, лишь по бытовому воззрѣнію Мекленбургская ипотека содержитъ идею долга, но передъ правомъ она организуется безъ всякихъ признаковъ такового. Отсюда же выступаетъ съ полной ясностью и то, что ипотека и вотчинный долгъ, по существу, однородны, ибо вотчинный долгъ есть только самостоятельная ипотека.

Но если общая сущность мекленбургской ипотеки должна быть признана римской, то въ мекленбургской ипотецѣ мы видимъ и реставрацію забытой германской идеи: реальный кредитъ базируется исключительно на до-вѣрїи къ недвижимости, какъ при *Satzung*, и кредитныя правовыя организациі перестаютъ содержать какой-либо намекъ на долговое отношеніе, все-

гихъ юристовъ, состоявшася въ эпоху расцвѣта національнаго движенія у ильенверъ въ 60-хъ годахъ и движенія ихъ къ объединенію. И вотъ эта тенденція труда, какъ и редакторское вліяніе Мейбома, измѣняютъ своимъ послѣдствіемъ то, что и для другихъ странъ и другими юристами ипотека провозглашается за *Realobligation*: Регельсбергеромъ для баварскаго права, Дербургомъ для прусскаго права. Лишь Экснеръ и Зиглявицъ (для австрійскаго и саксонскаго права) удерживаются на точкѣ зрѣнія на ипотеку, какъ строго вещное право. Отсюда-то и получается распространеніе новый взглядъ на ипотеку; такъ *Sohm* въ *Gründungs-Zeitschrift* пытается подвести итоги повому теченію и т. д. Къ этому же взгляду присоединяется и Кассо. Замѣчу кстати, что, хотя новый взглядъ не остался безъ вліянія на законодателя того времени (прусскіе проекты 70-хъ г. г.), тѣмъ не менше Уложеніе отвернулось отъ него самымъ рѣшительнымъ образомъ, а Дерабургъ въ очерка уложенія объявляетъ его недоразумѣніемъ (ниже).

цѣло выражался въ правѣ кредитора на одну т. злож. недвижимость; идея же долга сводится развѣ къ намѣренію сторонъ и къ бытовому воззрѣнію на ипотеку, какъ форму реального кредита, ничѣмъ не выраженнымъ въ самой организациі кредитнаго отношенія.

Для достиженія различныхъ тонкихъ цѣлей оборота, лучшіе мекленбургскіе уставы допускаютъ не только перенесеніе ипотеки на имя собственника, когда ипотека возвращается къ послѣднему, но и установленіе ипотеки на имя собственника съ самаго начала. Въдѣтъ съ тѣмъ уставы знаютъ и сохраненіе открытымъ мѣста въ ипотечной книгѣ для будущей ипотеки. И эти двѣ организациі имѣютъ важныя правовыя различія, такъ какъ ипотека собственника есть возникшее право, лишь ограниченное въ своемъ дѣйствіи, тогда какъ открытое мѣсто есть только формальный знакъ, что въ будущемъ на этомъ мѣстѣ и съ этимъ рангомъ можетъ быть установлена ипотека.

Нѣкоторымъ уставамъ извѣстенъ строгій специалитетъ ипотеки въ отношеніи объекта, им. они не допускаютъ корреляльной ипотеки.

Переходъ ипотецъ изъ рукъ въ руки совершается, по правилу, путемъ передачи ипотечнаго свидѣтельства и записи перехода ипотеки въ книгу, причемъ ипотечному свидѣтельству придаетъ значеніе орудія ипотечнаго оборота. Почему, на практикѣ, какъ увидимъ ниже, развились институты передачи ипотечныхъ свидѣтельствъ по бланко-цессіи.

IV. Огромные успѣхи дѣлаетъ въ мекленбургскихъ уставахъ и чисто-формальное вотчинно-ипотечное право. Упрощенная форма ипотечной книги; мѣстами, особая ипотечная установленія, отдѣльныя отъ общихъ судебныхъ мѣстъ; субсидиарная имущественная отвѣтственность государства за служебныя провинности ипотечныхъ чиновниковъ; регулированіе не закономъ, а инструкціей деталей производства въ ипотечныхъ установленіяхъ; строгое проведеніе начала консенза, и отсюда ограниченіе легалитета лишь естественными формальными моментами правоотношенія; признаніе начала однихъ только окончательныхъ записей, да еще протестовъ па случай ограниченія права распоряженія записаннаго уполномоченнаго и отрицаніе предварительныхъ откѣтокъ, тормазящихъ оборотъ; опущеніе при записи упомянутой объ основаніи записываемаго ипотечнаго требованія и отсюда—усиленіе публичности, такъ что только книга и выписъ изъ нея являются руководящими данными при обсужденіи стороною правоотношенія по недвижимости; точный и безусловный специалитетъ объекта и суммы ипотечныхъ требованій, краткая и легко обозримая форма именныхъ ипотечныхъ свидѣтельствъ, предвазначенныхъ къ циркуляціи и легитимирующихъ поименованное въ нихъ лицо на распоряженіе ипотекой; освобожденіе лично извѣстныхъ ипотечному установленію сторонъ отъ необходимости совершенія официальныхъ актовъ о сдѣлкѣ и общее широкое начало упрощенія формъ производства и условій дѣйствительности сдѣлки, въ интересъ удобствъ для публики, вслѣдъ, гдѣ ипотечное установленіе находитъ это возможнымъ,—все это какъ и многое

еще другое, при усовершенствовании и упрощении материального ипотечного права, и служило огромному усъху ипотечного оборота въ Мекленбургѣ.

V. Ко всему этому присоединились и нѣкоторыя бытовые особенности Мекленбурга. Мы уже отмѣчали выгодныя особенности общей простоты и патриархальности жизненныхъ отношеній въ Мекленбургѣ и дѣленія землевладѣнія на три категоріи, дававшая возможность точнѣе и лучше удовлетворить особеннымъ потребностямъ каждой формы землевладѣнія. Но огромное преимущество Мекленбурга передъ другими германскими странами состояло въ особомъ исконномъ явленіи сдѣлочныхъ ярмарокъ, носящихъ названіе Umschlagstermine. Сушность этого явленія заключается въ томъ, что въ Мекленбургѣ издавна установились два періода въ году (одинъ—зимною, другой—лѣтомъ), когда только и допускается востребованіе и осуществленіе по долговымъ отношеніямъ, при чемъ востребованный въ одинъ изъ этихъ кратковременныхъ періодовъ долгъ осуществляется въ ближайшій слѣдующій періодъ. Благодаря этому обычаю, реальный кредитъ получилъ въ Мекленбургѣ такое направленіе, что въ эти два опредѣленныхъ періода въ году какъ-бы устраивается ипотечная биржа, на которой выступаетъ одновременно какъ спросъ на ипотеки такъ и предложеніе ипотекъ. Благодаря одновременному спросу и предложенію, ипотеки, ненужныя наличному ихъ субъекту, легко находятъ себѣ спросъ со стороны новыхъ лицъ, ищущихъ помѣщенія своего капитала подъ ипотеки. Бываютъ и случаи, что лицо желаетъ сбыть свои ипотеки, для того только, чтобы приобрести другія ипотеки, обладающія въ томъ или другомъ отношеніи свойствами, которыми лицу кажутся болѣе подходящими. Такъ какъ эти сдѣлочныя ярмарки привлекаютъ въ одно мѣсто лицъ, ищущихъ помѣщенія капитала и сбыта ипотекъ или обмѣла однихъ ипотекъ на другія, то и происходитъ въ Umschlagstermine легкій и быстрый переходъ ипотекъ изъ рукъ въ руки, часто замѣняющій осуществленіе ипотеки путемъ экзекуціи на обремененное ипотечкой имѣнье. Благодаря тому, что во время этихъ ярмарокъ масса ипотекъ обходитъ массу рукъ, сохраняется и запросъ на капиталъ; кака-нибудь сотня тысячъ талеровъ разыгрываетъ роль нѣсколькихъ миллионныхъ наличныхъ денегъ. Лицо получаетъ деньги на свою ипотеку, чтобы уплатить ими за ипотеку, приобретенную имъ у 3-го лица, и т. д.

Эти ярмарки не остались безъ вліянія на право ипотеки. Такъ какъ ипотечный кредиторъ не знаетъ заранѣе, кто приобрететъ ипотеку, самолично же опъ, напр., не можетъ почему-либо и явиться на ярмарку или даже не хочетъ,—то и вошло въ обычай, что онъ ставитъ лишь свой бланкъ на ипотечномъ свидѣтельствѣ и посылаетъ послѣднее довѣренному лицу. Довѣренное лицо сбываетъ ипотеку и уже тогда проставляетъ полную сессіонную надпись, указывая въ послѣдней и имя приобретателя ипотеки. И хотя мекленбургскіе уставы не знаютъ иной формы передачи ипотекъ, какъ только полную сессію, на практикѣ, руководящейся началомъ bona fides, въ Мекленбургѣ развились и поощряются властью институтъ бланковой передачи ипотечныхъ свидѣтельствъ. Благодаря же общей простотѣ производства въ

мекленбургскихъ ипотечныхъ установленіяхъ, ярмарки не обременяютъ ипотечныхъ установленій и дѣломъ записи сессіи въ ипотечныя книги.

Все эти достоинства мекленбургскаго права ипотеки и привели къ тому, что мекленбургскія ипотечныя свидѣтельства получили распространеніе и высокую цѣнность даже далеко за границами Мекленбурга и привлекали къ мекленбургскому землевладѣнію огромные капиталы; эти капиталы оплачивались сравнительно ничтожнымъ % (2½—3), въ то время какъ въ Пруссіи ипотека давала капиталисту 5%—7% и болѣе. Это было 2-ой важной причиною, почему прусскіе государственные люди, во время реакціи ипотечному режиму кодификацій Фридриха V., обратились къ мекленбургскому праву, какъ образцу, достойному подражанія: при этомъ, упускались изъ виду различія бытовыхъ условий Пруссіи отъ Мекленбурга ¹⁾.

РАЗДѢЛЪ V.

Австрія.

§ 80. Общій очеркъ Австрійскаго ипотечнаго режима въ законодательствѣ 19 столѣтія.

I. Формальное право вотчинно-ипотечнаго режима оставалось въ Австріи въ разсматриваемую эпоху и до самыхъ 70-хъ гг. 19 ст. почти безъ измѣненій въ томъ видѣ, въ какомъ оно было пересмотрѣно въ концѣ 18 ст., отчасти подъ вліяніемъ Прусскаго устава 1783 г., въ патентахъ о Landtafel.

Материальное же вотчинное право получило въ Австріи коренную обработку сначала въ партикулярномъ правѣ, въ уложеніи для западной Галиціи отъ 13 янв. 1797 г. ²⁾, а потомъ въ общемъ правѣ, въ уложеніи Австріи отъ 1811 г. ³⁾, повторившемъ и отмѣнившемъ Галицкое уложеніе.

Какъ Галицкое, такъ и обще-Австрійское уложеніе носятъ извѣстную долю вліянія кодификацій Фридриха V., хотя въ общемъ и цѣломъ они являются итогомъ особаго Австрійскаго правообразованія, развивавшагося при дѣйствіи института Landtafel.

1. Система австрійскаго уложенія, въ общемъ римская, институціонная, тѣмъ не менѣе восполняется настолько особенностями правообразованія Landtafel, что проводитъ постоянно различія движимыхъ и недвижимыхъ вещей,

¹⁾ Кроме очерченныхъ важнейшихъ германскихъ государствъ, прусскій ипотечный режимъ повліялъ и на права многихъ второстепенныхъ германскихъ государствъ, которыхъ мы, однако, не коснемся въ виду незначительной исторической роли ихъ въ развитіи изсматриваемаго явленія. Но тѣмъ же соображеніямъ и не касаясь и права нѣкоторыхъ русскихъ областей, на которое сказывается вліяніе прусскаго ипотечнаго режима, какъ царство Польское, Прибалтійскія губерніи и т. д. О проектѣ вотчиннаго устава и вообще не говорю въ этомъ изсматриваніи, т. к. предполагаю отвѣсти ему самостоятельное изсматриваніе. Вліяніе прусскаго права на французское отмѣчалось въ очеркѣ послѣдняго. Здѣсь же остается указать на вліяніе прусскаго права на австрійское право.

²⁾ Das Bürgerliche Gesetzbuch für Westgalizien v. 13 Januar 1797.

³⁾ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Wien 1811.

избѣгалъ такихъ общихъ и рѣшительныхъ положеній для обоихъ видовъ вещей, которыя могли бы вызывать недоразумѣнія, какъ это имѣло мѣсто въ прусскомъ Ландрехтѣ по вопросу о роли традиціи въ оборотѣ недвижимостей.

Уложеніе покоится на началѣ подчиненія публицитету всего вотчиннаго оборота. Всякое вещное право: собственность, сервитутъ, ипотека и т. д. возникаютъ и прекращаются только записью въ вотчинную книгу, безъ чего они не существуютъ вовсе. Записи подлежатъ всѣ сдѣлки и всѣ юридическіе факты, которые могутъ служить титулами возникновенія или основаніями прекращенія вещныхъ правъ, именно, не только сдѣлки между живыми, но и сдѣлки mortis e., судебные приговоры, раздѣльные акты, наследованіе по закону, законный залогъ и т. д. и т. д. Это начало установлено въ духѣ правообразованія Landtafel.

2. Хотя, подобно прусскому Ландрехту, и австрійское уложеніе начинается ученіе о приобрѣтеніи собственности установленіемъ общаго начала, что приобрѣтеніе всякой вещи завершается тогда, когда къ титулу приобрѣтенія присоединяется традиція ¹⁾, тѣмъ не менѣе уже это общее начало спаждается оговоркой о существованіи особыхъ предписаній закона; въ ученіи же о приобрѣтеніи недвижимостей съ полной ясностью устанавливается начало, что роль традиціи въ этихъ случаяхъ играетъ запись приобрѣтательной сдѣлки въ вотчинную книгу ²⁾, и какъ скоро актъ о переходѣ собственности записанъ въ официальную книгу, такъ новый собственникъ и вступаетъ въ правомѣрное владѣніе ³⁾. Такимъ образомъ, австрійское право поставило на своемъ мѣстѣ то начало записи, какъ способа приобрѣтенія недвижимостей, замѣняющаго традицію, которое Ландрехтѣ вставилъ неудачно въ ученіе о сервитутахъ. Отсюда и получила въ австрійскомъ уложеніи иная конструкция записи, чѣмъ въ Ландрехтѣ. Австрійская запись является не полицейской мѣрой, какъ прусская Besitztitelberichtigung, а гражданско-правовымъ способомъ приобрѣтенія недвижимостей, подобнымъ Auflassung. Это начало Auflassung происходитъ изъ того же правообразованія Landtafel. Auflassung Австрійскаго уложенія такъ же конкретна, какъ и въ Саксонскомъ уложеніи, запись указываетъ основаніе сдѣлки и, конечно, зависитъ въ свой дѣйствительности отъ правомѣрности основанія. Ни о какомъ дубликатѣ собственности, однако, въ Австріи, какъ и Саксоніи, не можетъ быть рѣчи, такъ какъ собственность приобрѣтается только записью, но это не исключаетъ оспоримости книжнаго правоотношенія въ извѣстныхъ границахъ. Однако, оспоримость эта такъ же мало создаетъ почву для дублицирата, какъ оспоримость приобрѣтенія по римскому праву.

¹⁾ II, 5 § 425: „Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, ausser den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden“.

²⁾ § 431 eod.

³⁾ § 441 eod.

Для распоряженія недвижимостью прежде всего требуется, чтобы и отчуждатель самъ былъ книжнымъ собственникомъ ¹⁾. Это уже не полицейская мѣра, созданная для поощренія записи приобрѣтенія, а естественный выводъ изъ начала, что только книжный собственникъ есть дѣйствительный собственникъ, хотя нельзя не признать за этой нормой вліянія прусскаго права уже потому, что въ австрійскомъ уложеніи она является ненужнымъ плеоназмомъ.

Если собственность на недвижимость переходитъ въ силу судебного приговора, судебного раздѣльнаго акта, судебного утвержденія въ правахъ наследства, — требуется запись этихъ актовъ ²⁾; тоже — когда она переходитъ въ силу легата ³⁾.

Если собственникъ отчуждаетъ одну недвижимость нѣсколькимъ лицамъ, — собственность принадлежитъ тому, кто раньше добьется записи приобрѣтенія ⁴⁾.

Собственность переходитъ къ приобрѣтателю такую, какою она выступаетъ по вотчинной книгѣ ⁵⁾. Публицитетъ книги уираздняетъ принципъ: „nemo plus juris“...

Прекращается право собственности на недвижимость съ погашеніемъ его по вотчинной книгѣ ⁶⁾.

Прочія вещныя права подчиняются всѣмъ тѣмъ началамъ, которыя установлены для приобрѣтенія и погашенія права собственности на недвижимость ⁷⁾ ⁸⁾.

3. Право ипотеки регулируется австрійскимъ уложеніемъ, съ одной стороны, не такъ казуетично, какъ Ландрехтомъ, съ другой же — слишкомъ элементарно.

Какъ и всѣ новѣйшія кодификаціи, австрійское уложеніе даетъ общее римское опредѣленіе ипотеки, какъ акцессорнаго права, обезпечивающаго личное требованіе ⁹⁾, но, какъ и всѣ кодификаціи, оно допускаетъ ипотеку только на недвижимости ¹⁰⁾. А если мы вспомнимъ, что формальное право LT. сообщало записямъ всякаго рода абсолютную fides publica, по теченіи в л. 18 нед., — то и для австрійскаго права мы будемъ имѣть то же явленіе, что ипотека можетъ быть иногда самостоятельной въ своемъ существованіи. Съ другой же стороны, ипотека австрійскаго права является уже строго вещнымъ правомъ, не подающимъ повода къ строенію ея, какъ Realobligation (Exner, Das Oesterr. HR.).

¹⁾ § 432. Порядокъ и условія записи въ §§ 434, 435 h. t.

²⁾ § 436.

³⁾ § 437.

⁴⁾ § 440.

⁵⁾ § 443.

⁶⁾ § 444.

⁷⁾ § 445; ср. § 481, 526 и др.

⁸⁾ Формальное право регулируется въ Landtafelpatente (§ 446).

⁹⁾ II, 6 § 447.

¹⁰⁾ § 448 eod.

Въ возникновеніи ипотеки уложеніе, подобно всѣмъ кодификаціямъ того времени, различаетъ *titulus* и *modus*. Титулами ипотеки служатъ: законъ, судебный приговоръ, договоръ, послѣдняя воля ¹⁾. Но титулъ не даетъ самъ по себѣ ипотеки.

Чтобы дѣйствительнымъ образомъ приобрести ипотеку, титулованный кредиторъ долженъ записать свое требованіе въ вотчинную книгу по способу, установленному для приобретенія собственности ²⁾.

Правоотношеніе ипотеки регулируется, въ общемъ, сходно съ Ландрехтомъ, хотя и не столь казуистично. Залогъ простирается на всѣ доли недвижимости, принадлежащія въ свободную собственность залогодателя, на приращенія и принадлежности, на плоды, еще не отдѣленные или не собранные ³⁾.

Если цѣна недвижимости вълѣдствіе вины залогодателя или позднѣе открывшагося недостатка вещи оказывается болѣе недостаточной на покрытие долга, кредиторы въ правѣ требовать отъ залогодателя другого подходящаго залога ⁴⁾.

Неудовлетворимый по наступленіи срока удовлетворенія кредиторъ имѣетъ право требовать судебного отчужденія заложенаго предмета ⁵⁾.

Передъ отчужденіемъ недвижимости каждый, записанный въ вотчинную книгу, залоговый кредиторъ въ правѣ удовлетворить того кредитора, по требованію котораго поступаетъ судебное отчужденіе ⁶⁾.

Должники не могутъ участвовать на торгахъ при отчужденіи заложеной ими вещи ⁷⁾.

Остатокъ выручки, получившейся за удовлетвореніемъ кредитора, идетъ должнику; недостатокъ, получившейся при удовлетвореніи кредитора изъ цѣны отчужденной недвижимости, взыскивается съ прочаго имуществва должника ⁸⁾.

Насколько залоговый кредитъ обязуетъ держаться заложенаго предмета или можетъ обратить взысканіе и на другое имущество должника, — это рѣшаетъ судебный уставъ ⁹⁾.

Когда должникъ отчуждаетъ собственность на обремененную ипотекой недвижимость 3-му лицу, кредиторъ волею сначала осуществить личное

¹⁾ § 449.

²⁾ Одинъ титулъ даетъ лишь личное *Recht zur Sache*, но не вещное *Recht auf die Sache* (§ 451 еод). Очевидно, вліяніе Ландрехта; понятіе *Recht zur Sache*, однако, выстѣпаетъ въ уложеніи случайно и мало разработано; во оно уже вовсе не вѣяется съ публицитетомъ уложенія, проводимымъ на самыхъ широкихъ началахъ. При недостаточности актовъ для записи ипотеки, допускается предварительная отмѣтка ея, по правиламъ о собственности (§ 453).

³⁾ § 457.

⁴⁾ § 458 h. t.

⁵⁾ § 461.

⁶⁾ § 462.

⁷⁾ § 463.

⁸⁾ § 464.

⁹⁾ § 465.

право на должникъ, а потомъ искать полного удовлетворенія изъ заложеной вещи ¹⁾.

Прекращается ипотека, при наличности какого бы то ни было титула прекращенія, только путемъ погашенія долговаго отношенія по ипотечной книгѣ ²⁾.

Положеніе кредиторовъ въ конкурсъ опредѣляется конкурснымъ уставомъ ³⁾.

Цессія ипотеки уложеніемъ не регулируется, но *Landtafelpatente* требуютъ и ея записи ⁴⁾.

II. Формальное право *Landtafelpatente* и матеріальное право уложенія къ срединѣ 19 ст. становились малоудовлетворительными и вызвали на практикѣ рядъ сомнѣній по самымъ кореннымъ вопросамъ права, напимѣрь, вопросу о природѣ публицитета вотчинной книги, подрываемаго началомъ оспариванія записи въ вотчинную книгу въ теченіе 3 л. 18 нед. Австрійская судебная практика, прислушивавшаяся къ прусской судебной практикѣ и руководясь родствомъ австрійскаго уложенія съ прусскимъ Ландрехтомъ, была готова вывести изъ этого послѣдняго начала принципъ, что собственность приобретается и становится безспорной только по давности 3 л. 18 нед., но не въ силу записи, какъ таковой; а отсюда было не далеко до признанія и начала традиціи, какъ способа приобретенія и недвижимости ⁵⁾. Много проблѣвъ было и въ правѣ ипотеки австрійскаго уложенія. Уложеніе не знаетъ ипотеки собственника, не знаетъ начала о недопущеніи для послѣдующихъ кредиторовъ повышенія съ ихъ ипотеками, по отпаденіи предшествовавшихъ имъ ипотекъ, и вовсе не регулируетъ цессіи ипотекъ, а между тѣмъ новыя условія оборота недвижимости требовали того или иного рѣшенія всѣхъ этихъ вопросовъ.

Въ срединѣ столѣтія, им. въ 1848—51 гг., въ Австріи имѣютъ мѣсто социальна-политическія событія, отразившіяся, въ свою очередь, на старой организаціи ипотечнаго режима. Уничтожаются различія привилегированныхъ и непривилегированныхъ имѣній, всѣ граждане признаются равными передъ закономъ и получаютъ право приобретенія всякаго рода недвижимости. Это влекло отмѣну *Landtafelfähigkeit* и новое оживленіе вотчиннаго оборота. Реформа управленія отражается и на организаціи самихъ вотчинныхъ

¹⁾ § 466.

²⁾ § 469.

³⁾ § 470.

⁴⁾ Того же требуетъ и уложеніе для установленія залога на залогъ, каковой случай уравнивается въ источникахъ вообще съ цессіей ипотеки.

⁵⁾ См. картину колебаній практики у Exner, *Publicitätsprinzip*. Самъ Exner настаиваетъ, однако, на коренной идѣ *Landtafel*, т. е. на абсолютной *publica fides* вотчинной книги, за что и пользуется славой чуть-ли не утописта. См. Dernburg, *Das bürg. Recht* 1898. III, 132 и друг. А когда Экснеръ въ очеркъ ипотеки закона 1871 с. рисовалъ ужасную картину, которая отвѣчала переизмѣнамъ законодательства, тогда, по недоразумѣнію, ему стали приписывать переизмѣну личнаго его взгляда на публицитетъ. Въ дѣйствительности же, измѣнился не взглядъ автора, а предметъ изслѣдованія.

установлений; наконецъ, институтъ кватернъ преобразуется въ институтъ вотчинныхъ актовъ ¹⁾.

Все это и даетъ толчекъ пересмотру вотчинно-ипотечнаго режима.

Движеніе открыто было Kaiserliche Vg v. 16 Mz. 1851 ²⁾, сначала опубликованнаго для Нижней и Верхней Австрій, Богеміи, Моравіи, Силезіи, Штирціи, Каринтіи и Крайны, а вскорѣ распространеннаго и на Триестъ, Герцъ, Градску, Истрию ³⁾ и Зальцбургъ ⁴⁾. Законъ реформировалъ въ разныхъ отношеніяхъ формальное право, цѣлясь „устранить тормазіи реальный кредитъ проволочки“ ⁵⁾.

Но самое значительное событіе этого времени представляетъ Vg. министра юстиціи отъ 15 дек. 1855 г. ⁶⁾ для Венгрии, Кроаціи, Славоніи, Сербскаго воеводства и Temeser Banat, иначе называемый provisorische Ungarische Grundbuchordnung. Это былъ первый обширный опытъ реформы датирующаго изъ прошлаго вѣка ипотечнаго режима въ направленіи, указываемомъ современными требованіями кредитнаго оборота, и въ этомъ отношеніи онъ былъ предвѣстникомъ реформы общаго австрійскаго вотчиннаго устава 1871 г. Цѣлый рядъ вопросовъ, особенно формальнаго ипотечнаго права, дотолѣ вовсе не урегулированныхъ или мало разработанныхъ, были тутъ впервые серьезно поставлены и получили разрѣшеніе, отчасти усвоенное потомъ и обще-австрійскимъ правомъ закона 1871 г.

Когда потомъ совершилось отдѣленіе Венгрии отъ Австрій, уставъ 1855 г. былъ открыто оставленъ какъ дѣйствующее право венгерской короны ⁷⁾.

Вскорѣ за публикаціей этого провизорнаго закона для венгерскихъ земель начались работы по изготовленію окончательнаго вотчиннаго устава для всей австрійской монархіи.

Первымъ результатомъ работъ былъ опубликованный съ мотивами „Entwurf der allgem. GrBOg. und des Einf.-Patens“, Wien 1858, предназначавшійся для всей монархіи, кромѣ только итальянскихъ провинцій и военной границы. Проектъ не получилъ движенія. Въ 1863 г. издается другой проектъ безъ мотивовъ и безъ патента — „Entwurf der GrBO.“ Wien. Последний былъ сообщенъ Landesausschüssen западно-австрійскихъ королевскихъ земель для обсужденія и подвергнутъ обстоятельной ревизіи въ виду послѣдовавшихъ на него мнѣній, а также въ виду того обстоятельства, что въ промежуточное время законодательствованіе о внутреннемъ устройствѣ вотчинныхъ книгъ перешло отъ рейхсрата къ ландтагамъ ⁸⁾.

¹⁾ См. Maassburg, стр. 15, 16, 32; тамъ и источники.

²⁾ RGBl, 67 стр.

³⁾ 2 мая 1851 г. см. RGBl, 107.

⁴⁾ 26 іюня 1851 г. см. RGBl, 157.

⁵⁾ Exner, das österr. HR. 4 стр.

⁶⁾ RGBl, 222.

⁷⁾ Exner, Das öst. HR. 4, 5 стр.

⁸⁾ Staatsgrundgesetz v. 21 Dz 1867 въ RGBl, 141 § II. Этими единая матерія раз-

Въ пересмотрѣнномъ видѣ проектъ поступилъ въ качествѣ правительственнаго предложенія въ рейхсратъ, именно сначала въ палату господъ 14 дек. 1869. Юридическая коммисія палаты господъ, признавалъ правительственныхъ недочетовъ и вообще пришла къ заключенію, что проектъ не далъ ни должнаго развитія основнымъ началамъ матеріальнаго ипотечнаго права, ни тщательной разработки формальнаго права. Поэтому коммисія и предложила свой проектъ, существенно отличный отъ правительственнаго проекта, съ докладомъ отъ 6 марта 1870 г. ¹⁾. Подробныя изслѣдованія in pleno палаты прибыли 24 марта къ рѣшенію, которое за основу взяло проектъ коммисіи, а въ деталяхъ дѣлало заимствованія изъ правительственнаго предложенія. Правительство дѣлало усвоенъ результатъ работы палаты господъ и съ ничтожными измѣненіями, чаще всего формальнаго свойства, предъявить его вновь избранной къ тому времени нижней палатѣ въ VI сессіи рейхсрата. Это и состоялось 20 ф. 1871 г. А 30 іюня законъ былъ принятъ нижней палатой съ измѣненіями, возвращавшими проектъ къ первоначальной правительственной редакціи. По воспослѣдовавшемъ согласіи со стороны палаты господъ на измѣненія, внесенныя въ проектъ нижней палатой, законъ былъ санкціонированъ 25 іюля 1871 г. ²⁾ ³⁾.

III. Das allgemeine Grundbuchgesetz 25 іюля 1871 г. представляетъ собою главнымъ образомъ формальное ипотечное право и лишь въ незначитель-

дѣлялась между разнородными сферами законодательствованія, что вредно отражалось потомъ на успѣхъ дѣла. См. Kaserer, Oesterr. Ges. mit Materialien: пренія райхсрата по поводу проекта закона 1871 г.

¹⁾ Между прочимъ, коммисія отвергла положенія правительственнаго проекта о допущеніи въ неограниченной сумѣ привилегій налоговыхъ требованій, о допущеніи викаціи противъ 3-го приобретателя, о правѣ должника на мѣсто погашенной ипотеки установить новую ипотеку и о созданіи съ этой цѣлью ипотечныхъ свидѣтельствъ; коммисія отвергла институтъ послѣднихъ свидѣтельствъ потому, что, за недостаткомъ кадестра, находила систему недостаточно надежной для легко циркулирующихъ ипотечныхъ свидѣтельствъ.

²⁾ Исторія реформаціоннаго движенія и работы рейхсрата содержится у Kaserer. Oesterreichische Gesetze mit Materialien. Nach Amtlichen Quellen. XV. Reichsgesetz v. 25 Juli 1871 über das GrBR. Wien 1874. Экстрактъ данныхъ у Exner, Das österr. HR. стр. 5 и сл. Замѣчу, что пренія палаты отличаются большою безцѣльностью и невысокимъ юридическимъ дарованіемъ. Самое интересное въ преніяхъ — это признаніе, что, въ виду низкаго уровня народнаго образованія въ Австрій необходимо, для записи сдѣлокъ въ вотчинную книгу, какъ рокового момента для правоотношенія, требовать официальныхъ актовъ сдѣлки, совершаемыхъ надежными официальными органами, которые бы неслись объ интересѣ темнаго населенія (дегалитетъ?). Пренія вскрываютъ, даже, какъ мало парламентаріи сознаютъ потребности оборота и какъ послѣдней слабо развитъ въ Австрій того времени; именно, въ преніяхъ мы не встрѣчаемъ отклика на все тѣ трудности ипотечной системы, которыя захватывали германскаго законодателя 70-хъ гг.

³⁾ Текстъ закона съ послѣдующими мѣрами, между прочимъ, входитъ въ Manzsche Taschenausgabe der österr. Gesetze XVIII Bd: Gesetze und Vorschriften über öfl. Bücher 6 Aufl. Wien 1898. Лучшая обработка права закона 1871 г. дана у Exner, Das öst. HR.

ной долѣ вносить измѣненія въ матеріальное право. Въ общемъ, онъ стоитъ на старой почвѣ Landtafelpatenten, но вносить усовершенствованія въ правы послѣднихъ.

1. Законъ попрежнему подчиняетъ публицитету весь вотчинный оборотъ (§ 4 и 9).

2. Онъ усваиваетъ начало, что ипотечное установление дѣйствуетъ только по инициативѣ интересентовъ и никакъ не ex officio (§ 76 и др.).

3. Законъ строго проводитъ начало специалитета суммы требованія (§ 14), но создаетъ и разрабатываетъ институтъ солидарной ипотеки (§ 15, 106 и др.) пѣсколько своеобразно.

4. Пріоритетъ ипотекъ опредѣляется въ законѣ не моментомъ записи ипотеки, а моментомъ предъявленія просьбы о записи (§ 29) указываемымъ въ книгѣ.

5. Легалитетъ строго ограничивается формальной стороною сдѣлки (§ 94).

6. Публицитетъ вотчинной книги ослабленъ въ законѣ 71 г., сравнительно съ Landtafelpatente, до крайней степени (§§ 61 — 65 и сл.). Абсолютная publica fides книги вовсе не извѣстна закону. Противъ 1-го пріобрѣтателя запись оспорима всегда, кромѣ случаевъ, что искъ погаснетъ съ давностью. Противъ 3-хъ лицъ она оспорима во всякомъ случаѣ въ теченіе 60 дней съ момента оповѣщенія пассивнаго интересента о записи, а если оповѣщеніе не состоялось, то въ теченіе 3-хъ лѣтъ. Не говорю уже о дѣйствіи протеста на запись, который допускается закономъ на широкихъ началахъ.

Несомнѣнно, что отступленіе отъ начала патентовъ произошло подъ влияніемъ римскаго права, заимавшаго себя тутъ слишкомъ несвоевременно. Впрочемъ, романизация имѣетъ и положительную сторону, — именно она цѣлится поставить въ возможную гармонію матеріальное право съ формальнымъ. что было затруднено прежнимъ правомъ LT. Patente. Все это должно, однако, вредно отражаться на живомъ вотчинномъ оборотѣ и терпимо, развѣ только, въ странахъ со слабымъ вотчиннымъ оборотомъ.

7. Но внѣшній публицитетъ, по старому, остается широкимъ, и всякій желающій можетъ осматривать вотчинныя книги, не доказывая даже особаго интереса (§ 7).

8. Изъ новшествъ матеріальнаго права слѣдуетъ указать, кромѣ разработки института солидарной ипотеки (выше), еще на институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки, организованный въ духѣ Landtafel (§ 53 и сл.), но крайне обужепный. При помощи этого института австрійскій законодатель, очевидно, хотѣлъ удовлетворить повѣйшимъ потребностямъ оборота, для удовлетворенія которымъ другія законодательства создали институтъ ипотеки на собственную вещь. Такая неразвитая организация, да еще крайне обужепная, можетъ удовлетворить лишь потребностямъ слабо развитаго ипотечнаго оборота.

9. Законъ оставляетъ и давность пріобрѣтательную и погасительную для записанныхъ въ вотчинную книгу правъ, но съ ограниченіями, вытекающими изъ публицитета книги (§ 69, 70 и др.).

10. Законъ не затрагиваетъ матеріальнаго значенія записи вотчинныхъ правъ, такъ что этотъ вопросъ, по-прежнему, рѣшается началами уложенія 1811 г.

11. Законъ не регулируетъ и матеріальнаго ипотечнаго права, такъ что и тутъ все остается по праву уложенія.

12. Законъ ничего не дѣлаетъ, въ частности, для циркуляціи ипотечныхъ свидѣтельствъ. Ихъ законъ даже не знаетъ, — хотя онъ выходитъ въ ту пору, когда въ Пруссіи идетъ реформаціонная горячка, въ результатѣ которой получили рядъ прогрессивнѣйшихъ идей формальнаго и матеріальнаго ипотечнаго права.

Но все же законъ 1871 г. переработалъ къ лучшему и на единообразныхъ началахъ все формальное ипотечное право, и въ этомъ его относительная заслуга.

Цѣлымъ рядомъ мѣстныхъ законовъ вотчинный режимъ закона 1871 г. былъ введенъ, съ болѣе или менѣе значительными особенностями, въ отдѣльныхъ австрійскихъ областяхъ, а потомъ былъ въ деталяхъ измѣняемъ и дополняемъ послѣдующими мѣрами, не переставшими появляться и до сего дня ¹⁾.

Г Л А В А II.

Реакція прусскому Ландрехту и новыя реформаціонныя движенія въ Пруссіи.

§ 81. Мотивы и цѣли новаго реформаціоннаго движенія.

Уставъ 1783 г. и Ландрехтъ 1794 г. были изданы въ эпоху, когда въ Пруссіи еще существовали феодальныя отношенія, хотя уже и доживавшія послѣдніе дни. Крупныя рыцарскія имѣнія, относительно недвижимый оборотъ съ ними, первобытное веденіе хозяйства, слабо развитая потребность реального кредита и слабый оборотъ съ ипотеками, накопецъ, отсутствіе у сельскаго хозяина конкурентовъ по спросу на капиталъ — вотъ бытовалъ обстановка, на которую былъ разсчитанъ ипотѣчный режимъ кодификаціи Фридриха В. Въ то же время кодификаціи отражали въ себѣ какъ господствовавшее въ то время на практикѣ римское право, подъ которое насильственно подгонялись феодальныя отношенія, такъ и господствовавшее въ теоріи того времени направленіе естественнаго права, вызвавшее въ римской системѣ вѣчный правовой разумъ, всюду и всегда примѣнимый и неизмѣнно благодѣтельный. Мы уже видѣли, какъ вся эта обстановка отразилась на ипотечномъ режимѣ Фридриховыхъ кодификацій.

I. Но очень скоро по изданіи Ландрехта начинается въ Пруссіи коренная ломка стараго строю социальныхъ отношеній, открывающаяся эдиктомъ

¹⁾ Все эти мѣры, очень многочисленныя, находятся въ томъ же Manzsche Taschenausgabe.

1807 г., изданнымъ во время борьбы съ Наполеономъ. Нашествіе французъ и вызванная имъ война исчерпали силы страны. И законодатель вынуждается прибѣгнуть къ рѣшительнымъ мѣрамъ для поднятія благосостоянія подданныхъ и оживленія оборота. Уже въ эдиктъ 1807 г., а потомъ и въ другихъ, связанныхъ съ нимъ общей цѣлью, мѣрахъ полагаются новыя начала гражданской жизни Пруссіи. Отмѣняется крѣпостное право, вся народная масса призывается къ гражданской жизни, провозглашается для всѣхъ право свободнаго выбора занятій и обладанія недвижимостями, допускается свободное дробленіе имѣній и болѣе свободное право ограниченныхъ владѣльцевъ недвижимостей на обремененіе послѣднихъ ипотеками. Отсюда постепенно, особенно по заключеніи мира, начинается ускореніе движенія собственности на недвижимость и развитіе мелкаго землевладѣнія.

Въ 1815 г., послѣ сверженія владычества Наполеона, Пруссія обогащается новыми областями, въ которыхъ мелкое землевладѣніе явилось уже вовсе господствующимъ типомъ землевладѣнія, и на эти области распространяется то же Прусское право. Отсюда, режимъ, расчитанный на крупное и устойчивое землевладѣніе, перестаетъ охватывать все болѣе распространяющееся въ странѣ типу землевладѣнія и оживляющемуся движенію собственности. И скоро начинаютъ раздаваться голоса, жалующіеся на громоздкость и дороговизну прусскаго ипотечнаго режима ¹⁾.

Мы уже видѣли, какими мѣрами правительство пыталось помирить со своимъ режимомъ мелкое землевладѣніе: именно, вмѣсто упрощенія режима, оно отмѣнило обязательную и принудительную явку приобрѣтательнаго акта въ ипотечное установленіе. Но эта мѣра была плохимъ исходомъ; такъ какъ публицитетъ ипотечной книги все равно дѣйствовалъ въ области ипотечныхъ отношеній, то упадокъ записей приобрѣтенія собственности только увеличивалъ беззну, отдѣляющую книгу отъ жизни и способствовалъ лишь большому резитиву другого зла, не менѣе опаснаго, именно дублицикета собственности. Но, помимо этого, съ упадкомъ записей переходовъ собственности, ипотечная книга вообще давала все менѣе и менѣе надежный очеркъ отношеній собственности на недвижимость, что перѣдко отражалось вредно вообще на оборотѣ, особенно же при открытіи субстацій. „Собственникъ пересталъ знать, кто его кредиторъ, кредиторъ же пересталъ знать, кто его должникъ.“ ²⁾. Неудобства отъ водворившейся негласности переходовъ собственности чувствовались и административными учрежденіями при разнаго рода мѣропріятіяхъ, касающихся недвижимости, напр. Auseinandersetzungen, Separationen. Особенности затрудненія возникали отъ того въ случаяхъ экспроприацій, которые все болѣе возрастали въ числѣ, но при осуществленіи которыхъ власть не имѣла средствъ собрать точныя свѣдѣнія о томъ, кто собственникъ экспроприруемыхъ имѣній. Въ концѣ-концовъ, избранный законодателямъ способъ примиренія интересовъ мелкаго землевладѣнія и кредит-

наго оборота послужилъ къ общему вреду, не исключая и самаго кредитнаго оборота. А все произошло отъ того, что законодатель имѣлъ въ виду только прямую и ближайшую цѣль—ипотечный оборотъ и не думалъ объ отраженномъ дѣйствіи публицитета ипотеки на отношенія собственности. Опытъ указалъ, что публицитетъ ипотеки роковымъ образомъ навязываетъ начало публицитета всѣхъ вещей правъ, если только провести его послѣдовательно и подумать объ устраненіи неблагоприятныхъ его послѣдствій для другихъ отношеній по недвижимостямъ; въ противномъ же случаѣ публицитетъ ипотеки не только не помогаетъ исполнѣ ипотечному обороту, такъ какъ ипотечный кредиторъ ставится въ затрудненіе при самомъ осуществленіи притязанія противъ негласнаго собственника, но еще и вредно отражается на отношеніяхъ по собственности, внося неизбѣжнымъ образомъ дублицикетъ ей, такъ какъ книжный собственникъ уполномочивается на распоряженія недвижимостью въ области ипотечныхъ отношеній, а натуральный собственникъ управомочивается на всѣ прочія распоряженія.

Уже одни перечисленные затрудненія вотчинно-ипотечной системы. Но общественной мысли въ сторону усвоенія вотчинно-ипотечной системы. По оживляющей вотчинный оборотъ и самъ по себѣ наводилъ на мысль о той же реформѣ.

II. Въ области собственно ипотечнаго оборота, съ своей стороны, очень скоро (а можетъ быть даже и ко времени появленія устава и Ландрехта) стали замѣчаться свои особые теченія, не предусмотрѣнные правомъ устава и Ландрехта. Стоя на римской почвѣ, эти памятники усвоили и римскій взглядъ на ипотеку, хотя въ то же время поставили истинную на относительно твердую почву публицитета. Но вотъ на практикѣ оказалось, что между римской акцессорной и негласной ипотекой и новой публичной ипотекой существуетъ глубокое экономическое и юридическое различіе.

Римъ ³⁾ не зналъ настоящаго реального кредита. Онъ зналъ только личный кредитъ и только при этомъ кредитѣ, не измѣняя его существа, приходило въ формѣ ипотеки, особенно генеральныхъ, подкрѣпленіе личному кредиту и преимущественное положеніе кредитора въ отношеніи имущества должника. Отсюда само собою вытекало, что римская ипотека являлась пѣчѣмъ пнямъ, какъ только придаткомъ къ личному требованію на должника, что она съ личнымъ требованіемъ, ради котораго только и создана, стояла и падала, т. е. была акцессорнымъ къ нему правомъ.

Отсюда же римская ипотека не могла быть и самостоятельнымъ предметомъ цѣнности и особымъ предметомъ оборота. Отсюда, наконецъ, послѣдующіе кредиторы естественно повышались въ рангѣ, разъ только прекращались предшествующія имъ ипотеки.

Совѣтъ иная роль ипотеки издавна выдвигалась въ жизни новыхъ народовъ, а особенно опредѣлилась съ тѣхъ поръ, какъ ипотека была поста-

¹⁾ См. выше. Ср. также Denkschrift. Min. Landw. Berlin 1863, стр. 106.

²⁾ Willmanns, Zur Reform der Hyp.-u. Subhast.-Ges.-Geb. Berlin 1866, стр. 2.

³⁾ Ближайшія за сямъ соображенія объ особенностяхъ современной ипотеки записаны у Deruburg, Das pr. HR., 1—4 стр.

влена на твердую почву публициста. Въ 3-х главных моментах проявились особенности современной ипотеки сравнительно съ римской.

1. Издавна уже германское право знало не только личный, но и реальный кредитъ. Этой задачь служили въ разное время разные правовыя организации. Въ послѣднее время главной такой организацией стала ипотека, особенно публичная ипотека. При реальномъ кредитѣ лицо довѣряетъ прежде всего недвижимости; лишь сужаетъ капиталъ, чтобы потомъ получить удовлетвореніе изъ недвижимости. Этимъ, конечно, не исключается возможность и одновременно существующаго личнаго обязательства, но связь послѣдняго съ ипотекой не содержитъ уже ничего существеннаго для ипотеки. Если стороны пожелаютъ связать оба отношенія, имъ не можетъ быть это воспрещено; но если кредиторъ удовлетворится обеспеченностью, которую ему даетъ недвижимость, ему это не должно быть воспрещено. Римскія догмы акцессорной ипотеки, гдѣ право навязываетъ сторонамъ не только связь двухъ отношеній, но и подчиненіе реального права ипотеки личному праву требованія,—была не въ духъ новаго оборота. Реформа должна была очистить ипотеку отъ неудобныхъ для оборота римскихъ моментовъ.

2. Современный ипотечный оборотъ, особенно основанный на публицитетѣ, получилъ такое направленіе, что не только утратилось внутреннее правовое основаніе для повышенія послѣдующихъ кредиторовъ съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотекъ, но даже повышеніе стало противно правосознанію общества. При опредѣленности ипотекъ по суммѣ и положенію ихъ по ипотечной книгѣ, ипотеки разнаго ранга скоро стали представлять собою въ оборотѣ цѣнности разнаго порядка. Записанная на первое мѣсто ипотека, развѣ только она держится въ предѣлахъ умѣреннаго отношенія къ цѣнности недвижимости, представляетъ теперь обеспеченность лучшаго качества. При ней меньше риска капиталисту. Потому и собственникъ недвижимости получаетъ подъ нее капиталъ на болѣе выгодныхъ для себя условіяхъ и за болѣе умѣренный %. Иначе дѣло обстоитъ съ послѣдующими ипотеками. Юридически и экономически это будутъ цѣнности низшаго качества, сравнительно съ предшествующими ипотеками. Рискъ капиталиста при нихъ больше. Оттого и % выше, и условія ссуды—тяжелѣе для собственника недвижимости. Эта разница въ условіяхъ ссуды особенно бросается въ глаза при осмотрѣ ипотечныхъ книгъ ¹⁾. Въ то время какъ первая ипотека даетъ теперь сумму и рядомъ $3\frac{1}{2}\%$ или 4% , вторая ипотека даетъ уже 5% , а послѣдующія даютъ 6% и болѣе. При такихъ условіяхъ нельзя подыскать матеріальнаго правомѣрнаго основанія тому, чтобы послѣдующія ипотеки повышались въ рангѣ съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотекъ. При такомъ повышеніи послѣдующій кредиторъ пользовался бы прежними выгодами, не неся болѣе прежнихъ невыгодъ, которыя только и обуславливали тѣ выгоды. Правомѣр-

¹⁾ Я лично наблюдаю ее въ Берлинѣ, при осмотрѣ прусскихъ вѣчныхъ книгъ, который мнѣ былъ широко открытъ благодаря любезности завѣдующаго ипотечнымъ установленіемъ.

нымъ было бы еще повышеніе ипотекъ съ соответствующей переменной выгодныхъ условій ихъ; но едва-ли тогда согласился бы послѣдующій кредиторъ на повышеніе. А всякій иной исходъ былъ бы неправомернымъ въ отношеніи должника-собственника. Иное дѣло, когда стороны договорятся о повышеніи. При указанныхъ условіяхъ, все стало говорить за то, чтобы оставить кредиторовъ навсегда съ ихъ рангомъ. Да въ настоящее время отпаденіе предшествующихъ ипотекъ и не является правиломъ, а развѣ только случайностью, на которую послѣдующіе кредиторы не могутъ и разсчитывать. Какъ показываетъ тотъ же осмотръ ипотечныхъ книгъ, собственники недвижимости, по общему правилу, приступаютъ раньше къ погашенію низшихъ ипотекъ, какъ болѣе для нихъ невыгодныхъ и постепенно идутъ вверхъ къ вышшимъ ипотекамъ, то не погашаютъ ихъ, а держатъ ипотечныя свидетельства въ своихъ потфеляхъ, въ ожиданіи возможной нужды въ кредитѣ въ будущемъ. При такихъ условіяхъ, погашеніе старѣйшей ипотеки по книгѣ можетъ послѣдовать развѣ только благодаря какой-нибудь рѣдкой случайности. Послѣ сказаннаго, становится въ наин дни очевидной вопіющая неправомерность римскаго начала повышенія послѣдующихъ ипотекъ при отпаденіи предшествующей ипотеки.

3. Публичная современная ипотека получила доступъ къ обороту на рынкѣ. И въ этомъ свойствѣ рыночнаго блага она заслуживаетъ только поощренія. Свойства ея, какъ рыночнаго блага, одинаково выгодны какъ для кредитора, такъ и для должника. Когда кредиторъ самъ нуждается въ деньгахъ, ему открыты два исхода: востребованіе ипотечнаго долга или сбытъ ипотеки въ 3-и руки. Первый исходъ, при неимѣніи у должника въ данный моментъ наличныхъ денегъ, не всегда удобенъ, не всегда удаченъ и никогда не легокъ для кредитора и уже совершенно пагубенъ для должника. Второй же исходъ можетъ быть легокъ для кредитора и всегда безвреденъ для должника. Онъ будетъ легокъ тогда, когда 3-й пріобрѣтатель ипотекъ добросовѣстный и возмездный, будетъ защитенъ публицитетомъ ипотекъ противъ возраженій изъ лица предшественника — ипотечнаго кредитора, принадлежащихъ должнику. И это свойство чуждо римской ипотеки. Отчасти оно провоздилось Ландрехтомъ, но недостаточно послѣдовательно.

И требовалась реформа права, которая провела бы неоспоримость публичной ипотеки послѣдовательнѣе.

4. Были и другія еще условія, влекшія ипотеку на ту же новую дорогу.

Реальный кредитъ, въ противоположность личному кредиту, долгосроченъ по своей природѣ и задачь. Дербургъ ¹⁾ свидѣтельствуетъ, что и по настоящее время въ Пруссіи курсируютъ ипотечныя свидетельства крупныхъ ринарскихъ имѣній, возникшія въ концѣ 17 и началѣ 18 столѣтій. Но если такіе случаи рѣдки, то не рѣдки другіе случаи, когда ипотека существуетъ

¹⁾ Dernburg u. H., Das preuss. HR. I 30 прим. 11.

полустолбѣтѣ и болѣе. Сколько за это время переживаются собственниковъ въ эпоху тенденціи собственности къ движению. Сколько переживъ произойдетъ въ составѣ и цѣлостности имѣнья. Все это не противно природѣ ипотеки, какъ вещнаго права. Но какъ быть тутъ съ личнымъ требованіемъ и со взглядомъ на ипотеку какъ на аксессуарій къ личному требованію. Личныя требованія по идѣе—переходяща отношенія. Ихъ социальное значеніе сводится къ переходящему отношенію между членами общества. (Вотъ почему мы и наблюдаемъ въ исторіи права, что тамъ, гдѣ личное отношеніе начинаетъ служить длительно цѣли, оно вырождается въ вещное отношеніе). Соединить личное отношеніе съ вещнымъ, а тѣмъ болѣе ставить вещное отношеніе въ зависимость отъ личнаго при новыхъ условіяхъ и теоретически едва ли правильно и практически опасно. При аксессуарной природѣ ипотеки невольно приходится допускать возраженіе на ипотеку изъ личнаго требованія. А сколько процессовъ можетъ породиться отсюда, когда требованіе существуетъ съ незапамятныхъ временъ. Устранить же возраженія на публичную ипотеку изъ негласнаго личнаго требованія значить, въ сущности, уничтожить аксессуарную природу ипотеки.

Но, помимо того, когда кредиторъ не получитъ удовлетворенія изъ ипотеки, онъ, при аксессуарной природѣ ея, можетъ направить взысканіе на личнаго должника. А гдѣ отыскать его черезъ 50 или 100 лѣтъ. Да и будетъ ли уже правомѣрно привлекать его къ отвѣтственности, когда кредиторъ вѣрилъ ипотеку и оставлялъ личное отношеніе безъ вниманія до той поры, когда ипотека перестала внушать довѣріе, можетъ быть, по небреженію кредитора, и когда, во всякомъ случаѣ, личный должникъ давно уже выступилъ изъ главнаго экономическаго ипотечнаго отношенія. Установить же законную экзекуцію должника отъ личнаго обязательства съ отчужденіемъ обремененной ипотекой недвижимости значить подвергнуть кредитору риску, что имѣяе перейдетъ въ ненадежныя руки. Словомъ, долгосрочный реальный кредитъ требовалъ отрѣшенія ипотеки отъ личнаго обязательственнаго отношенія. По вышеуказаннымъ соображеніямъ послѣднее не только не могло быть главнымъ требованіемъ, но съ трудомъ могло быть признано и аксессуаріемъ къ вещному праву; правда, когда личное требованіе служитъ аксессуаріемъ ипотеки, оно оказываетъ кредитору услугу, такъ какъ даетъ ему въ лицѣ экзекуціи на движимость болѣе легкое средство осуществленія притязанія объ уплатѣ %-овъ и т. д. Но и тутъ отношеніе является все же неуклюжимъ и не устраняетъ того разлада двухъ связанныхъ между собою, но по природѣ разныхъ правъ, который сказывается при дѣйствіи начала аксессуарнаго значенія ипотеки. Гармонію могла бы внести экзекуція личнаго должника, которая, при второстепенномъ значеніи личнаго требованія, могла быть организована свободно и проще, безъ ущерба для интересовъ сторонъ; но все это осложнило бы и запутывало, въ общемъ, ипотечное право. Соединеніе обоихъ правъ могло быть лишь предоставлено спеціальному соглашенію сторонъ и означать корреляльное отношеніе.

Со временемъ въ социальномъ строѣ современныхъ народовъ замѣчается

величайшей важности явленіе, это именно развитіе капиталистическаго строя хозяйства. Это развитіе кредитнаго хозяйства создавало новое и широкое поприще для примѣненія капитала и отвлекало послѣдній отъ сельскаго хозяйства въ промышленность. Современные государства, въ свою очередь, становятся крупными должниками, выпускаютъ массу государственныхъ облигацийъ бумажъ и также предъявляютъ спросъ на капиталъ, привлекая его къ себѣ въ услуженіе, а между тѣмъ сельское хозяйство испытываетъ большую, чѣмъ прежде, потребность въ капиталѣ, не только вслѣдствіе повышенія культуры сельско-хозяйственной, но и вслѣдствіе замѣны крѣпостнаго рабочаго наемнымъ рабочимъ и т. д. Въ виду того, что организованныя кредитныя общества, по самымъ условіямъ ихъ дѣятельности, не могли всецѣло удовлетворить запросамъ на кредитъ, предъявляемымъ сельскими хозяевами, такъ какъ для вѣрности своей дѣятельности они вынуждались ограничивать ссуды скромнымъ %-мъ отношеніемъ къ цѣнѣ имѣній, и этотъ % устанавливался нормальнымъ уставомъ ихъ, то для конкуренціи сельскаго хозяйства съ промышленникомъ и государствомъ потребовалось, чтобы сельскій хозяинъ могъ выставить болѣе или менѣе сходныя условія кредита подъ индивидуальную ипотеку, съ тѣми, которыя выставляютъ промышленники и государство. Однимъ изъ такихъ условій является сходство ипотечнаго свидѣтельства съ бумагой на предъявителя по быстротѣ и легкости обращенія. Это была новая побудительная причина для такой организаціи ипотеки, чтобы ипотечныя свидѣтельства вращались на биржѣ. Организація ипотечныхъ свидѣтельствъ въ правѣ Ландрехта не отвѣчала этому требованію. Реформа права призвалась уравнивать положеніе конкурирующихъ потребителей капитала. Для этого требовалось упрощеніе производства по установленію, передачѣ и осуществленію ипотечнаго отношенія до послѣдней возможности, равно требовалось отрѣшить ипотечное отношеніе отъ личнаго требованія, чтобы устранить возможность возраженій на ипотеку изъ личнаго отношенія, особенно когда ипотека перешла въ 3-и руки. По мѣрѣ того, какъ ипотека становится рыночнымъ благомъ, все интимное личное отношеніе перваго кредитора и должника силой вещей должно отпасть и ипотека должна внушать довѣріе лишь сама собою. Въ широкомъ оборотѣ личное и субъективное должно было невольно уступить вещному и объективному.

Мы уже видѣли, далѣе, какія соображенія привели законодателя къ созданію ипотеки собственника въ случаѣ стеченія въ однихъ рукахъ собственности на недвижимость и ипотеки. Со временемъ жизнь стала выдвигать начало, чтобы собственникъ съ самаго начала могъ установить ипотеку на свое имя. Это было важно практически. Собственникъ могъ тогда явиться на рынокъ съ готовой ипотекой и соображаться въ своей дѣятельности съ положеніемъ рынка. При оживленіи спроса на ипотеки—реализовать сначала послѣдующія ипотеки, при упадкѣ же спроса пустить въ ходъ предшествующія ипотеки. Кредиторъ, въ свою очередь, охотнѣе открывалъ кредитъ подъ готовую ипотеку, чѣмъ подъ будущее установленіе ипотеки, такъ какъ въ первомъ случаѣ онъ былъ гарантированъ отъ всѣхъ тѣхъ опасностей, ко-

торы сопряжены для него съ процедурой приобрѣтенія ипотеки. Въ этомъ отношеніи ипотека собственника давала преимущества сравнительно съ институтомъ открытаго мѣста для будущей ипотеки.

Позднѣе къ этимъ практическимъ цѣлямъ присоединяются теоретическія соображенія въ пользу института ипотеки собственника, имъ послѣдовательно обработки новаго права, при которой римскій принципъ *confusio* вещнаго права и собственности, соединивши въ однихъ рукахъ, былъ принципиально отвергнутъ.

Мы видѣли, какъ рано правительство пытается отвѣтить всеѣмъ этимъ потребностямъ практической жизни путемъ частичной передѣлки стараго права, и какъ подобная политика только увеличивала путаницу понятій. Отсюда опять сказывалась потребность коренной реформы права, которая привела бы единство и послѣдовательность въ систему ипотеки.

III. При указанной тенденціи современной ипотеки къ мобилизаціи, громаднѣй механизмъ прежняго ипотечнаго режима становился, въ свою очередь, невыносимъ, правительство кое-что дѣлало и тутъ,—но частичная починка не могла идти далеко, и требовалась коренная передѣлка формальнаго права ипотеки въ новомъ направленіи упрощенія.

IV. Современемъ и въ другихъ областяхъ права, сопряженныхъ съ ипотечнымъ режимомъ, наступили измѣненія.

1. Въ области публичнаго права измѣнились взгляды на отношеніе власти къ обществу.

Опокуское отношеніе суда къ публикѣ, на которомъ было построено законодательство Фридриха В., все болѣе и болѣе представлялось прогрессивной и интеллигентной части общества сомнительнымъ по достоинству. Въмѣстѣ съ ростомъ довѣрія къ обществу, которое замѣчалось въ социально-политической жизни страны, чиновники должны были утратить свою прежнюю роль главныхъ представителей довѣрія. Прежде всего это обнаруживается въ гражданскомъ процессѣ, гдѣ (1833—1846 гг.) начало инквизиціи было оставлено и возвращено къ началу эвентуальному и къ формамъ общаго процесса. Но затѣмъ то же направленіе, которое привело въ гражданскомъ процессѣ къ *Verhandlungsmaxime*, должно было естественнымъ образомъ направиться и противъ принципа легалитета въ ипотечномъ дѣлѣ¹⁾.

2. Цѣлый рядъ другихъ процессуальныхъ реформъ, осуществившихся начиная съ 1822 г. и вплоть до 1855 г., направлялись на замѣну прежняго медлительнаго и шадящаго должника экзекуціоннаго производства—быстрымъ, беспощаднымъ и вѣрнымъ производствомъ, цѣлѣмъ бывшимъ обезпечить особенно интересы личнаго кредита, все развивающагося по мѣрѣ развитія промышленной жизни страны. Это улучшеніе правового положенія личнаго кредита должно было имѣть своимъ послѣдствіемъ какъ относительное отвлеченіе капиталовъ отъ реального кредита, такъ особенно относительный упадокъ практическаго значенія ипотеки, какъ основы кредита, тѣмъ болѣе, что личному

¹⁾ Dernburg u. Hinrichs. I 47 стр.

кредитору было дано и легкое средство вступленія въ ряды ипотечныхъ кредиторовъ. И хотя личный кредитъ могъ служить на пользу землевладѣльцу, но еще больше онъ оказывалъ убыточное вліяніе на реальный кредитъ²⁾.

Отсюда являлась потребность произвести въ самой организаціи ипотеки такія измѣненія, которыя выдвинули бы специфическія особенности и выгоды ипотечнаго кредита.

V. Въ то время мало думали о томъ, что реформа права ипотеки еще не имѣетъ всемогущаго значенія для успѣха реального кредита, и что для этого успѣха необходима наличность ряда другихъ условій; но, тѣмъ не менѣе, умы остановились на правовой реформѣ, такъ какъ послѣдняя болѣе была во власти человѣка, чѣмъ прочія условія, неблагоприятно слагавшіяся для реального кредита³⁾.

VI. На сторону реформаціоннаго движенія, первоначально опредѣлявшагося экономическими соображеніями и не шедшаго въ обработкѣ новшествъ дальше эмпири и практическихъ соображеній, теперь становится и научное движеніе, принимающее постепенно все болѣе и болѣе широкіе размѣры. Научное движеніе особенно останавливается на новшествахъ, которыя вторгались въ римскую догму ипотеки; а такъ какъ новшества эти слишкомъ рѣзко расходились съ римской догмой, то источникъ ихъ стали видѣть въ германскомъ, національномъ правообразованіи и практическихъ потребностяхъ новаго времени.

VII. Въ реформаціонномъ движеніи значительную роль играло и сравненіе Прусскаго права съ правомъ соседнихъ странъ, особенно Мекленбургъ; успѣхи мекленбургскаго ипотечнаго режима, выразившіяся въ блестящемъ состояніи реального кредита въ Мекленбургѣ, привлекали вниманіе прусскихъ государственныхъ людей, при чемъ послѣдніе не принимали въ расчетъ тѣхъ бытовыхъ особенностей Мекленбурга, не встрѣчающихся въ Пруссіи, которыя оказывали не малое вліяніе на успѣхъ самаго режима.

По мѣрѣ того, какъ измѣнились бытовые условія и право все менѣе удовлетворяло потребностямъ жизни, все громче раздавался голосъ, требующіе реформы, и правительство Пруссіи, удивительно чуткое къ потребностямъ жизни, принимаетъ все болѣе и болѣе энергичныя мѣры къ удовлетворенію назрѣвающихъ потребностей путемъ улучшенія дѣйствующаго права.

§ 82. Реформаціонное движеніе первой половины 19 ст.

Уже изъ очерка судебъ устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г. мы знаемъ, какъ правительство старается приоровить право этихъ памятниковъ къ жизни, и для этого не только издаетъ рядъ рескриптовъ, смягчающихъ и упрощающихъ суровый и сложный механизмъ ипотечнаго режима, созданный указанными памятниками, но уже въ концѣ прошлаго вѣка, почти тотчасъ же за публикаціей Ландрехта, учреждаетъ особую законодательную комис-

¹⁾ Dernburg u. Hinrichs. I 47 и слѣд.

²⁾ Dernburg u. H., еод.

сію, которой и вѣрять исполненіе пробѣловъ права и припоровленіе права къ жизни, а въ 1815 г. учреждаетъ при министерствѣ юстиціи особую инстанцію для окончательнаго разрѣшенія сомнѣній, возникающихъ въ области безспорной юстиціи. Мы видѣли, какъ эти учрежденія воспользовались своимъ правомъ.

Но всего этого оказалось недостаточно.

I. Послѣ крутыхъ реформъ, имѣвшихъ мѣсто въ первыя десятилѣтія 19 в., пересоздавшихъ социальный строй прусскаго общества, и послѣ присоединенія въ 15 году новыхъ областей съ иными формами землевладѣнія и съ иными общими строемъ гражданственности, на которыя, однако, прусское правительство распространяетъ дѣйствіе прусскаго права, провозглашается общая ревизія всего прусскаго законодательства. Ревизія ипотечнаго права формальнаго и матеріальнаго отходить къ *Pensum III der Revisions-Arbeiten*.

Ревизія вызвала большое оживленіе въ обществѣ, и на имя ревизора поступили отъ разныхъ установленій и лицъ многочисленныя предложенія, касающіяся измѣненій какъ общихъ основъ ипотечнаго режима, такъ и деталей его, иногда необыкновенно смѣлыя и остроумныя.

Ober-Landesgericht zu Insterburg предлагалъ ввести полную вотчинную систему и связать ее съ точнымъ кадастромъ и съ планами въ ипотечныхъ книгахъ, наподобіе Акта Торренса, ибо только такая система можетъ поставить оборотъ на твердую почву.

Tortilowitz v. Batocki предлагаетъ возвести въ норму права водворившуюся въ оборотъ и въ понятіяхъ общества самостоятельность ипотеки и независимость ея ни отъ какого личнаго требованія, такъ какъ акцессорная природа ипотеки вносить въ оборотъ путаницу тогда, когда черезъ десятилѣтія по установленію ипотеки послѣднія оказывается неудовлетворительной экономически, и когда потому кредиторъ направляетъ взысканіе на личнаго должника, фактически, а иногда и юридически, давно вышедшаго изъ правоотношенія.

Hoffiscal Zittelmann zu Stettin и *Kön. Ober-Landesgericht zu Naumburg* предлагаютъ установить ипотечное свидѣтельство на предъявителя, какъ условіе для легкаго обращенія свидѣтельствъ въ публичкѣ.

Ober-Appz.-Gericht zu Posen предлагалъ даже монетизацію земельной собственности.

Множество предложеній касалось упрощенія ипотечнаго режима для мелкихъ владѣній, им. предлагалось ввести для залога ихъ способъ, существующій для залога кораблей, т. е. путемъ врученія кредитору купчей съ отгѣткой о залогѣ, и этимъ ограничить публичность ипотеки при мелкихъ владѣніяхъ; далѣе, — упрощенія ипотечныхъ свидѣтельствъ, такъ какъ свидѣтельства, составляемыя по правиламъ устава 1783 г., на практикѣ нерѣдко достигаютъ центнера вѣсомъ (или 106 *Riesz* 379 *Bogen*); отгѣны легалитета, какъ невыносимаго тормазы оборотовыхъ отношеній; болѣе строгого проведенія специалитета, — даже недопущенія кумулятивной ипотеки; самостоятельнаго положенія ипотечныхъ установленій, отдѣльныхъ отъ судовъ.

Ревизоръ отнесся вообще къ предложеніямъ съ большимъ вниманіемъ и сдержанностью; наиболѣе радикальныя отъ отвергъ, какъ „далеко не новыя, уже испытанныя и оказавшіяся нездоровыми вслѣдствіе ихъ способности вызывать мобилизацію земельной собственности“. Утвердившись на началахъ уже дѣйствующаго права, ревизоръ лишь находить не необходимыми детальныя исправленія его, какъ-то: послѣдовательное проведеніе идеи строго-ипотечной системы и исключеніе всего того, что относится до вотчинной системы; упрощеніе строенія ипотечныхъ свидѣтельствъ; одновременное приведеніе въ извѣстность всѣхъ владѣній и, какъ правило, *Besitztitelberichtigung*, — лучше всего въ видѣ пересылки нотаріусами сдѣлокъ въ ипотечныя установленія; возможно экстрактивный характеръ записи въ книгу; сочетаніе момента предъявленія права къ записи и момента самой записи при рѣшеніи вопроса о приоритетѣ правъ; полное проведеніе начала специалитета суммы, но не объекта, допущеніе кумулятивной ипотеки; введеніе легалитета въ болѣе узкія рамки, чѣмъ это дѣлаетъ уставъ 1783 г.; строго-акцессорная природа ипотеки; точный перечень титуловъ законной ипотеки, — уложеніе знаетъ такихъ титуловъ 42, — ревизоръ оставляетъ ихъ только 8, безъ всякаго ущерба для кого-либо; отгѣна спеціального еще согласія собственника на запись ипотеки; упраздненіе всякаго значенія за титуломъ ипотеки (*Ландрехтъ*, какъ мы знаемъ, отчасти еще придавалъ значеніе и простому титулу ипотеки); расширеніе дискреціонной власти ипотечнаго установленія на случай дробленія заложенныхъ имѣній, въ интересахъ большей свободы движенія собственности; признаніе ипотеки собственника не какъ сукцессіи или цессіи прежней ипотеки, а какъ права распоряженія собственника, какъ такового, открытымъ мѣстомъ ипотеки, — отсюда недопущеніе собственника къ полученію въ конкурсѣ доли цѣны имѣнія, причитающей на открытое мѣсто. Въ этомъ духѣ ревизоръ и составилъ мотивированный проектъ, по возмѣвній, впрочемъ, движенія ¹⁾.

Ревизія законовъ, хотя она и не имѣла непосредственныхъ результатовъ, тѣмъ не менѣе освѣтила достоинства и недостатки дѣйствующаго права и оставила глухой слѣдъ въ сознаніи общества и правительства. Она помѣчала путь законодателью и долго служила предметомъ значительнаго вниманія реформаторовъ, не разъ подсказывая потомъ законодателью рѣшеніе того или иного детальнаго измѣненія въ ипотечномъ режимѣ.

II. Но неурядки въ вотчинномъ оборотѣ становились все чувствительнѣе, какъ отъ общей громоздкости режима, такъ, особенно, отъ запутанности понятія ипотеки, возникшей съ *Anhang* § 52, и сбивчивости во взглядахъ на способъ приобрѣтенія собственности. Неурядки привлекали уже вниманіе литературы, въ то время еще довольно глухой къ новому теченію въ области вотчиннаго права. Въ 1831 г. почти одновременно выходятъ двѣ

¹⁾ *Gesetz-Revision. III Pensum. Motive zu den von Revisor vorgelegten Entwürfen des mater. Pf.- u. Hyp.-Rechts, der HO. u. der Prior.-Og. Bd I, u. II. Berlin 1829. Als Manuscript abgedruckt. Тамъ все вышеназванное о ревизіи законовъ.*

работы, посвященные главнымъ проблемамъ новаго права. Одна работа Von *** (Koch) ¹⁾ посвящается новому явленію въ области матеріальнаго ипотечнаго права, им. Anhang § 52, и подчеркиваетъ запутанность понятія ипотеки, требующую послѣдовательной разработки института на тѣхъ или иныхъ началахъ, такъ какъ путаница понятія вредно отражается не только на теоретическомъ пониманіи ипотеки, но и на практикѣ; другая же работа v. Voss ²⁾ посвящается неурядкамъ въ области отношеній по собственности, хотя не оставляетъ безъ вниманія и всей вообще ипотечной системы.

Отмѣчая всё, намъ уже извѣстные, недочеты дѣйствующаго режима, v. Voss усматриваетъ выходъ изъ затруднительнаго положенія въ созданіи одновременно 3-хъ организацій ипотечнаго режима: 1) нормальной, упрощенной, по образцу французскаго типа того времени, т. е. покоящейся не на реальной, а на личной системѣ ипотечнаго листа, но все же публичой. Эта организація, не столь надежная, но болѣе дешевая, признается авторомъ достаточной для мелкаго землевладѣнія; 2) болѣе сложной и надежной, но и болѣе дорогой организація режима, наподобіе дѣйствующей въ Пруссіи; эта организація, болѣе пригодная для крупнаго землевладѣнія, необязательная и избирается по волю собственниковъ; 3) корпоративной, кредитной организація, наподобіе дворянскихъ кредитныхъ обществъ, при чемъ, извнѣ эти общества должны гарантировать экономическую цѣнность ипотеки, а изнутри — члены общества отвѣчаютъ своимъ имуществомъ за дѣйствія общества; этимъ путемъ авторъ надбѣдетъ развитіе кредитъ мелкихъ землевладѣльцевъ, и потому 3-й видъ организація является дополнительнымъ къ первому виду ея (но не обязательнымъ), подобно тому, какъ дворянскія кредитныя общества дополняютъ кредитныя отношенія крупныхъ владѣній.

За одновременную организацію двухъ системъ режима, французской — для мелкаго землевладѣнія и прусской — для крупнаго, высказывается поздне и Vogemann ³⁾.

Однако, изслѣдованіе французской системы правительствомъ дало неблагоприятные результаты ⁴⁾, и правительство, отвѣтивъ на потребности жизни сначала лишь отдѣльными предписаніями детальнаго свойства ⁵⁾, ставитъ въ 1841 г. въ Kab.-Ordge отъ 12 іюля на очередь и общую ревизию ипотечнаго режима, особенно формальнаго ипотечнаго права; предисловіе ревизіи послѣдовало на годовой отчетъ ми. юст. Mühler'a; оно намѣчало и рядъ основныхъ вопросовъ, которые должны были руководить ревизорами, какъ-то: а) возможно ли совершеніе ипотечныхъ сдѣлокъ сдѣлать менѣ труднымъ;

¹⁾ „Ist die Hyp. nach dem Preuss. Recht ein accessorisches, oder ein selbständiges dingliches Recht?“

²⁾ „Bemerkungen u. Vorschläge zur Revision der HO“. Berlin.

³⁾ System des Civ.-R. Ed II Bd. 2, стр. 124.

⁴⁾ Philippi, 94 стр. см. въ Min.-Ldw. Denkschrift, стр. 111.

⁵⁾ Отчасти эти предписанія намъ уже известны, напр. предисловіе, отмѣнившее придаточную явку титуловъ приобрѣтенія; изъ другихъ же укажемъ на VOg. v. 1 Junii 1833 и VOg. v. 4 Mz. 1834, внесшія большую обработку и скорѣйшее теченіе секвестраціи и субстаціи.

б) документы объ ипотекахъ — проще и обзорнѣе; в) установить начало обжалованія дѣйствій ипотечнаго судьи въ судъ высшей инстанціи.

Ревизія вызвала массу предложеній, послѣдовавшихъ со стороны Ober-Gerichts-Präsidenten. Министръ юстиціи Mühler въ своемъ Votum v. 2 Aug. 1842 многія изъ нихъ призналъ значительными и въ 20 Mz. предложилъ Staats-Ministerium. Между прочимъ предлагалось: 1) выдѣлить ипотечное дѣло изъ завѣдыванія судовъ, такъ какъ въ рукахъ судовъ ипотечное дѣло не способно приобрѣсти необходимую ему быстроту производства; 2) ввести соотвѣствующія съ этимъ выдѣленіемъ измѣненія въ совершеніи и веденіи ипотечнаго дѣла, особенно критикѣ было подвергнуто начало легалитета; 3) преобразовать форму ипотечныхъ книгъ; 4) ограничить кругъ записываемыхъ моментовъ; 5) возстановить принудительное исправленіе титула; 6) допустить ипотечныя свидѣтельства на предъявителя; 7) признать обязательной записъ цессіи ипотеки и поставить записъ условіемъ дѣйствительности цессіи; 8) установить погашеніе записанныхъ постовъ на основаніи одной квитанціи послѣдняго записаннаго кредитора. Эти предложенія, какъ и вопросы, поставленные правительствомъ, носятъ черты вліянія результатовъ ревизіи законовъ 20-хъ годовъ, работы v. Voss., а отчасти даже французскихъ порядковъ.

Министръ, однако, устранилъ предложенія, касавшіяся матеріальнаго ипотечнаго права, и оставилъ лишь тѣ, которыя касались формальнаго права.

Однако, движеніе не дало никакихъ практическихъ результатовъ ¹⁾.

III. 1848 годъ принесъ съ собою либеральный и даже радикальный Amtlichen Entwurf einer neuen HO. für den Preussischen Staat, составленный Кохомъ по порученію министра юстиціи Maerker'a. Объяснительная записка осуждаетъ окончательно начало легалитета, какъ несогласное съ свободой гражданскаго оборота, и высказывается за французскій принципъ ипотечнаго режима, согласно которому всякій гражданинъ заботится самъ о себѣ, ипотечное же установленіе является чисто пассивнымъ орудіемъ частной воли.

И въ подробностяхъ проектъ богатъ многими новшествами.

1. Ипотечное дѣло отбирается отъ судовъ и вѣрится особымъ единоличнымъ органамъ (H.-Buchführern или Jngrossatoren).

2. Въ существенномъ ипотечныя книги организуются по формѣ устава 1783 г.

3. Не допускается соединеніе нѣсколькихъ учетовъ на одномъ листѣ, въ цѣляхъ спеціализаціи объекта.

4. Не допускается и обремененіе одной ипотекой нѣсколькихъ объектовъ подъ страхомъ ничтожности всѣхъ записей, кромѣ первой, — очевидно, въ тѣхъ же цѣляхъ спеціализаціи объекта.

Отдѣленіе и особое отчужденіе отдѣльныхъ долей допускается только тогда, когда всѣ книжныя реально-управомоченные на то согласятся, или когда участокъ освобождается отъ лежащихъ на немъ тяготъ.

¹⁾ Даныя не отпечатавы, и мы приводимъ ихъ по Denkschrift, Min.-Ldw., стр. 112 и слѣд.

5. Не допускается и дѣленіе поста и цессіи доли поста,—это дѣлается съ той цѣлью, чтобы постъ третирировался какъ недвижимое цѣлое, какъ складной листъ.

6. Всѣ подлежащія записи отгѣтки вручаются ипотечному чиновнику уже формулированными письменными самими сторонами, при случаѣ съ помощью нотариуса и удостовѣреніемъ послѣдняго, а когда правоотношеніе возникло по приговору суда, то судъ формулируетъ проектъ записи его. Ипотечный чиновникъ записываетъ эти формулы дословно и изслѣдуетъ только внѣшнія условія правомѣрности сдѣлки и только за это отвѣчаетъ; внутреннія же условія правомѣрности ея не подлежатъ изслѣдованію и не служатъ препятствіемъ для записи.

7. Цессіи записанныхъ ипотекъ могутъ быть устно заявляемы сторонами, и тогда онѣ записываются въ присутствіи сторонъ въ ипотечную книгу.

8. Установленіе ипотeki допускается только со стороны книжного собственника, но при записи послѣдняго не требуется записи промежуточныхъ владѣльцовъ между нимъ и предшествующимъ книжнымъ собственникомъ.

9. При записи титула владѣнія ипотечный чиновникъ смотритъ только на то, записанъ-ли авторъ пріобрѣтателя, какъ владѣлецъ, или хотя обозначенъ-ли онъ, какъ промежуточный владѣлецъ въ формулѣ достаточнымъ образомъ и приложенъ-ли актъ пріобрѣтенія въ доказательство того, и т. п.

10. Владѣлецъ недвижимости можетъ въ любомъ числѣ, въ одно или разное время записать ипотеки на свое имя и потомъ цедировать ихъ 3-мъ лицамъ.

11. Всякій, вступающій съ владѣльцемъ по поводу участка въ сдѣлку, самъ изслѣдуетъ дѣйствительность записываемаго титула владѣнія, такъ что книга не публикуетъ отношеній собственности (какъ во Франціи въ то время). Но ипотеки въ рукахъ 3-го добросовѣстнаго пріобрѣтателя не подлежатъ оспариванію.

12. Ипотечныя свидѣтельства представляютъ собою удостовѣренныя копии ипотечнаго листа и выдаются только pro informatione, а не in vim recognitionis. Отсюда, изслѣдованіе ихъ не обязательно и можетъ быть заглазно осмотромъ самой книги. Этотъ осмотръ открывается всякому гражданину ¹⁾.

Проектъ вызвалъ острую критику со стороны Sprickmann-Kerkerinek ²⁾, Sommer ³⁾ и Bonstedt ⁴⁾. Нападали, главнымъ образомъ, на то, что проектъ хочетъ вовсе упразднить легалитетъ, а между тѣмъ только переименовываетъ его изъ вѣдомства ипотечныхъ установленийъ въ вѣдомство нотариата; это же переименованіе крайне неудачное, такъ какъ нотариусы не обязаны отвѣчать за

¹⁾ Палагаю по Min. Landw. Denkschrift, стр. 113 и сл.

²⁾ Prüfung des amtlichen Entwurfs einer neuen HO. Arnberg 1848.

³⁾ Recension на проектъ и на Kerkerinek въ Ulrichs Neues Archiv für Preuss. Recht, Bd. XIV, стр. 170 (1850).

⁴⁾ Въ Justiz-Min.-Bl. за 1848, стр. 360. и въ Nichtamtliche Entwurf einer neuen HO. Berlin 1849.

внутренніе пороки сдѣлокъ и вообще не отличаются большой внимательностью къ интересамъ темнаго люда. Упрекали и за исключеніе проектомъ корральной ипотeki, находя послѣднюю особенно полезной при мелкомъ и раздробленномъ землевладѣніи, гдѣ кредитъ легче найти подъ совокупность parcelлъ, чѣмъ подъ отдѣльными parcelлами. Осуждали и начало записи отдѣльныхъ parcelлъ на самостоятельные ипотечные листы. Впрочемъ, критика не отрицала, что дѣйствующее право оставляетъ желать лучшаго, какъ равно и проектъ содержитъ и заслуживающія вниманія предложенія. Критика находила, однако, несвоевременной реформу уже потому, что обновленная страна находится наканунѣ реформъ общихъ основаній правовой жизни и частичная реформа ипотечнаго режима можетъ быть болѣе умѣстной по завершеніи тѣхъ реформъ. Наконецъ, критика не усматривала и такой уже самостоятельной надобности въ реформѣ ипотечнаго права.

И законодательство не спѣшило. Проектъ 1848 г. былъ отозванъ слѣдующимъ же министерствомъ. И дѣло ограничилось лишь тѣмъ, что въ 1849 г. вводится новая судебная организація, при которой суды раздѣляются на 2 отдѣла и одинъ изъ отдѣловъ присваивается завѣдывать безспорной юстиціей, т. е. ипотечнымъ дѣломъ.

IV. 29 апр. 1852 г. въ I камерѣ прусскаго ландтага вносится предложеніе, чтобы правительство благоволило представить законопроектъ, направленный на упрощеніе ипотечнаго режима. На этотъ разъ правительство отозвалось рѣшительнѣе, и въ результатѣ законодательныхъ работъ получила такъ наз. Hypotheken-Novelle 24 Mai 1853 ¹⁾.

Новелла не затронула старыхъ основъ и только старалась, по возможности, освободить ипотечную книгу отъ многословныхъ отгѣтокъ о записи а также придать ипотечнымъ инструментамъ простѣйшую и легко обозримую форму тѣмъ, что цессіи и другіе легитимационные акты не подлежатъ по новеллѣ пріобшенію къ ипотечнымъ инструментамъ и только существенны для оборота отгѣтки помѣщаются въ инструментахъ въ извлеченіи, тогда какъ раньше ипотечное свидѣтельство повторяло слово въ слово весь ипотечный листъ ивънѣя. Рядомъ было уменьшено число случаевъ записи ex officio. Было облегчено позднѣйшее повышение $\frac{1}{10}$ для уже записанныхъ ипотекъ, упрощена запись ипотекъ и погашеніе ихъ. Короче, изъ существующаго было опущено все, что могло быть опущено ради устраненія ненужныхъ пространностей и сбереженія безполезныхъ расходовъ ²⁾.

V. Весьма значительные успѣхи новеллы 1853 г. не удовлетворили общество, и требованіе реформы не только не прекратилось, но еще усилилось послѣ того, какъ возстановилось поколебленное революціей 1848 г. и вос-

¹⁾ GS. за 1853, стр. 521. Законопроектъ съ мотивами отпечатанъ въ № 209 Drucksachen der II Kammer. Ср. также Drucksachen № 310 и Drucksachen der I Kammer №№ 256, 379, 414. Инструкція министра юстиціи отъ 3 авг. 1853 г. въ Just.-Min.-Bl. 275 стр.

²⁾ Ср. Dernburg u. Hinrichs I, 51. Min.-Ldw. Denkschrift 115—116 стр.

точной войною коммерческое доверіе къ торговлѣ, которая снова развивалась въ колоссальныхъ размѣрахъ и отвлекала капиталъ отъ ипотекъ въ доходныя спекуляціи съ государственными бумагами и желѣзно-дорожными акціями.

Немедленно же за новеллой появляются работы двухъ талантливыхъ государственныхъ дѣятелей Пруссіи, не оставшіяся безъ вліянія на ходъ законодательныхъ работъ въ изслѣдуемой области въ Пруссіи, именно члена оберъ-трибунала Meyer ¹⁾ и президента оберъ-трибунала и члена палаты господъ v. Goetze ²⁾.

Meyer, отмѣчая громоздкость и дороговизну ипотечнаго механизма и производства, запутанность матеріальнаго права ипотеки и собственности, порождающую безконечныя колебанія судебной практики, общую ненадежность и неполноту ипотечной книги, неудовлетворительность организаціи экзекуціи, несоотвѣтствіе условіямъ времени начала легалитета, открывающаго на дѣлѣ лишь широкій просторъ произволу ипотечнаго чиновника, безъ дѣйствительной пользы для цѣли, предлагаетъ: легалитетъ свести къ одному только установленію виѣшнихъ условій дѣйствительности предъявляемой сдѣлки, ипотечную книгу сдѣлать полной и придать ей исключительную рѣшающую роль въ дѣлѣ ознакомленія публики съ правоотношеніемъ по недвижимостямъ, приобрѣтеніе права собственности организовать исключительно на началѣ записи въ вотчинную книгу, такъ чтобы отношенія незаписанныя сводились къ чисто обязательственнымъ отношеніямъ, признать ипотеку самостоятельной, значеніе ипотеки собственника ограничить лишь тѣмъ, чтобы собственникъ могъ отчуждать ее, но не могъ получать на нее въ конкурсъ долю цѣны недвижимости, отмѣнить корреляльную ипотеку, вносящую путаницу въ отношенія, особенно при допущеніи ипотеки собственника, провести строгій специалитетъ суммы, ввести возможное упрощеніе, безъ ущерба дѣлу, въ организацію вотчинныхъ и ипотечныхъ инструментовъ и въ производство записей и погашеній, выяснить различіе протестацій *pro conservando loco et jure* и *de non disponendo*, провести послѣдовательно начало, чтобы ипотечное установленіе дѣйствовало только по частной инициативѣ, но не *ex officio*, отмѣнить *exsertio non pum. rescuinae*, безъ нужды осуждающую записанное право въ теченіе 38 дней на бездѣйствіе. Въ области права сугбастаціи Мейеръ намѣчаетъ опять рядъ измѣненій, направляющихся на примиреніе интересовъ отвѣтчика, адъюдикатарія, истца и 3-хъ лицъ, каковое примиреніе забывается новѣйшими законами за главной цѣлью ихъ, именно быстрою экзекуціоннаго производства, мало помогающей при невниманіи къ другимъ интересамъ.

Goetze еще въ 1844 г. былъ командированъ министромъ юстиціи въ Мекленбургъ для изученія мекленбургскаго ипотечнаго режима и результаты

¹⁾ Die Preuss. Hyp.- u. Subh.-Gesetzgebung. Von Meyer. Berlin 1854.

²⁾ Die Reform des Hyp.-Wesens. Berlin 1857. Эта работа вышла въ свѣтъ послѣ того, какъ болѣе 10 лѣтъ циркулировала въ рукописи въ правительственныхъ сферахъ.

своихъ изслѣдованій изложилъ въ докладѣ отъ 1846 г. министру юстиціи. Предложенія Goetze не привели къ практическимъ результатамъ вслѣдствіе революціи 1848 г. Когда въ 1853 г. была издана новелла, мало кого удовлетворившая, Goetze, „до настоянїю лица, не подчинителю которому онъ не находилъ возможнымъ“, стпечаталъ указанный докладъ въ видѣ брошюры въ цѣляхъ приданія своимъ взглядамъ возможно широкой гласности. Мировоззрѣніе Goetze носитъ вліяніе мекленбургскихъ порядковъ, но авторъ, въ духѣ порученія, ограничивается развитіемъ идей лишь формальнаго ипотечнаго права, вовсе не затрогивая матеріальнаго права.

Авторъ восторженно отзываясь о мекленбургскомъ ипотечномъ режимѣ и, отмѣчая, что въ Пруссіи землевладѣлецъ не въ силахъ конкурировать въ спросѣ на капиталъ съ промышленникомъ и государствомъ и вынужденъ обращаться даже къ растовщическому кредиту, видитъ главную причину тому въ волокитѣ, сложности и дороговизнѣ ипотечнаго производства въ Пруссіи. Исходя изъ такого положенія авторъ и видитъ въ послѣдовательномъ проведеніи въ прусскій ипотечный режимъ началъ быстроты, простоты и дешевизны производства, наподобіе мекленбургской ипотечной организаціи, такъ какъ это сблизитъ ипотечныя свидѣтельства по способности къ циркуляціи съ бумагами на предъявителя или хотя векселями, при помощи которыхъ конкуренты землевладѣльца главнымъ образомъ и одерживаютъ надъ нимъ побѣду.

Эта общая идея находитъ въ брошюрѣ Goetze талантливейшее детальное развитіе.

1. Goetze считаетъ неизбѣжнымъ приспособить ипотечный режимъ особенно для крупныхъ имѣній и также особенно для мелкихъ владѣній, будучи увѣренъ, что больше не найдется лицъ, которыя признавали бы приимѣнимымъ одинъ и тотъ же режимъ ко всякаго рода имѣніямъ, безъ вреда для всѣхъ нихъ. Goetze, подобно Voss, рекомендуетъ болѣе развитую систему, которой онъ, впрочемъ, только и занимается, признать за обязательную, будучи увѣренъ, что интересъ самихъ землевладѣльцевъ привлечетъ ихъ къ ней. Система Goetze приписана къ рыцарскимъ имѣніямъ.

2. Всѣ новшества, которыя Goetze рекомендуетъ, сводятся, по его мнѣнію, лишь къ болѣе послѣдовательному проведенію уже существующихъ началъ специалитета и публичитета. Развитіе прежняго права прежде всего должно выразиться въ томъ, чтобы книга принадлежала имѣнью, имѣнью послѣ самостоятельную личность, кредиторъ получалъ непосредственное отношеніе къ имѣнью, при чемъ приоритетъ права кредитора долженъ быть такъ отчетливо опредѣленъ, чтобы о немъ не могло возникать никакихъ споровъ, а для этого онъ долженъ быть опредѣляемъ исключительно данными ипотечной книги.

3. Производство должно быть легкое, быстрое, простое; акты—краткіе и простые, чтобы осмотръ ихъ представлялъ не больше затрудненій, чѣмъ оборотъ купеческихъ векселей. Въ отдѣльныхъ провинціяхъ полезно ввести сдѣлочныя ярмарки. Производство должно быть дешевымъ. Но вѣрность

производства не должна подрываться, напротивъ, должна быть возвышена.

4. Ипотечное дѣло должно быть отдѣлено отъ суда, такъ какъ послѣдній привыкаетъ къ кропотливому изслѣдованію разсматриваемыхъ имъ дѣлъ, къ требованію дополнительныхъ данныхъ и т. п. и все это въ порядкѣ сложнаго производства, и вноситъ волокиту въ живое по существу и истерявшее медлительности производство ипотечное дѣло. Ипотечное дѣло должно быть, поэтому, ввѣрено особымъ установленіямъ; положеніе ипотечнаго чиновника должно быть устойчивымъ; округа не должны быть большіе, такъ какъ личное знаніе чиновникомъ мѣстныхъ дѣлъ и лицъ существенно; важенъ выборъ чиновниковъ: такими должны быть лица даровитыя, не старыя; важна ихъ имущественная обеспеченность.

5. Необходимо упрощеніе въ организаціи ипотечной книги, именно нужно упразднить 2-ую рубрику, распредѣливъ ея содержаніе частью между другими рубриками, частью между вотчинными и ипотечными свидѣтельствами.

6. Принципъ легалитета долженъ быть точно ограниченъ изслѣдованіемъ чисто внѣшнихъ условій дѣйствительности сдѣлки, и въ этихъ точныхъ предѣлахъ должна быть усилена отвѣтственность власти за правильность содержанія ипотечной книги и дѣйствій чиновника. Но имущественная отвѣтственность чиновника мало надежна и внушаетъ публикѣ мало довѣрія. Goetze предлагаетъ ввести отвѣтственность государства за дѣйствія ипотечныхъ чиновниковъ. Опытъ Мекленбурга указываетъ, что это не опасно, такъ какъ случаевъ отвѣтственности почти не встрѣчается. А между тѣмъ, государственная гарантія внушаетъ такое довѣріе публикѣ, что капиталъ притекаетъ къ ипотекамъ даже изъ другихъ странъ, какъ это имѣетъ мѣсто въ Мекленбургѣ.

Но, чтобы государству ничѣмъ не рисковать, Goetze рекомендуетъ взимать при записи ипотеки $\frac{1}{1000}$ % -а на основаніе особаго страхового фонда, изъ котораго бы и происходило возмѣщеніе ущерба. Авторъ увѣренъ, что черезъ 20 лѣтъ можно было бы совсѣмъ отмѣнить и взиманіе этого % -а, т. к. скопился бы вполне достаточный страховой фондъ.

Послѣдовательное проведеніе принципа легалитета, подразумевающаго довѣріе государства къ чиновнику, дѣлаетъ возможнымъ и то, чтобы ипотечные инструменты состояли въ одномъ только коротенькомъ аттестѣ ипотечнаго установленія (Recognitionsschein), легко обозримомъ, акты же всякаго рода, на которыхъ аттестъ покоится, свободно могутъ и не быть присоединяемы къ такому аттесту, а помѣщаться въ вотчинныхъ актахъ установленія. Такого рода аттесты легко завоевали бы себѣ распространеніе даже за-границей. Къ чему прилагать книги актовъ сдѣлокъ, которые какъ-будто предназначаются для контроля самихъ установленій, когда законъ предписываетъ начало довѣрія къ дѣятельности установленій и гарантируетъ довѣрію имущественной отвѣтственностью.

7. Нужно измѣнить и начало дѣйствующаго права объ автентической формѣ актовъ сдѣлокъ. Дѣйствующее право смѣшиваетъ двѣ вещи: 1) оно требуетъ, чтобы актъ внушалъ чиновнику довѣріе, и 2) чтобы это довѣріе

поклонилось непременно на автентической формѣ акта. Между тѣмъ, при до-вѣрїи къ чиновнику, отъ котораго Goetze отправляется, достаточно перваго требованія. А тогда можно многое упростить. Можно требовать, чтобы чиновникъ удовлетворился и пашель актъ надежнымъ, а почему, — это предоставить усмотрѣнію чиновника. Тогда достаточно, напр., если предъявитель акта лично извѣстенъ чиновнику. Но и помимо послѣдняго случая возможны широкія упрощенія. Прежде всего достаточно, чтобы удостовѣреніе личности формулировалось въ 2-хъ словахъ: „Подпись удостовѣрена. Такой-то. Тогда-то. Печать“. Далѣе, право удостовѣрять личность нужно предоставить многимъ чиновникамъ, имѣющимъ официальную печать: президенту суда, почт-директору, ландрату, бургомистру и т. д. и т. д. всѣмъ заслуживающимъ довѣрія чиновникамъ.

Необходимо допустить бланко-цессии, которыя не считаются же опасными при векселяхъ. Лучше бы даже допустить ипотечныя свидѣтельства на предъявителя. Это крайне облегчило бы весь оборотъ съ ипотеками и сократило бы работу ипотечныхъ установленій. А чтобы отъ того не потеряла надежность организаціи, необходимо связать первыя записи ипотеки съ особенно строгими формальностями. Goetze на этомъ особенно настаиваетъ. Бумага на предъявителя не есть въ наше время такая уже рѣдкость. При надежности выпуска ихъ онѣ и не грозятъ никому никакимъ бѣдствіемъ. Законодатель долженъ отправляться отъ идеи, что подданные дѣеспособны и предоставить имъ свободу самоопредѣленія. Только на этомъ началѣ можно добиться какого-нибудь успѣха.

Бумаги на предъявителя, только что очерченные, все же существенно отличались бы отъ закладныхъ листовъ своей индивидуалистической характеристикой: 1) онѣ не имѣютъ курса, т. к. каждый изъ нихъ имѣетъ особый приоритетъ; 2) приоритетъ указывается кратко въ самой бумагѣ, ссылка на сумму предшествующихъ ипотеки; 3) оборотъ ихъ не такъ будетъ легокъ, какъ оборотъ закладныхъ листовъ; 4) % колеблется при нихъ въ зависимости отъ приоритета ихъ. Затрудненія съ полученіемъ % -а можно устранить организаціей двойныхъ купоновъ или опредѣленіемъ банкира-посредника.

8. Goetze отказывается отъ идеи вотчинной системы, въ дѣлахъ краткости и обозримости книги; задачѣ установленія состава недвижимостей должны служить, по его мнѣнію, другія организаціи, полезность которыхъ онъ признаетъ. Ипотечная же книга должна обозначать имѣніе какъ цѣлое, безъ тщательной характеристики деталей, и только послѣдующія измѣненія въ его составѣ съ указаніемъ вліянія ихъ на цѣнность имѣнія должны подлежать упоминанію въ книгѣ. Но указанію цѣны имѣнія онъ вездѣ придаетъ значеніе, и его онъ требуетъ съ самаго начала ¹⁾.

¹⁾ Другихъ, менѣе принципиальныхъ предложеній Goetze я уже не касаюсь. Goetze набрасываетъ такую схему общей техники ипотечнаго дѣла, которая во многомъ напоминаетъ собою актъ Торренса, и одновременно я отмѣчу свое предположеніе, что Торренсъ, можетъ быть, даже считался съ запиской Гётце.

Подъ влияніемъ очерченныхъ 2-хъ работъ въ законодательныхъ сферахъ дѣлаются новыя попытки болѣе серьезной реформы ипотечнаго режима, чѣмъ имѣла въ виду повелла 1853 г.

Именно, уже въ періодъ сессіи 1856—57 г. въ палатѣ господъ v. Meining дѣлаеть предложеніе ¹⁾, чтобы палата господъ настойчиво просила правительство подвергнуть уставъ 1783 г. основательной реформѣ въ духѣ предложеній Goetze. Goetze на это предложеніе выступилъ 22 апр. 1857 г. съ докладомъ, ранѣе того обсуждавшимся въ комиссіи и резюмировавшимся въ 11 пунктахъ всѣхъ тѣхъ идеи, которыя намъ уже извѣстны изъ очерка его брошюры. Палата господъ, въ засѣданіи 28 апр. 1857 г., послѣ краткихъ общихъ дебатовъ, рѣшила огромнымъ большинствомъ: настойчиво просить правительство какъ можно скорѣе представить законодательный проектъ дальнейшей реформы ипотечнаго дѣла для областей, въ которыхъ дѣйствуетъ уставъ 1783 г. Отъ спеціального обсуждения предложенныхъ комиссіей 11 пп. палата рѣшаетъ воздержаться, но постановляетъ передать предложенія 11 пп. королевскому правительству для соображенія при обработкѣ законопроекта.

Вслѣдствіе такого рѣшенія, министръ юстиціи общимъ распоряженіемъ отъ 13 мая 1857 ²⁾ приглашаетъ апелляціонные суды дать отзывъ о предложеніяхъ палаты, и на основаніи послѣдовавшихъ отзывовъ (Gutachten) изготовляетъ Denkschrift отъ 12 апр. 1858 г. ³⁾, въ которой, по обстоятельному обслѣдованіи предложеній, отклоняетъ до времени ревизію устава 1783 г. Министръ юстиціи не соглашается, чтобы затрудненія реального кредита имѣли основаніемъ ипотечное устройство; скорѣе же затрудненія происходятъ отъ того, что капиталъ идетъ въ промышленность вслѣдствіе обезнечиваемыхъ ему такимъ помѣщеніемъ большихъ выгодъ. Конечно, и въ правѣ ипотеки есть недостатки, которые возможно устранить, но министръ опасается, что частныя перемѣны права больше повредятъ, чѣмъ принесутъ пользы дѣлу реального кредита. По всему этому министръ рекомендуетъ ждать данныхъ отъ болѣе продолжительнаго дѣйствія повеллы. Министръ съ удовольствіемъ отмѣчаетъ, что и требованія реформы, и отзывы судовъ безъ исключенія отклоняютъ идею всецѣлой реформы дѣйствующаго режима и ограничиваются частностями.

Но вотъ, по случаю предложенія правительства отмѣнить законы о ростовщичествѣ, вопросъ о реформѣ ипотечнаго режима снова всплываетъ наверхъ уже въ нижней палатѣ. 14 марта 1860 г. нижняя палата постановляетъ резолюцію: правительство благоволить устранить въ интересъ реального кредита затрудненія, коренящіяся въ организаціи ипотечнаго дѣла ⁴⁾.

Въ непосредственно слѣдующемъ за сѣмъ періодъ сессіи членъ нижней палаты Conrad съ товарищами представилъ формулированный проектъ новаго

¹⁾ Drucksachen № 42.

²⁾ J.M.Bl. 176.

³⁾ Drucksachen des Herrenhauses. Session 1857/58, № 85.

⁴⁾ Stenogr. Berichte des Abgeordn. Hauses 1859/60, стр. 508.

ипотечнаго устава съ мотивами; какъ основы проекта, такъ и мотивы были заимствованы изъ работы Meyer'a. На этотъ разъ проектъ не былъ даже и доложенъ. Но въ 1862 г. проектъ снова вносится Roepell съ товарищами. За распущеніемъ палаты проектъ и на этотъ разъ остался безъ разсмотрѣнія.

А между тѣмъ за дѣло принялась и Landes-Oekonomie-Collegium. Комиссіей отъ этой коллегіи составила докладъ, въ которомъ обрабатываетъ жалобы на сельско-хозяйственный кредитъ ¹⁾ и намѣчаетъ желательное измѣненіе ипотечнаго права, въ духѣ предложеній палаты господъ отъ 1857 г., т. е. въ духѣ предложеній Goetze. Въ засѣданіи коллегіи отъ 18 марта 1861 г. предложенія комиссіи, по обсужденіи ихъ, были приняты ²⁾.

Такимъ образомъ, желанія палаты господъ и коллегіи, съ одной стороны, и желанія нижней палаты — съ другой, также рѣзко расходились, какъ требованія Goetze и Meyer'a: тамъ добивались упрощенія формъ, здѣсь — не только упрощенія формъ, но и существенныхъ измѣненій всего вотчинно-ипотечнаго права, даже матеріальнаго.

Сила этихъ изъ разныхъ круговъ и установленныхъ исходящихъ голосовъ побудили ближайшимъ образомъ заинтересованныхъ въ дѣлѣ министровъ юстиціи, внутреннихъ дѣлъ, финансовъ и сельскаго хозяйства — предпринять комиссарское обсужденіе вопроса о потребности реформы и отдѣльныхъ послѣдовавшихъ предложеній о направленіи реформы. Итоги обсужденія этихъ вопросовъ ³⁾ показали, какъ мало достигнуто соглашенія по многимъ существеннымъ вопросамъ права.

А между тѣмъ, 25 ф. 1863 г. издается Kabinetsordre на имя Staats-Ministerium, требующій немедленнаго осуществленія ипотечной реформы, которая удовлетворила бы практическимъ потребностямъ оборота.

Въ отвѣтъ на это и въ виду разногласій во взглядахъ на реформу, министерство сел. хоз. командировать въ Мекленбургъ особое лицо для ознакомленія съ новиками мекленбургскаго правообразованія, вышедшимъ уже послѣ изслѣдованія мекленбургскаго права Goetze, обрабатываетъ всѣ дальнѣйшія историческаго и сравнительнаго изученія права ипотечнаго режима и облегчаетъ итоги въ форму проекта ⁴⁾, и этотъ проектъ вмѣстѣ съ мотивами предлагаеть на усмотрѣніе министра юстиціи. Проектъ министерства сельскаго хозяйства исходитъ изъ идеи чисто ипотечной системы, все еще находя ненужной вотчинную систему для интересовъ ипотеки; но онъ стоитъ за начало самостоятельной ипотеки, какъ условіе вѣрнаго ипотечнаго оборота: проектъ высказывается за сохраненіе легалитета, но и за введеніе его въ рамки, подсказываемое условіями времени, т. е. за ограниченіе его изслѣдованіемъ вѣтшихъ условий дѣйствительности сдѣлки; онъ высказывается

¹⁾ Отъ 26 ок. 1861 (Bericht der Kommission Abth. II. Referent Graf v. Itzenplitz).

²⁾ Protokolle der 6 Sitzungsperiode des Landes-Oekonomie-Collegiums 5—13.

³⁾ Die Protokollen der Ministerial-Kommissarien v. 14 Nov.—12 Dz. 1867.

⁴⁾ Min. Ldw. Denkschrift. Berlin 1863. Als Manuscript abgedruckt.

за сохраненіе ипотечнаго дѣла въ рукахъ суда, ради удобствъ пересылки актовъ и сбереженія силъ и средствъ; по вопросу о достовѣрности актовъ проектъ держится срединнаго мнѣнія между предложеніями Goezke и дѣйствующимъ правомъ: нужно упрощеніе, но не столь крайнее, какъ предлагать Goezke; по вопросу объ ипотечныхъ свидѣтельствахъ проектъ рекомендуетъ установить нѣсколько видовъ его по полнотѣ и значенію въ оборотѣ и предоставить кредитору выборъ между этими видами.

Проектъ много теоретизируетъ по вопросу о природѣ самостоятельной ипотеки, признавая ее за *jus in rem*, отличное отъ римскаго права въ томъ отношеніи, что оно устанавливаетъ на сторонѣ каждаго владѣльца обремененной недвижимости, какъ таковаго, обязанность къ положительному дѣйствию, т. е. къ уплатѣ ипотечнаго долга, и ставитъ въ связь съ этой природой ипотеку собственника, которую онъ и допускаетъ во всѣхъ видахъ, ради наибольшаго удовлетворенія практическимъ потребностямъ современности. Проектъ допускаетъ и институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки. Проектъ не допускаетъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, находя институтъ непрактичнымъ, по многимъ соображеніямъ, особенно же въ виду того, что при нихъ личность кредитора остается неизвѣстной ни должнику, ни ипотечному установленію, и затрудняется полученіе %. Корреальную ипотеку проектъ допускаетъ, но разрѣшаетъ запутанное отношеніе, возникающее въ случаѣ слиянія такой ипотеки съ собственностью, въ томъ смыслѣ, что освободившаяся ипотека поступаетъ въ распоряженіе не кредиторовъ, а собственника освободившейся недвижимости.

Проектъ стоитъ за полный специалитетъ всѣхъ ипотекъ. Онъ стоитъ и за полный публицитетъ книги; чтобы кредиторъ не терпѣлъ возраженій изъ негласныхъ личныхъ отношеній, необходимо устранить возможность ихъ, а для этого нужно, чтобы кредиторъ руководился и считался съ данными ипотечной книги. Проектъ стоитъ и за отмену *protestatio non num. res.* въ современномъ ему значеніи и требуетъ, чтобы эта *protestatio* осуществлялась въ особомъ и обыкновенномъ процессѣ, и только приговоръ суда давалъ бы основаніе для соответствующей записи отношенія въ ипотечную книгу. Личное требованіе проектъ допускаетъ какъ солидарное съ ипотечнымъ требованіемъ, и, ради избѣжанія возможныхъ злоупотребленій со стороны кредитора, предлагаетъ, чтобы оба требованія уступались не иначе, какъ только въ однѣ руки. Наконецъ, проектъ создаетъ обязанность удовлетвореннаго ипотечнаго кредитора къ *cessio*, ради сбереженія издержекъ и хлопотъ на квинтацію.

Въ слѣдующемъ 1864 г. вышелъ и проектъ министерства юстиціи ¹⁾; проектъ не ограничился поставленными въ *Kab.-Ordre* отъ 1863 г. задачами и намѣчалъ рядъ принципиальныхъ новшествъ, дававшихъ яркое и острое выраженіе тѣмъ реформаціоннымъ идеямъ, которые были до тѣхъ поръ вы-

¹⁾ Entwurf eines Gesetzes über das H.-Wesen u. einer HO. für Preussen. Nebst Motiven. Berlin 1864.

сказаны въ литературѣ вопроса. Особенно проектъ держался близко работы Meyer'a, отчасти же воспринялъ и начала проекта министерства сел. хоз.

Проектъ признаетъ необходимымъ даже въ интересахъ реального кредита полную вотчинную систему. Всѣ вещныя права возникаютъ, по мысли проекта, записью въ вотчинную книгу. Въ книгѣ нѣтъ болѣе вотчинныхъ правъ. Запись же слѣдуетъ на основаніи абстрактнаго волеизъявленія сторонъ, совершеннаго въ самомъ ипотечномъ установленіи. Никакого указанія на отношенія между сторонами, имѣющія мѣсто въ абстрактнаго волеизъявленія, не дѣлается въ книгѣ и не требуется. Проектъ хочетъ разрѣшить или, точнѣе, упразднить этимъ путемъ и начало легалитета, столь много причинившее волокиты и столь часто осуждавшееся. Равно, проектъ считаетъ болѣе ненужнымъ и какое-либо принужденіе къ записи титула. Съ другой стороны, значеніе ипотечнаго установленія какъ судебного органа обезпечиваетъ новой организаціи безопасность ея для публики. Начало легалитета сводится въ проектѣ къ обычному изслѣдованію чисто внѣшнихъ условий дѣйствительности сдѣлки.

Проектъ создаетъ самостоятельную ипотеку, конструируя ее какъ *Realobligation*, для чего также признаетъ достаточнымъ абстрактное волеизъявленіе сторонъ. Въ оправданіе новшества проектъ ссылается на средневѣковое германское право, на сосѣдніе законодательства (особенно Мекленбургское) и на многочисленныя требованія реформы. Самъ онъ также видитъ въ отрѣшеніи ипотеки отъ личнаго требованія первое условіе успѣха реального кредита. Въ отношеніяхъ сторонъ самостоятельная ипотека оспорима по внутреннимъ, матеріальнымъ основаніямъ, но въ 3-хъ рукахъ ея свойства опредѣляются исключительно ипотечной книгой. При абстрактной природѣ волеизъявленія, влекущаго запись ипотеки, оспариваніе послѣдней въ отношеніи первыхъ контрагентовъ едва-ли имѣло иное значеніе, чѣмъ только значеніе кондикціоннаго иска о неправомерномъ обогащеніи. Проектъ много занимается опроверженіемъ возможныхъ возраженій на самостоятельность ипотеки, особенно того возраженія, будто самостоятельная ипотека грозитъ мобилизаціей собственности.

Все же проектъ допускаетъ въ извѣстный срокъ возраженія о порочности отношенія даже противъ 3-го пріобрѣтателя, по строго ограниченныя. Устраненіе возраженія полное грозило бы матеріальному праву должника, допущеніе же возраженій полное грозило бы реальному кредиту.

Просьба о записи возраженій направляется къ процессуальному суду, и запись возраженія слѣдуетъ на его приговорѣ. Ипотечный судъ болѣе не можетъ записать возраженія своею властью. Иной порядокъ бесполезно тормазитъ оборотъ.

Проектъ не допускаетъ и *protestationes pro conservando jure* и т. п., развѣ что по требованію судьи. Это устанавливается потому, что самое право теперь возникаетъ по абстрактному соглашенію сторонъ, а развѣ стороны согласны, — нѣтъ надобности въ протестаціи, ибо есть возможность совершить окончательную запись.

Проект проводить последовательно начало специалитета суммы. Онъ проводить и начало специалитета объекта настолько, что допускает ипотеку только на одну недвижимость. Корреальная ипотека не допускается проектомъ въ виду крайней путаницы отношеній въ случаѣ осуществленія ея, когда число участковъ и ипотечныхъ кредиторовъ значительное, участки принадлежать разнымъ лицамъ и осуществленіе ипотеки совершается въ разное время.

Цессія ипотекъ связана записью. Ипотечныя свидѣтельства—именныя. Свидѣтельства на предъявителя осуждаются за рядъ неудобствъ чисто практическаго свойства, отчасти же и политическаго, какъ возможное орудіе мобилизаціи собственности. Проектъ не допускаетъ и передачи ихъ по бланковой цессіи.

Прекращается право только записью погасительной.

Проектъ допускаетъ упрощеніе формъ актовъ въ духѣ проекта Мин. сел. хоз. Наконецъ, проектъ связываетъ дробленіе и соединеніе собственности согласіемъ кредиторовъ и въ крайнемъ случаѣ дискреціоннымъ рѣшеніемъ суда. Мотивомъ является то, что раздѣлы и соединенія усложняютъ отношеніе къ невыгодѣ кредиторовъ.

Проектъ 1864 г. вызвалъ съ разныхъ сторонъ жестокіе нападки. Берлинское юридическое общество, удѣлившее разбору проекта не одинъ десятокъ засѣданій ¹⁾, приходило къ выводу, что едва ли даже и требуется такая коренная реформа вотчинно-ипотечнаго права, какую проводитъ проектъ. Реформа мотивируется въ проектѣ потребностями реального кредита, но послѣдній страдаетъ не столько отъ правовыхъ несовершенствъ, сколько отъ общихъ перемѣнъ, происшедшихъ въ социальномъ и экономическомъ строе Пруссіи,—и измѣненія права дѣлу не помогутъ. Отсюда, юридическое общество стоитъ противъ общей реформы и за частичныя улучшенія дѣйствующаго права.

Переходи къ детальному разбору проекта, юридическое общество находить:

1) Хотя подчиненіе собственности публицитету и имѣть за себя многое, все же мѣра едва ли такъ необходима, а особенно едва ли она достижима. Уставъ 1783 г. не успѣлъ даже съ прямымъ принужденіемъ къ записи пріобрѣтеній, чего же ждать отъ косвеннаго принужденія, вводимаго проектомъ. Если новый порядокъ не привьется, онъ грозитъ болѣе опасными послѣдствіями для оборота, чѣмъ дѣйствующій, и затрудненій всякаго рода онъ знаетъ не менѣе, чѣмъ дѣйствующій порядокъ. Юридическое общество находило бы болѣе рациональнымъ начало, что собственность пріобрѣтается вообще по соглашенію, традиція не требуется. Въ отношеніяхъ же 3-хъ лицъ книжный собственникъ признается за истиннаго собственника. Этимъ достигается единство началъ для всѣхъ видовъ вещей и гармонія для всѣхъ

¹⁾ Bericht der Kommission der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, betreffend den Entwurf 1864, 1865 (докладъ Graefe).

интересовъ, а въ то же время достигается и обезпеченіе интересовъ реального кредита. Устраняется и дублицитетъ собственности. Наконецъ, открывается возможность объединенія всѣхъ партикулярныхъ правъ Пруссіи на этомъ началѣ, а такое объединеніе предрѣшаетъ объединеніе на началѣ и всего германскаго права, такъ какъ разница между отдѣльными германскими странами по бытовымъ условіямъ не болѣе, чѣмъ разница между прусскими провинціями.

Аналогичное начало юридическое общество предлагаетъ и для цессій ипотекъ. Проектъ требуетъ записи цессій. Общество находитъ это еще болѣе труднымъ дѣломъ особенно въ случаѣ, когда ипотечное требованіе общило нѣсколько лицъ безъ записи пріобрѣтенія требованія. Поэтому общество рекомендуетъ начало: собственность на требованіе переходитъ по цессіи, но въ отношеніи 3-хъ лицъ признается истиннымъ управомоченнымъ книжный ипотекарій.

Но юридическое общество не видитъ препятствій тому, чтобы допустить, по усмотрѣнію землевладѣльца, выпускъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя. Опытъ указываетъ всю неосновательность опасеній проекта на счетъ послѣдствій отъ такихъ свидѣтельствъ. Именно во Франціи „гдѣ сѣдѣлѣ бур. причинили столько бѣдъ“, теперь требуютъ этихъ свидѣтельствъ. Опасности кражи и обмана существуютъ и при обладаніи государственными бумагами. Трудности при уплатѣ % и востребованіяхъ и теперь существуютъ при обыкновенныхъ ипотечкахъ, когда послѣднія цедируются безъ записи цессіи въ ипотечную книгу. Легкомысленное совершеніе долговъ и теперь встрѣчается. Самые лучшіе законы не въ силахъ воспрепятствовать легкомыслию. Уже уставъ 1783 г. констатируетъ, что собственникъ часто получаетъ за ипотеку деньги тогда, когда выдаетъ ипотечное свидѣтельство. Проектъ и вовсе вводитъ ипотеку собственника, гдѣ послѣдній не всегда и знаетъ, отъ кого онъ получитъ деньги. Отсюда только одинъ шагъ до ипотеки на предъявителя.

Опытъ Мекленбурга съ бланко-жиро говоритъ за то же. А соображеніе, будто во времена кризиса держатели ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя не щадятъ собственника, примѣнимо и къ большинству держателей именныхъ свидѣтельствъ. Наконецъ, что касается „мобилизаціи“ земельной собственности—„мы не понимаемъ этого выраженія“,—то такую съ успѣхомъ и издавна выполняютъ существующіе ипотечные банки.

Теорію самостоятельной ипотеки юридическое общество принимаетъ, хотя и съ оговоркой, что во многихъ случаяхъ кредиторъ придаетъ значеніе и личной отвѣтственности должника, и что развитіе новаго ученія въ проектѣ недостаточно ясно. Общество рекомендовало бы установленіе 2-хъ началъ: запись обязательства въ ипотечную книгу имѣть послѣдствіемъ то, что землевладѣлецъ не можетъ сдѣлать никакихъ возраженій о правильности требованія добросовѣстному цессіонарію; ипотечное обязательство не связано впродъ существованіемъ личнаго притязанія, въ основѣ его лежащаго.

Юридическое общество не сочувствует и тому, что ипотека собственника не действует, пока находится в руках собственника. Это излишне, так как правило легко обойти; но это и не требуется справедливостью, так как последующие кредиторы не имеют притязаний на лучшее положение ипотек, чем обеспеченное имъ ипотечной книгой.

Соглашаясь в принципъ съ полнымъ специалитетомъ суммы и объекта, юридическое общество не можетъ не отмѣтить, что строгій специалитетъ суммы повлечетъ преувеличенную оцѣнку кредиторомъ издержекъ и другихъ моментовъ, которые теперь пользуются равнымъ рангомъ съ капитальной суммой, а недопущение корреляльной ипотеки затруднитъ кредитъ мелкому и раздробленному землевладѣнію. Легче, по мнѣнію юридического общества, отыскать рѣшеніе запутанныхъ отношеній при корреляльной ипотеке въ указываемыхъ проектомъ случаяхъ, чемъ исключить корреляльную ипотеку.

Общество находитъ несогласнымъ съ духомъ времени и стѣснительнымъ для оборота и начало, что парцелляціи и т. д. ставится въ зависимость отъ воли кредитора.

Проектъ не допускаетъ, чтобы ипотечное установленіе действовало впредь ex officio, отмѣняетъ коллегіальное устройство ипотечныхъ установленій, ставитъ въ тѣсныя рамки легалитетъ, но допускаетъ исключенія въ случаяхъ, когда установленіе ex officio узнаетъ о неправомерности сдѣлки. Юридическое общество желало бы большей последовательности въ послѣднемъ случаѣ, именно, полной отмѣны легалитета, чтобы невыгоды отмѣны выкупилась либерализмомъ начала, воспитательно действующаго на общество; при частичной же отмѣнѣ легалитета возможны неудобства. Отмѣна легалитета повлекла бы и упрощеніе формъ. Она послужила бы и базой для распространенія системы на всю Пруссію, включая и области, право которыхъ пока не знаетъ легалитета.

Формальное право проекта не встрѣчаетъ со стороны юридического общества никакихъ возраженій, кромѣ только того, что непосредственная явка сторонъ едва ли такъ удобна.

Сходны съ замѣчаніями юридического общества и мнѣніе Беккера о необходимости ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, и критика соображеній проекта 1864 г. о неудобствахъ такихъ инструментовъ ¹⁾, а также—рядъ замѣчаній, сдѣланныхъ Ахенбахомъ на проектъ 1864 г. ²⁾.

Многія изъ этихъ замѣчаній ³⁾ опирались, однако, не столько на дѣйствительные пороки проекта, сколько на недостаточность пониманія новыхъ началъ проекта, —виною чему служило не всегда достаточное развитіе проектомъ своихъ идей, а часто привычка критиковъ къ старому праву.

¹⁾ Bekker, Die Reform des H.-Wesens als Aufgabe des norddeutschen Bundes. Berlin 1867.

²⁾ Bemerkungen über die Entwürfe eines H.-Ges. . . f. Preussen, v. Achenbach. Bonn 1865.

³⁾ Ср. еще Dernburg u. H., I. 57.

Какъ бы то ни было, по проектъ 1864 г., встрѣченный несочувственно обществомъ и выпущенный въ свѣтъ противъ скрытаго желанія министра, не возымѣлъ движеній.

Съ этимъ проектомъ завершается первая стадія реакціи противъ устава 1783 г. и Ландрехта 1794 г., гдѣ, съ одной стороны, реакція исходила изъ соображеній чисто практическаго свойства, а съ другой стороны, полагалось относительно много довѣрія усовершенствованію одной только правовой организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота и мало выражалось сознаніе относительности дѣйствія правовой организаціи и вовсе не затрогивалось экономически-политическое значеніе ипотеки, какъ основы реального кредита.

§ 83. Реформаціонное движеніе второй половины 19 ст. Бытовья условія и литературныя теченія.

I. *Общая замѣчанія.* Шестидесятые годы ознаменовались величайшими событіями въ исторіи Германіи, не оставшимися безъ вліянія на направленіе реформы ипотечнаго режима въ Пруссіи. Я говорю о повышенномъ національномъ настроеніи нѣмцевъ, о стремленіи ихъ къ объединенію, основаніи сѣверо-германскаго союза и подготовленіи имперіи. Если уже издавна, особенно съ наполеоновскихъ войнъ, въ Германіи жила идея единства нѣмцевъ, и если уже раньше эта идея вызвала къ жизни рядъ мѣръ, направленныхъ на созданіе allgemeines deutsches Recht, то въ 60-хъ годахъ идея развилась до высшаго предѣла и выразилась не только въ мѣрахъ политики, но и въ тенденціи правовой мысли. „Въ обновленной Германіи должно воскреснуть національное германское право, давно забытое и гонимое чуждыми, римскимъ правомъ“, —таковъ былъ лозунгъ юридической мысли 60-хъ гг. Цѣлый рядъ съѣздовъ германскихъ юристовъ усиленно занимается вопросомъ объединенія права на германскихъ началахъ. Уже второй съездъ германскихъ юристовъ дѣлаетъ постановленіе, что очень важно въ единой Германіи положить основныя общему германскому праву ипотека; объединеніе права ипотеки признавалось тѣмъ легче осуществимымъ, что въ правѣ ипотеки отдѣльныхъ германскихъ странъ находили больше, чемъ гдѣ-либо, началъ древняго національнаго германскаго права, а потому и единства правовыхъ основъ. Но, для большей основательности предпринимаемаго дѣла, высказывались пожеланія изучить существующія ипотечныя права различныхъ нѣмецкихъ государствъ ¹⁾. Въ самый разгаръ этого движенія и въ видѣ отвѣта на выраженное съѣздами юристовъ желаніе изучить германское залоговое право выходитъ рядъ изслѣдованій. Первымъ отзывается Мейбомъ своей исторической работой „Das deutsche Pfandrecht“. Восторженный германецъ и увлекательный, Мейбомъ старается въ этой работѣ перенести мостъ между повинками дѣйствующаго мекленбургскаго права ипотеки и средневѣковыми германскими организаціями права залога и даже вообще формами реального кредита.

¹⁾ См. Verhandlungen des dritten Deutschen Juristentages 1862, I, стр. 74, 75, 85. Разногласіе юристовъ de lege ferenda, см. 73, 85, 90 стр. еод. и др.

Мейбомъ изслѣдовалъ германскій залогъ лишь въ эпоху до римскаго вліянія. Другой юристъ, Mascher, пытается дать картину историческихъ судебъ залога въ теченіе всей исторіи новыхъ народовъ, начиная съ великаго переселенія народовъ и вплоть до 70-хъ гг. 19 ст. А такъ какъ залогъ по формѣ примыкаетъ къ общей организаціи вотчинно-ипотечнаго оборота, то Mascher занимается и этой послѣдней ¹⁾. Въ такихъ обширныхъ предѣлахъ было трудно дать тщательную и самостоятельную обработку вопроса, и работа Mascher'a является сухой компиляціей мало объединеннаго внутренне ряда отдѣльныхъ очерковъ права ипотеки по отдѣльнымъ германскимъ странамъ.

Тогда Мейбомъ организуетъ на началахъ сотрудничества новую серію обстоятельныхъ работъ по дѣйствующему залоговому праву германскихъ государствъ и привлекаетъ къ выполненію работы лучшихъ научныхъ и практическихъ силы Германіи ²⁾.

Въ результатъ всѣ эти изслѣдованія, конечно, оправдали предсказанія съѣзда юристовъ: современная ипотека оказалась дѣйствительно оторванной отъ римской догмы. А темпераментъ эпохи подсказывалъ юристамъ, что современная ипотека націонализована.

Ипотека оказывалась самостоятельнымъ вещнымъ бременемъ на недвижимость, а юристы склонны были видѣть въ ней Realobligation.

Другіе юристы, воодушевленные германистическимъ настроеніемъ, стали искать національныхъ чертъ и въ организаціи вотчиннаго оборота въ точномъ смыслѣ слова, особенно въ организаціи производнаго способа пріобрѣтенія собственности, и нашли такіе черты уже въ Besitztitelberichtigung Ландрехта и устава 1783 г. Plathner и Bornemann—таковы имена этихъ юристовъ—изучивъ исторію германскаго права и матеріалы къ Ландрехту, доказывали именно это и, упрекая судебную практику за искаженіе идей Ландрехта, наставляли на возвращеніи къ національной германской формѣ пріобрѣтенія собственности по соглашенію, т. е. къ Auflassung ³⁾.

Почти одновременно со съѣздами германскихъ юристовъ призывается къ жизни конгрессъ сѣверо-германскихъ сельскихъ хозяевъ по ипотечному дѣлу, организованный по образцу экономическаго конгресса отъ 1858 г.

Около того же времени и на той же почвѣ сѣверо-германскаго союза предпринимается анкета ипотечно-банковаго дѣла, составившая потомъ предметъ обсужденій Ausschuss союзнаго совѣта сѣверо-германскаго союза ⁴⁾.

Конгрессъ, анкета и обсужденія послѣдней комиссіей союзнаго совѣта указывали не только на направленіе, которое должна принять реформа ипо-

¹⁾ Mascher, das deutsche Grundbuch. u. H.-Wesen. Berlin 1869.

²⁾ Такъ получилось знаменитое изданіе Мейбома: „Deutsches H.-R.“, гдѣ отдѣльные томы обработаны отдѣльными юристами для отдѣльныхъ странъ.

³⁾ См. лит. выше работы этихъ юристовъ.

⁴⁾ Enquête über das Hyp.-Bank-Wesen. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Bundes-Rathes des Norddeutschen Bundes für Handel und Verkehr betreffend die Enquête über das Hyp.-Bank-Wesen. Berlin 1868.

течнаго права, но не менѣе того и на истинное значеніе реформы для борьбы съ безкредитницей, именно, на ея относительное значеніе и на важное значеніе мѣръ чисто экономической политики, какъ-то: учрежденіе банковъ, амортизацію, даже невостребуемость долга, обязательное умѣренное соотношеніе его съ цѣною подвижимостей и т. д. Особенно интересны: для конгресса—работа Lette ¹⁾, для анкеты и сужденій о ней—мнѣнія Lasker ²⁾, Husekorn ³⁾, Meding ⁴⁾, (Groth ⁵⁾ и Rodbertus v. Jagetzow ⁶⁾. Въ связи и въ духѣ работъ конгресса и анкеты стоятъ и работы, отчасти вышедшія даже раньше, отчасти же позднеѣ ихъ, какъ-то: работы Saenger, Berndt, Willmanns, Bekker и др. ⁷⁾.

Въ концѣ 60-хъ гг. совершается крутой поворотъ и въ экономической теоріи, повліившій на взглядъ на ипотеку какъ на правовую форму реального кредита. Если уже и раньше проскальзываетъ идея о томъ, что реальный кредитъ долженъ покоиться на началѣ невостребуемости капитальнаго долга, то это больше подсказывается чутьемъ и не идетъ дальше эмпирическаго сужденія. Но вотъ, въ 1868 г. знаменитый экономистъ Робертусъ-фонъ-Ягетцовъ подводитъ подъ назрѣвшую въ жизни идею твердыя теоретическія основы и отликаетъ въ пластическую форму начало: „реальный кредитъ долженъ покоиться на началѣ ренты, а не ипотеки“ ⁸⁾. Доводы: „землевлдѣніе имѣетъ лишь доходную, а вовсе не капитальную цѣнность. Подходная цѣнность опредѣляется чистымъ доходомъ. Отсюда, чистый доходъ и доходная цѣнность даютъ единственную мѣру цѣны сельско-хозяйственныхъ участковъ. Отсюда же и всѣ относящіеся до землевлдѣнія юридическія сдѣлки должны быть припорочены и расчитаны на эту доходную цѣнность, и только вѣчная рента должна продаваться, дѣлиться и обременяться долгами“. Ученіе Родбергуса, подсказанное самими условіями времени (переобремененіе недвижимостей ипотечнымъ кредитомъ и испытываемая землевлдѣльцами тяжесть послѣдствій), нашло много сторонниковъ среди землевлдѣльцевъ и экономистовъ, по въ средѣ юристовъ оно встрѣтило сдержанный пріемъ и сомнѣніе въ правильности его ⁹⁾, а для ипотечной реформы оно явилось уже неудобно и въ законодательныхъ сферы не успѣло проникнуть; да и повизна ученія была уже слишкомъ значительна, чтобы законодатель, всегда сравнительно съ теоріей сдержанный и осторожный, могъ положить его въ основу правовыхъ измѣненій. Вліяніе ученія сказалось лишь позднеѣ, въ эпоху обработки имперскаго уложенія.

¹⁾ Das landwirthschaftliche Kredit und Hyp.-Wesen. Berlin 1868.

²⁾ Verhandlungen, 32.

³⁾ Eod. 125.

⁴⁾ Eod. 11.

⁵⁾ Eod. 41.

⁶⁾ Eod. 238.

⁷⁾ Цит. ниже.

⁸⁾ Rodbertus v. Jagetzow, Zur Erklärung und Abhülfe der heutigen Kreditnoth des Grund-Besitzes, Berlin 1868, также Verhandlungen, betreffend die Enquête, стр. 238.

⁹⁾ Willmanns, Zur Reform der Hyp.- u. Subst.-Ges.-Geb. Berlin 1868, стр. 13.

Въ 70-хъ гг. окончательно выясняется доминирующая роль Пруссии въ сѣверо-германскомъ союзѣ. Это кладетъ послѣдній и рѣшительный отпечатокъ на направление реформы. Прусское право претендуетъ на роль общаго германскаго права; отсюда оно, по идеѣ реформаторовъ, должно быть не только національнымъ, но и должно быть такъ организовано, чтобы примирить все дѣйствующія въ Германіи системы права, главнымъ образомъ, конечно, Ландрехтъ, Пандекты и Кодексъ Наполеона. Эта же идея объединенія заставляла правительство возможно снѣжнѣе съ реформой, намѣчая главное и не отбываясь вовсе деталей. Эпоха требовала обращенія спокойной законодательной работы въ орудіе нервной политики. Опьяняющіе успѣхи пруссаковъ въ войнахъ за объединеніе Германіи подъ эгидой Пруссии создавали повышенное настроеніе, когда все считалось возможнымъ, стоило только серьезно захотѣть¹⁾. Заглянемъ теперь въ содержаніе реформаціонной литературы 60-хъ гг.

II. *Отношенія права собственности.* Теперь уже немногіе стоятъ за существующую шотечную систему. Таковы жившіе лишь некоторыхъ юристовъ на съѣздѣ, да *Denkschrift* мин. сел. хоз.

Большинство же высказывается за публициеть собственности. Но и среди большинства намѣчаются двѣ группы юристовъ. Одна стоитъ за приобрѣтеніе собственности въ силу простого соглашения, безъ традицій, что касается отношенія сторонъ, но за публициеть записи приобрѣтенія въ отношеніи 3-хъ лицъ. И эта группа не многочисленная; она представлена Берлинскимъ юридическомъ обществомъ²⁾, *Lette*³⁾ и нѣк. др.

Другая, болѣе многочисленная, группа стояла за *Auflassung*. Уже *Meyer*, хотя онъ и не называетъ предлагаемой имъ организаціи *Auflassung*, имѣеть въ виду эту послѣднюю. Въ 1856 г. *Plathner*⁴⁾ вскрываетъ намъ новыя вѣянія правовой мысли 60-хъ гг. Обращаясь къ исторіи вопроса, *Plathner* приходитъ къ убѣжденію, что въ Германіи никогда не имѣлъ общаго правового значенія въ отношеніи приобрѣтенія поземельной собственности римскій принципъ „*traditionibus dominia rerum transferuntur*“. Тѣмъ менѣе онъ можетъ имѣть мѣсто со введеніемъ шотечной книги, вооруженной *publica fides*. И въ Ландрехтѣ *Plathner* безъ труда отыскиваетъ черты германскаго права, имѣнно публициеть переходовъ собственности. Если же судебная практика и практика министерства юстиціи толкуютъ Ландрехтъ въ духъ римской догмы, — то это лишь вѣдѣтіе неправильнаго пониманія или Ландрехта и устава 1783 г. Но и практика обнаруживаетъ колебанія. Авторъ стоитъ за возстановленіе поправной шотечи и торжество идеи публициета въ отношеніяхъ собственности, т. е. за водвореніе вотчинной системы на началѣ *Auflassung*. Ту же

1) Dernburg и. II. 72.

2) См. выше.

3) 14 стр.

4) *Die Grundzüge der Preuss. Hyp.-Verfassung u. deren Umsturz durch die neuere R. Wschaff.* Breslau 1856.

идею отстаиваетъ *Wormmann*¹⁾ и *Mascher*²⁾. Ее выдвигали и проекты *Conradtsche Entwurf* и *Einwurf* 1864, оба сдѣланные *Meyer*-у. Съ осторожностью за нее высказывается позднѣе *Bekker*³⁾, основательно уяснивъ въ ней не только надежную основу для отношеній по собственности, но и для твердости оборота съ шотечкой, а особенно съ выдвигаемымъ *Bekker*-омъ вотчиннымъ долгомъ, такъ какъ при вотчинной системѣ пассивная легитимация въ экзекуціонномъ производствѣ опредѣляется съ точностью вотчинной книгой, тогда какъ при шотечной системѣ книжный еще привлеченіе къ экзекуціонному производству послѣднее, чтобы отлучденіе дѣйствовало и противъ него. Однако, *Bekker* совѣдуетъ сообразоваться съ народнымъ воззрѣніемъ, чтобы не случилось въ жизни силой вещей двойной собственности, подобно римскимъ *ius in bonis* и *ius quiritium*. *Bekker* намѣчаетъ и огромныя послѣдствія вотчинной системы для матеріальнаго права. При послѣдствительно проведенной вотчинной системѣ не остается мѣста цѣльной теоріи вещнаго права; ее заступаютъ два существенно различныхъ отдѣла: право дѣлжимостей и недвижимостей. Въ правахъ недвижимостей имѣеть съ традиціей нечезаетъ и юридическое владѣніе, равно приобрѣтательная и нековая давность, какъ въ отношеніи собственности, такъ и въ отношеніи *ius in re aliena*. Владикаціонный некъ, *actio Publiciana*, юридическіе средства защиты владѣнія—все это сливается въ одинъ некъ; остается только различіе нека по роду нарушенія владѣнія: *rei vindicatio—actio negatoria*. Возраженія упрощаются; различіе *malae f.* и *bonae f. possessio* нечезаетъ. Выдвигается некъ о записи и отмѣтѣхъ, защищающій неца. Словомъ, право недвижимостей лишается свойствъ *bonae fidei* и обрацается въ *ius strictissimum*⁴⁾.

Вотчинную систему, покоющуюся на началѣ *Auflassung*, съ большой обстоятельностью отстаиваетъ и *Willmanns*⁵⁾ еще съ новой точки зрѣнія. Законъ долженъ быть выраженъ правовыхъ воззрѣній народа, для чего законъ долженъ провести простыя начала послѣдовательно, такъ какъ народное мышленіе просто, но послѣдовательно. Этой простотѣ и послѣдовательности отбываетъ только начало *Auflassung*, гдѣ приобрѣтеніе права собственности связывается съ точно распознаваемымъ моментомъ записи его въ шотечную книгу. Дѣйствующее право, какъ равно и предложеніе берлинскаго юридическаго общества, создаютъ фикцію, которой не терпѣтъ народное правовоззрѣніе. Что касается практическихъ соображеній въ пользу введенія вотчинной системы, то *Willmanns* повторляетъ тѣ же, которыя высказывались и до него. Упрекъ, дѣлаемый вотчинной системѣ за то, будто она

1) Цит. соч.

2) Цит. соч.

3) Цит. соч.

4) Эти измѣненія въ правѣ собственности и т. д. на недвижимости нѣсколько преувеличены. См. *Dernburg*, I, ученіе о собственности; также *Willmanns*, цит. соч. (ниже).

5) *Zur Reform der Hyp.- u. Substanz-Ges.-Geb.* Berlin 1868.

варушаетъ цѣльность учения о вещномъ правѣ, вноситъ въ единую область разные начала — *traditio* для движимостей и *Auflassung* для недвижимостей, *Willmanns* признаетъ совершенно неважнымъ. Миръ движимыхъ и недвижимыхъ вещей такъ существенно различны по бытовому значенію, что различная организація оборота ихъ вноситъ гармонию въ право, напротивъ, объединеніе ихъ является чистымъ насильемъ надъ природою вещей, одинаково пагубнымъ для обѣихъ половинъ вещей. Не болѣе оснований *Willmanns* усматриваетъ и въ опасеніяхъ, что вотчинная система создаетъ затрудненія и грозитъ той или иной сторонойъ ущербомъ въ моментъ пріобрѣтенія собственности, именно: будто при ней или отчуждатель, заравѣ получивъ цѣну, поспѣшитъ обременить недвижимость ипотеками, или пріобрѣтатель, получивъ записъ, поспѣшитъ обременить недвижимость ипотеками, тормозя уплату денегъ. Вотчинная система имѣетъ достаточно средствъ избѣгать такихъ затрудненій. *Willmanns* сомнѣвается и въ томъ, будто вотчинная система вноситъ столь коренныя измѣненія въ систему права, какія намѣчаетъ *Bekker*. Больше оснований опъ видитъ въ опасеніи, что жизнь обнаружитъ сопротивление вотчинной системѣ. Но опъ находитъ возможнымъ, въ цѣляхъ пріученія публики къ новому режиму, создать временно принудительность записи. А чтобы отъ послѣдней не страдало мелкое землевладѣніе, необходимо упростить и удешевить производство.

Вотчинная система, по *Willmanns*'у, не должна, однако же, непременно обнять все вещныя права; тутъ можно послѣдовать старому праву и освободить отъ записи пріобрѣтенія маловажныхъ и ясно выступающихъ и безъ записи вещныхъ правъ.

II. *Отношенія ипотеки*. По вопросу о реформѣ ипотечнаго права мнѣнія отличались, въ общемъ, болѣею солидарностью, хотя и тутъ встрѣчаются разногласія детального характера. Но тутъ вниманіе обратилось уже не только на реформу права, но и на экономическую политику.

Именно, изслѣдованіе причинъ упадка реального кредита приводило юристовъ и экономистовъ къ заключенію, что эти причины кроются не только въ недостаткахъ права ипотеки, но и въ измѣненіяхъ социальныхъ и экономическихъ отношеній послѣдняго времени, особенно же въ томъ, что рядомъ съ землевладѣльцемъ, все болѣе нуждающимся въ кредитѣ на повы и новыя потребности, выступили со спросомъ на кредитъ промышленники и государство, предлагающіе капиталисту выгоднѣйшія условія помѣщенія капитала, и, притомъ, въ простой правовой организаціи (бумаги на предъявителя). Чтобы поставить сельскаго хозяина при спросѣ на капиталъ въ возможно близкія условія съ его конкурентами, одна реформа права признавалась безцѣльной, такъ какъ самая простая и легкая правовая организація индивидуальной ипотеки все же не могла сузить капиталисту удобствъ при полученіи $\frac{1}{2}$ и осуществленіи права, какія давались бумагами на предъявителя, и т. п. Отсюда, индивидуальная ипотека все еще не могла выйти за предѣлы относительно тѣснаго круга лицъ, предлагающихъ капиталъ. На широкій же рынокъ сельскій хозяинъ можетъ разчитывать лишь тогда, когда

между нимъ и капиталистомъ будетъ посредникъ, который и облегчитъ капиталисту полученіе $\frac{1}{2}$ и осуществленіе права. — т. е. банкъ, организованный на тѣхъ или иныхъ началахъ (лучше всего на началахъ самопомощи землевладѣльцевъ, на началахъ взаимнаго кредита). Отсюда возникаетъ движеніе въ пользу развитія поземельныхъ банковъ. Но реформа права ирже знаетъ все же необходимую, она нужна для развитія самого банковаго дѣла, нуждающагося въ вѣрности операций, но она необходима и для индивидуальной ипотеки. Послѣдняя призывается къ конкуренціи съ организованнымъ банковымъ кредитомъ и къ исполненію послѣдняго, неизбежному въ виду того, что банковый кредитъ этой вещей не можетъ насытить потребности землевладѣльцевъ (какъ предприятие, затрогивающее интересы многихъ гражданъ, банкъ обязуется руководиться нормальнымъ уставомъ, опредѣляющимъ скромное $\frac{1}{2}$ -ое отношеніе есудъ къ цѣвѣ имѣній; какъ предприятие крупное, банкъ вынужденъ дѣйствовать по грубоватому шаблону, не приравниваясь къ особенностямъ отдѣльныхъ случаевъ; напротивъ — частное лицо, отдѣльный капиталистъ...) ¹⁾. На практикѣ индивидуальная ипотека ираетъ, конечно, и еще болѣе широкую роль.

По вопросу о томъ, какія измѣненія нужно внести въ право ипотеки, все сходится на томъ, что ипотека должна быть недоступна возраженіямъ изъ свойствъ личнаго требованія. Достиженіе этого считалось возможнымъ путемъ отрѣшенія ипотеки отъ личнаго требованія и возведенія ея въ самостоятельное право. Такая мбра мотивируется теперь уже не только практическими соображеніями, но и теоретическими, желаніемъ придать практичесскую окраску, сблизить ее съ организаціями германскаго права болѣе всего — *Reallasten* (но не *neuerer Satzang*, которая не была и вещнымъ правомъ и при которой вовсе не существовало обязанности должника къ положительному дѣйствію. къ уплатѣ долга, ставшему теперь излюбленной идеей. *Neuerer Satzang* могла служить только идеѣ эксекуціоннаго осуществленія ипотеки).

Но далѣе мнѣнія расходились. Одни предлагали сохранить связь личнаго требованія съ ипотекой, хотя-бы признавъ первое акцессоріемъ второй. Другимъ служило практическое соображеніе: личная отвѣтственность должника имѣетъ и при ипотека значеніе, такъ какъ облегчаетъ кредитору взысканіе $\frac{1}{2}$ овъ, предлагал ему право эксекуціи на движимости должника, а при послѣдующихъ ипотекахъ и въ случаѣ крайнихъ несчастій съ недвижимостью даже и при первой ипотека личная отвѣтственность является суррогатомъ ипотечной отвѣтственности ²⁾. Другіе же находили достаточнымъ для уграженія сущности

¹⁾ См. развитіе этихъ идей у *Willmanns*, *Zur Reform der Hyp.- u. Subh.-Ges.-Ges.* Berlin, 1866. ето же *Die Kreditoth der Grundbesitzer*. Berlin 1868; *Berndt*, *Der Kredit für den ländlichen Grundbesitz*. Berlin 1858. *Lette*. *Das landwirtschaftliche Kredit u. Hyp.-Wesen*. Berlin 1868; *Saenger*, *Reform des ländlichen Kreditwesens*. Bromberg 1857. *Bekker*, *die Reform des H.-Wesens als Aufgabe des nordd. Bundes*. Berlin 1867. *Bericht der Kommission der Iar. Ges. zu Berlin, betreffend den Entwurf* 1864. Berlin 1865 и друг.

²⁾ *Willmanns*, 15.

ствующихъ практическихъ неудобствъ, не отрѣшавъ принципиально ипотеки отъ личнаго требованія, установить лишь два начала формально-правового свойства: 1) запись ипотеки въ книгу имѣетъ послѣдствіемъ то, что землевладелецъ не можетъ сдѣлать никакихъ возраженій о правильности требованія противъ добросовѣстнаго цессіонарія; 2) ипотечное обязательство не связано впрямь существованіемъ личнаго притязанія, въ основѣ его лежащаго ¹⁾. Но теперь было уже не время надстроекъ надъ римской догмой; всѣ искали принципиальной переработки матеріальнаго права ипотеки и не довольствовались починкой стараго права.

Третьи настаивали на полномъ отрѣшеніи ипотеки отъ личнаго требованія, не допуская послѣднее и въ качествѣ аксессуарія къ ипотецѣ ²⁾, и называли новое отношеніе и новымъ именемъ: „вотчинный долгъ“ (Grundschuld) ³⁾. Слѣдовало бы ожидать, что при организаціи новой правовой фигуры—самостоятельнаго вотчиннаго долга—будутъ больше подчеркивать не разъ отмѣченный нами моментъ вещнаго германскаго права, имело обязательственный, чтобы этимъ восполнить недостатокъ личнаго отношенія при самостоятельной ипотецѣ. Однако, этого пока мы не встрѣчаемъ въ литературѣ, и творцы вотчиннаго долга больше подчеркиваютъ въ немъ свойства римскаго вещнаго права. Такъ, родоначальникъ вотчиннаго долга Беккеръ, требуетъ, чтобы вотчинный долгъ былъ самостоятельнымъ вещнымъ правомъ, сущность котораго сводилась бы къ правомочію отчужденія въ крайнемъ случаѣ обремененной имъ недвижимости, въ цѣляхъ извлеченія изъ цѣны недвижимости, по извѣстнымъ правиламъ, извѣстной суммы денегъ ⁴⁾. Но Беккеръ, тѣмъ не менѣе, конструируетъ отношеніе какъ Realobligation, только въ Realobligation Беккеръ подчеркиваетъ не obligation, а Real. И значеніе Realobligation у Bekker не то, что у позднѣйшихъ германцевъ той эпохи. У Беккера вотчинный долгъ (Realobligation) есть такое строго вещное право на недвижимость, въ силу котораго ссудатель капитала, за свою ссуду, приобретаетъ полномочіе извлечь изъ обремененной недвижимости, по формѣ и въ срокъ, опредѣленную денежную сумму; ссуда не порождаетъ тутъ никакого долга, а служитъ лишь матеріальнымъ основаніемъ для строгого вещнаго права, да и то скрытымъ. Идея долга живетъ развѣ только въ намѣреніи сторонъ, кредитующихъ въ формѣ Grundschuld. Беккеръ не занимается вопросомъ о неудобствахъ такой организаціи при взысканіи % а и т. п., когда приходится прибѣгать къ сложному механизму экзекуціи на недвижимость. Но Вилльманнъ намѣчаетъ такіяковыя и исходы видятъ не въ томъ, чтобы снабдить новое отношеніе обязательственнымъ моментомъ, а въ томъ, какъ мы видѣли, чтобы, оставалась вѣрнымъ римской догмѣ, установить аксессуарное отношеніе личнаго требованія къ вещному праву. Лишь позднѣе вотчинный долгъ стали конструировать.

¹⁾ Bericht der Kommission der Jur. Ges. zu Berlin, 20 стр.

²⁾ Laefer въ Verhandlungen der Enquête, 15 стр., Lette, Das landw. Kr. 47 стр., Bekker, 74 стр. и друг.

³⁾ Bekker.

⁴⁾ Стр. 75 eod.

какъ Realobligation, гдѣ выдвигали не столько Real, сколько Obligation, чтобы примирить бытовое возрѣніе на кредитное отношеніе, какъ долговое, — съ самостоятельностью ипотеки и сроднить послѣднее съ Reallasten. Такъ, Мейбомъ въ ученіи о мекленбургской ипотецѣ, Регельбергеръ въ ученіи о боварской ипотецѣ, Дерибуртъ въ ученіи о прусской ипотецѣ и другіе приписываютъ современной ипотецѣ свойства германскаго права, гдѣ притязанію ипотечнаго кредитора соответствуетъ на сторонѣ должника обязанность къ положительному дѣйствію. Должникъ осуждается не на выдачу вещи, а прежде всего на уплату и, въ случаѣ невыполненія этого обязательства добровольно, наступать экзекуціи на обремененную недвижимость. Но этотъ вещно-обязательственный моментъ ипотеки нисколько не измѣняетъ и не облегчаетъ положенія кредитора при осуществленіи его права.

Съ другой стороны, творцы вотчиннаго долга допускаютъ, чтобы рядомъ съ вотчиннымъ долгомъ могло быть устанавливаемо и личное обязательство, — только послѣднее предоставляется на волю сторонъ и не существенно для ипотеки съ самаго начала. Отношеніе личнаго обязательства къ вотчинному долгу будетъ тогда солидарнымъ.

Всѣ эти три направленія различались больше принципиально, чѣмъ практически. Для оборотоспособности ипотеки всѣ они вносили достаточно средствъ. Не одинакова была при нихъ лишь простота и прозрачность правоотношенія ипотеки, да легкость осуществленія ея.

По вопросу о возникновеніи ипотеки разногласій было мало. Всѣ, безъ различія отбѣнковъ, одинаково допускаютъ теперь и возникновеніе ипотеки съ самаго начала на имѣе собственника. Только одни, болѣе сдержанные, какъ Вилльманнъ, конструируютъ такую ипотеку какъ право въ состояніи полнаго покоя; другіе же, какъ Берлинское юридическое общество, приписываютъ и такой ипотецѣ дѣйствіе: въ конкурсѣ собственникъ получаетъ на нее долю цѣны недвижимости.

Больше разногласій мы встрѣчаемъ по вопросу о корральной ипотецѣ. Вилльманнъ и Берлинское юрид. общество стоятъ за доущеніе таковой, мотивируя, что такая ипотека облегчаетъ кредитъ мелкаго землевладнія. Напротивъ, другіе, какъ Lette, Gütze, Meyer и т. д., были противъ корральной ипотеки не только потому, что она крайне запутываетъ отношеніе, въ ущербъ специалитету, но и потому, что она оказываетъ и кредиту плохія услуги. Положимъ, 10 участковъ, по 100 марокъ каждый, обременяются одной ипотекой въ 100 марокъ. Всѣ они послѣ того теряютъ полный реальный кредитъ, такъ какъ послѣдующій кредиторъ не знаетъ, на какой участокъ падетъ взысканіе.

Главное вниманіе привлекаетъ теперь организаціи передачи ипотеки, такъ какъ именно циркуляція ипотеки и вызвала больше всего реформу и къ ней пригнозились всѣ измѣненія ипотечнаго права.

Болѣе умѣренные, какъ Вилльманнъ и Берлинское юридическое общество, стояли за установленіе двойной формы для передачи ипотеки, выборъ между которыми долженъ быть предоставленъ сторонамъ и которыми отбѣчали

бы двойному бытовому значению ипотеки, именно, цѣлится ли послѣдняя обезпечить устойчивый кредитъ, открываемый лицомъ, желающимъ удержать ипотеку все время въ своихъ рукахъ, какъ ранаго рода учрежденія, сберегательныя кассы, резервные фонды, страховыя общества и т. д., или же ипотека цѣлится замѣнить уплату, и лицо получаетъ ее на переходящее время, такъ что она по задачѣ является циркуляціонной, какова ипотека, обезпечивающая пастѣдственную выдачу, недоплаченную цѣну, кредитъ на выстройку и т. д.

При ипотекахъ перваго рода не такъ важна легкость передачи, какъ обезпеченность и легкость полученія $\%$ -а. Этимъ требованіямъ и удовлетворяетъ такая организація, гдѣ каждая перемѣна кредитора записывается въ книгу. Запись стоитъ хлопотъ, но кредиторъ получаетъ все выгоды, связанная съ записью. Онъ обезпеченъ, онъ освѣдомляется ad domum о всѣхъ перемѣнахъ, пронеходящихъ съ ипотекой, онъ получаетъ $\%$ безъ специальной легитимациі. Такова именно Buchhypothek.

При ипотекахъ втораго рода получаетъ значеніе легкость передачи, такъ такъ ипотека берется вмѣсто денегъ и предназначается къ дальнѣйшей уступкѣ на деньги. Этимъ требованіямъ удовлетворяетъ организація ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя или Blanco-Sigo (Brieftypothek). Зато объ эти формы затрудняютъ полученіе $\%$ -а и обезпеченность, затрудняютъ востребуемость долга и всякія извѣщенія кредитора о судьбѣ ипотеки. Единственное средство извѣщеній, возможное въ этомъ случаѣ, — публикаціи и преклюзии по нимъ — ненадежное. Отсюда Вилльмансъ и дѣлаетъ заключеніе ¹⁾, что индивидуальная ипотека нормально можетъ передаваться собственно только по первой формѣ, вслѣдствіе чего и институтъ можетъ служить только устойчивому кредиту; вторая форма грозитъ опасностями, и цѣли втораго рода ипотеки должны скорѣе же удовлетвориться организованнымъ банковымъ кредитомъ.

Болѣе смѣлые идутъ, однако, дальше и требуютъ, чтобы обновленная ипотека была возможно болѣе способна къ транспорту, а потому если и допустить выборъ, то лишь между бумагами на предъявителя и именными свидѣтельствами, уступаемыми по Blanco-Sigo. Таково, именно, мнѣніе Беккера ²⁾, большинства членовъ Берлинскаго юридическаго общества ³⁾. Летте ⁴⁾ и др.

Затрудненіе, возникающее при такой организаціи ипотечныхъ свидѣтельствъ при уплатѣ $\%$, востребованіи долга и т. д., полагають возможнымъ устранить созданіемъ купоновъ или возложеніемъ на ипотечное установленіе обязанности посредника.

Въ ученіи о прекращеніи ипотеки юристовъ особенно занимаетъ случай слиянія ипотеки съ собственностью въ однихъ рукахъ. Юристы пытаются такъ организовать это отношеніе, чтобы принципиально не допустить помы-

¹⁾ Стр. 25 и слѣд.

²⁾ 77—78 стр.

³⁾ Стр. 18.

⁴⁾ Стр. 51.

шенія послѣдующихъ ипотечныхъ кредиторовъ съ погашеніемъ предшествующей ипотеки. А въ то же время юристы считаются съ римскимъ догматомъ прекращенія болѣе узкаго права ипотеки при слияніи его съ болѣе широкимъ правомъ собственности. При такихъ условіяхъ начало сукцессіи ипотеки представлялось юристамъ inelegantia juris. И они воскрешаютъ ученіе v. der Hagen объ абсолютной Locus-Theorie, гдѣ собственникъ, какъ таковой, распоряжался бы мѣстомъ, освобожденнымъ отъ ипотеки, безъ боязни, что послѣдующія ипотеки повьсятся. Право собственника признается и въ конкурсѣ ¹⁾.

III. *Формальное ипотечное право.* Литературныя теченія стоятъ за полное проведеніе публицитета и специалитета, за начало консенза и ограниченіе легалитета ²⁾. Изъ начала консенза дѣлается выводъ къ введенію абстрактнаго волеизъявленія, а при абстрактныхъ волеизъявленіяхъ находятъ болѣе возможнымъ и введеніе легалитета къ изслѣдованію чисто-вѣщныхъ условій дѣйствительности сдѣлки. Конечно, логически мыслимо упраздненіе легалитета и безъ введенія абстрактныхъ волеизъявленій, какъ основы вещныхъ отношеній, какъ равно и обратное. Но исторически упраздненіе легалитета облегчалось введеніемъ абстрактнаго волеизъявленія.

Протестаціи допускаются только по требованію процессуальнаго судьи. Рекомендуется изготовленіе особыхъ межевыхъ картъ. Рекомендуется доступность ипотечной книги обзору всѣхъ гражданъ. Такъ же — возможная краткость и простота инструментовъ ³⁾. Рекомендуется упрощеніе самой организаціи ипотечныхъ установленій, имъ послѣднія должны быть единоличными; ⁴⁾ нѣкоторые требуютъ, чтобы они были и отдѣльными (отъ суда ⁵⁾), другіе рекомендуютъ до судебной реформы удерживать связь ихъ съ судами ⁶⁾. Третьи настаиваютъ, чтобы ипотечныя установленія отправляли и обязанности частно-правовыя, имъ посредническія, между должниками и кредиторами при уплатѣ $\%$ и т. п. ⁷⁾.

IV. Процессуальное и субстанціонное право также подвергается критикѣ, какъ волокитное и мало отвѣчающее условіямъ времени. Цѣльмъ ряда писателей намѣчается разнообразіе его измѣненія. Насколько послѣдній цѣлится придать производству быстроту и точность, настолько мы встрѣчаемъ солидарности во взглядахъ; по разногласію возникаютъ, когда рѣчь заходитъ о томъ, признавать или не признавать, что адьюдикація влечетъ прекращеніе всѣхъ ипотеки: если признать это, придется старѣйшія ипотеки поставить въ своемъ существованіи въ зависимость отъ менѣ надежныхъ ипотеки

¹⁾ Вилльмансъ, 22, 33; Беккеръ, 76, 77; даже Дерабургъ, Das Preuss. H. R. II и даже Gierke, Entwurf eines Bürg. GB.

²⁾ См. особенно Willmanns, стр. 29 и слѣд.

³⁾ Willmanns, стр. 31 и слѣд.

⁴⁾ Eod. 37; также Lette и Bekker.

⁵⁾ См. у Willmanns, 38.

⁶⁾ Willmanns, 38.

⁷⁾ Bekker.

и, сверхъ того, еще затруднить отчужденіе недвижимости, такъ какъ отчужденіе въ этомъ случаѣ будетъ возможно только за наличныя деньги; если же не признаютъ этого, — кредиторы рискуютъ, что обремененная недвижимость перейдетъ въ ненадежныя руки. Исходъ изъ такого положенія пахотили въ томъ, чтобы кредиторамъ, въ случаѣ субгастиціи обремененной недвижимости, было предоставлено въ опредѣленный преклюзивный срокъ востребованіе ипотеки¹⁾.

§ 84. Законодательныя мѣропріятія 60-хъ и 70-хъ гг.

I. Въ духѣ новыхъ идей правительству удастся прежде всего провести мѣстный законъ для Neuvorpommern отъ 21 марта 1868 г., содержащій вотчинно-ипотечную систему. Законъ былъ сочувственно встрѣченъ въ Neuvorpommern и ободряюще подѣйствовалъ на реформаторовъ.

Кромѣ того, въ Subbstitutions-Ordnung отъ 15 марта 1869 г. проводится и всевозможныя измѣненія въ правѣ экзекуціи на недвижимость, которыя цѣлились придать экзекуціи быстрый ходъ и надежнѣйшее дѣйствіе.

По инициативѣ союзнаго канцлера, удѣлявшаго достойное вниманіе ипотечной реформѣ, былъ изготовленъ и опубликованъ въ январѣ 1868 г. проектъ устава поземельныхъ книгъ для сѣверо-германскаго союза, повидимому, по идѣ Беккера, всѣ брошюры котораго, неразъ нами цитированная, представляетъ программу созданія для всего сѣверо-германскаго союза кредитнаго учрежденія на началѣ взаимности, которое и орудовало бы въ сферѣ ипотечнаго дѣла, опираясь на институтъ вотчиннаго долга. Проектъ также усвоилъ значительныя повшества; между прочимъ, въ цѣляхъ спеціалитета, предписывалось изготовленіе Grundkarten, на которыхъ бы отмѣчались границы всѣхъ записанныхъ въ ипотечную книгу имѣній съ геодезической точностью. Кромѣ того, въ проектѣ имѣлось въ виду возложить на ипотечныя установленія извѣстный родъ банковыхъ операцій. При такихъ широкихъ планахъ проектъ остался безъ движенія²⁾.

II. Между тѣмъ, скорѣйшее выполненіе реформы общаго прусскаго ипотечнаго права представлялось все болѣе необходимымъ, а, послѣ успѣшной реформы для Neuvorpommern, и легче осуществимымъ.

Какъ разъ въ это время въ палатѣ господъ возникъ поводъ, по случаю одной петиціи, снова поднять вопросъ о реформѣ, и въ засѣданіи 16 дек. 1867 г. было рѣшено выразить правительству ожиданіе, „что оно представить ближайшему же Ландтагу давно ожидаемый проектъ новаго ипотечнаго устройства на началахъ, указанныхъ палатой еще въ 1857 г.“.

Въ отвѣтъ на это ожиданіе правительство и представило обработанныя съ большой успѣшностью и богатые новшествами проекты матеріальнаго и формальнаго ипотечнаго права сессіи 186⁸/₉ г. въ нижнюю палату. За неходомъ сессіи, проектъ не былъ завершонъ обсужденіемъ, и въ 186⁹/₁₀ г. снова

¹⁾ Willmanns, 40 и слѣд., Bekker 79 и слѣд., Lette, 57 и слѣд.

²⁾ Dernburg u. Н. I, 58.

былъ представленъ уже съ поправками, подсказанными первымъ обсужденіемъ. На этотъ разъ проектъ былъ въ нижней палатѣ обсужденъ и принятъ, но въ верхнюю палату дошелъ такъ поздно, что не было времени его разсмотрѣть. По окончаніи войны, въ полбрѣ 1871 г., проектъ въ 3-й разъ былъ представленъ Ландтагу, именно палатѣ господъ, съ новыми поправками, подсказанными отчасти обсужденіемъ его въ нижней палатѣ, отчасти же критическими замѣчаніями, главнымъ образомъ появившейся послѣ опубликованія проекта съ мотивами въ 1869 г. и принадлежавшей большей частью — перу парламентаріевъ. Въ сессіи Ландтага 1871—72 гг. проекты подверглись новому тщательному обсужденію обѣихъ палатъ; при этомъ нижняя возстановила въ проектѣ смягченія новыхъ началъ, а палата господъ внесла во многомъ правительственный проектъ. По соглашенію обѣихъ палатъ, проектъ получалъ санкцію и сталъ знаменитымъ закономъ 1872 г. 5 мая.

1. Первоначальный проектъ¹⁾ покоился на слѣдующихъ коренныхъ основаніяхъ, заимствованныхъ имъ въ большой мѣрѣ изъ очерченнаго нами литературнаго движенія 60-хъ и 70-хъ гг., хотя и не безъ самостоятельныхъ мотивировокъ.

а) Производное приобрѣтеніе собственности рѣзко и послѣдовательно раздѣляется на личное соглашеніе сторонъ о приобрѣтеніи и на вещный договоръ, Aufassung, записываемый въ вотчинно-ипотечную книгу. Личное соглашеніе не производитъ болѣе Recht zur Sache и знаніе о немъ 3-го лица не означаетъ болѣе mala fides и не вредитъ дѣйствительности приобрѣтенія со стороны 2-го лица отъ книжнаго собственника. Вещный договоръ Aufassung и запись послѣдняго въ книгу только и создаютъ приобрѣтеніе собственности. При этомъ первоначально отправлялись отъ идеи, что центр тяжести приобрѣтательнаго акта лежитъ въ _____, и что запись оспаривается только въ случаѣ подлога, въ порядкѣ деликтнаго иска. Но уже въ 1869 г. допустили, что запись въ отношеніи первыхъ сторонъ оспаривается матеріальными основаніями, коренившимися не только въ Aufassung, но и въ личномъ соглашеніи объ отчужденіи; въ послѣднемъ случаѣ, оспариваемость осуществляется, однако же, скорѣе въ порядкѣ кондикціоннаго, чѣмъ виндикаціоннаго иска, такъ какъ Aufassung и запись абстрактныя акты. Въ первомъ же случаѣ, виндикаціонный искъ направляется скорѣе на исправленіе записи. Съ другой стороны, на основаніи личнаго соглашенія допускается искъ о совершеніи Aufassung. Aufassung совершается безъ указанія на личное соглашеніе и производитъ сама изъ себя приобрѣтеніе собственности. Aufassung и запись не содержатъ болѣе ссылки на свою causa и выступаютъ передъ ипотечнымъ установленіемъ, какъ абстрактныя акты. Aufassung влечетъ даже исцѣленіе формальныхъ недостатковъ личнаго волеизъявленія. Aufassung и запись, по идѣи перваго проекта, становятся въ отношеніи другъ къ другу едва ли не въ положеніе titulus и modus, по крайпей мѣрѣ во времени они мыслятся такъ

¹⁾ Die Preussische Gesetzentwürfe über Grund.-Eig. u. H.-Recht nebst Motiven Berlin 1869.

раздѣльно. Aufassung можетъ быть совершена гдѣ и когда угодно и передъ вочиннымъ установленіемъ выступать лишь формально-одностороннее и абстрактное письменное соизволеніе книжного собственника на запись права собственности на имя приобретателя. Традиція лишается всякаго юридическаго значенія. Она является послѣдствіемъ приобретенія по Aufassung и записи. Этимъ путемъ проектъ хотѣлъ устранить дублицитетъ собственности и поставить вочинный оборотъ на твердую почву публицитета. Въ то же время, отбрасывая виѣшнимъ образомъ Aufassung отъ causa, проектъ думалъ подорвать почву легалитета и тѣмъ легче порвать съ нимъ. Какъ бы то ни было, но мы не можемъ не замѣтить уже въ организациі вочиннаго оборота аналогіи съ вексельнымъ правомъ, которая открыто и указывается составителями проекта въ мотивахъ къ проекту, касающихся собственно ипотеки.

Аналогично приобретенію собственности регулируется въ проектѣ и приобретение вещныхъ правъ, хотя проектъ освобождаетъ отъ публицитета тѣ вещныя права, которыя или и безъ того ясно выступаютъ наружу, или же не имѣютъ сколько нибудь важнаго экономическаго значенія.

в) Проектъ усваиваетъ самостоятельность ипотеки, но понимаетъ ее своеобразно, и во всякомъ случаѣ скорѣе по-римски, чѣмъ по-германски. Вообще, въ проектѣ замѣчается аналогія строенія самостоятельной ипотеки со строеніемъ приобретенія собственности по Aufassung и записи. Именно, въ жизни, разсуждаютъ мотивы къ проекту, ипотека возникаетъ ради обезпеченія личнаго долгового отношенія и право не можетъ разрушить этого естественнаго свойства ипотеки; но, въ цѣляхъ надежности ипотечнаго оборота, проектъ находитъ возможнымъ, опираясь на предполагаемую волю сторонъ, придать ипотечному отношенію аналогичную съ векселемъ организацию, именно: обосновать возникновеніе ипотеки по записи ея въ книгу на одномъ только абстрактномъ соизволеніи собственника, не выводѣ на свѣтъ конкретнаго основанія этого абстрактнаго соизволенія. Тогда ипотека получаетъ самостоятельное существованіе, независимое отъ личнаго требованія, ею обезпечиваемаго, — напротивъ, она сама гарантируетъ исполненіе послѣдняго и, такъ сказать, тащитъ за собою личное долговое отношеніе. Это опять не только ставитъ ипотечный оборотъ на твердую почву публицитета, такъ что правовыя свойства ипотеки опредѣляются только книгой, но и облегчаетъ разрывъ съ легалитетомъ. Но это имѣетъ и рядъ другихъ послѣдствій. Главное такое послѣдствіе состоитъ въ томъ, что ипотечный искъ опирается только на фактъ записи ипотеки и направляется на удовлетвореніе только изъ заложенной недвижимости. Онъ свободенъ отъ всѣхъ возраженій, цѣль которыхъ — произвести недействительность иска изъ недействительнаго возникновенія долга; ибо послѣдній не есть фундаментъ иска. Искъ открыть лишь тѣмъ возраженіямъ, которыя или вытекаютъ изъ ипотечной книги, или утверждаютъ прекращеніе долгового отношенія въ отношеніи истребителя, такъ какъ эти возраженія доказываютъ, что цѣль ипотеки, обезпеченіе долга, отпала и ипотека матеріально болѣе не существуетъ. Ипотечный искъ открыть и тѣмъ возраженіямъ, которыя доказываютъ, что по-

течное право само возникло недействительно, напр., установлено подложно фальшивымъ собственникомъ или въ фальшивомъ документѣ. Но и тутъ до вѣрне къ ипотечной книгѣ вносить то ограниченіе, что приобретатель, не знающій или не участвовавшій въ событіяхъ, на которыхъ поконится возраженіе, защищается, другими словами, что всякое такое возраженіе принадлежитъ отвѣтчику непосредственно противъ каждаго истребителя, будетъ ли это первоначальный кредиторъ, или послѣдующій приобретатель ипотеки. Тутъ опять проводится аналогія векселя. Но проектъ, устанавливая начало, что ипотека по цѣли — акцессорна, а по установленію — самостоятельна, не ограничивается защитой 3-хъ лицъ, а идетъ дальше и исключаетъ возраженія изъ долгового отношенія даже противъ приобретателя ипотеки.

Тѣмъ же проектъ допускаетъ 30 дней для ехе. nom. рес.

По противъ личнаго притязанія должникъ защищается съ полной мѣрой, кто бы ни предъявлялъ такой искъ.

Оба иска допускаютъ соединеніе, если истребитель есть не только ипотечный, но и личный кредиторъ, а отвѣтчикъ — не только личный, но и ипотечный должникъ. И при соединеніи личный искъ имѣетъ преобладаніе, даетъ фундаментъ, а ипотечный — вноситъ только модификацію, заявляющую себя только въ экзекуціонной инстанціи. При такомъ соединеніи истребитель получаетъ полную свободу осуществить свои возраженія противъ фундамента личнаго притязанія и такимъ образомъ устранить ипотечное притязаніе.

Если первоначальный кредиторъ уступаетъ только ипотеку, цессіонарій приобретаетъ только ипотечный искъ; но первоначальный кредиторъ лишается все же и личнаго права требованія, чтобы должникъ не отвѣчалъ вдвойнѣ; отсюда, на личный искъ первоначальнаго кредитора должникъ получаетъ возраженіе объ уступкѣ кредиторомъ ипотеки. Въ тѣхъ же цѣляхъ кредитору запрещается уступка одного только личнаго требованія безъ ипотеки.

Исключеніе изъ очерченной догмы проектъ дѣлаетъ для ультимативныхъ и кауціонныхъ ипотекъ: при нихъ по существу дѣла съ самаго начала матеріальное отношеніе указывается въ книгѣ, и потому допускаются всѣ возраженія изъ матеріальнаго отношенія.

Когда недвижимость, обремененная ипотекой, отчуждается должникомъ въ 3-и руки, прежнее право сохраняло въ принципѣ личное долговое отношеніе кредитора и должника, а противъ новаго приобретателя ипотечный кредиторъ имѣлъ ипотечный искъ. Однако, потребности новаго ипотечнаго оборота заставили законодателя уже давно (Declar. v. 21 Mz. 1835) даровать кредитору личный искъ противъ новаго собственника недвижимости объ уплатѣ въ томъ случаѣ, когда покупатель участка принимаетъ ипотеку въ зачетъ цѣны, какъ будто этимъ вступаетъ и въ личное обязательство. Но это начало было проведено неуклюже; какъ будто должникъ цедитъ кредитору право о томъ, чтобы должникъ былъ освобожденъ отъ требованія. Проектъ ставитъ вопросъ на принципиальную почву: кредитору дается преclusiveный срокъ выбирать между личнымъ требованіемъ на должника и на новаго приобретателя недвижимости. Если онъ молчитъ, законъ признаетъ

это за согласие его на экзекуцию прежнего должника и обязанность приобретателя недвижимости. Так примиряются интересы всех сторон.

Последующие кредиторы открыто лишаются права оспаривать предшествующую ипотеку.

Допускается ипотека собственника с самого начала, при чем эта ипотека имеет действительность в субгастац; оправдание проект видят в том, что субгастац утрачивает собственность на участок с объявлением приговора о присуждении вещи с торгов, и при распределении цены он владеет ипотекой уже не как собственник и может осуществить ее как движимость.

Но корреспондент ипотека допускается проектом. Проект не допускает ипотечных свидетельств на предъявителя, но не связывает cessis обязанностью записи.

Бланкоцессии не допускаются проектом, кроме первого перехода ипотеки собственника из рук последнего в первые 3-ьи руки.

Протестации допускаются только по решению суда. Jus offerendi исключается. В духе измененной материальной права изменяются и основания формального ипотечного права.

Предъявляя проект Ландтагу, правительственный комиссар Föhrster¹⁾ оправдывал его тем, что дело реформы перезрело в виду изменившихся условий жизни со времени кодификации Фридриха V., а министр юстиции Leonhard²⁾—ссылаясь на политические цели: объединение как разных прусских областей, так и всей Германии в правовом отношении. В этих целях проект призывается служить не новеллой, а кодификацией вочинного права.

2. Проект встретил в литературе не одинаковый прием. Больше или меньше согласно признается необходимость коренной реформы, в вид кодификации, на которую претендовал и проект, но уже не так дружно разделяется принятое проектом направление реформы. Прежде всего, проект упрекают в крайней афористичности, не согласной с природой кодификации.

Претендуя на роль кодификации, проект не обладает свойствами таковой. Он не обнимает всей регулируемой материи, подчас ограничивается казуистическими предписаниями и оставляет множество вопросов открытыми, так что судья не сможет разобраться в том, по какому праву разрешать открытые вопросы: старому или новому, а в последнем случае не будет иметь руководящих начал в новом законе. Это плод неосмысленности реформы³⁾.

¹⁾ Entwurf 1869, стр. 164.

²⁾ Eod. стр. 157.

³⁾ См. Hübner, Die Reformen auf dem Gebiete des Immo.-Sachen-Rechts. Breslau 1869; Ziebarth, Die Reform des Grundbuchrechts. Halle 1870; Bähr, Die Preuss. Ges.-Entwürfe über die Rechte an Grundvermögen. Jena 1870; Winter, Bemerkungen zu den Beschlüssen des preuss. Abgeordneten-Hauses über den am 8 Oct. 1869 vorgel. Ges.-Entwurf. Halle 1871. Dernburg в конце концов держится взгляда на закон 1872 г., как на новеллу, а не кодификацию. См. Das Preuss. HR. I и II.

Лишь не многие сочувствуют основным началам проекта в организации вочинного и ипотечного оборота и упрекают проект только за частности¹⁾.

Напротив, большинство осуждает самые основы проекта. Так, Winter изследует положение первоначального проекта о том, что переход собственности по записи не подлежит никакому оспариванию ни из личного соглашения, ни даже из вещного договора Auflassung, даже между первоначальными контрагентами, осуждает проект за чрезмерный формализм, который вовсе не требуется ипотечным оборотом и попирает интересы вочинных отношений, вводит такой порядок, при котором оплошность судьи может лишить человека недвижимой собственности, при котором, далее, распоряжение собственностью получает форму какой то экзекуции властью, и при котором ищущий имеет больше права на поданный ему грош, чем землевладелец на свою обыкновенную недвижимость. В виду этого Winter и требует, чтобы действительность записи зависела хотя от действительности записи и Auflassung придавали значение и личной сделки. Связать так или иначе личное отношение с вещным необходимо и в виду того, что составители проекта отклонили начало, по которому Auflassung исполняла бы внутренние пороки личного соглашения об отчуждении. Ибо, при таком отклонении, получается крайне странное явление: приобретатель получает собственность по Auflassung, а отчуждатель не имеет против него никаких средств, так как личное соглашение пороочно, а Auflassung—абстрактна²⁾.

Умаление значения Auflassung и преувеличение значения записи даже по исправлению отклоненного Винтером недостатка проекта в 1869 г. отмечают и другие критики, напр. Bähr³⁾. Бэр упрекает проект за непоследовательность, так как в случае добровольного приобретения все решает запись, а не Auflassung, тогда как в прочих случаях приобретения запись является уже только основанием легитимации собственника на распоряжение недвижимостью. Ради последовательности начал Бэр, подобно Винтеру, требует выдвинуть Auflassung. Бэр мотивирует необходимость того еще и тем, что в 1869 г. проект уже допускает оспориемость приобретения из пороков Auflassung и даже из пороков личного соглашения и усваивает таким путем как будто даже влияние bona f. на приобретение.

Но не мало возражений было сделано и о том, что проект, в сущности, не вполне устраняет дублицидность собственности, так как допускает иск о погашении неправильно совершенной записи⁴⁾. И это возражение было правильно, только тут дублицидность была сведена уже к тому

¹⁾ Hübner, цит. соч.

²⁾ Winter, стр. 4 и след., особ. 8 стр.

³⁾ Стр. 75, особ. 78 цит. соч.

⁴⁾ Ziebarth, стр. 15 и след.; против него—Bähr, 128 и след.

минимуму, который неизбежен при вотчинной системѣ, насколько она не проводитъ полного формализма и оставляетъ мѣсто осуществленію матеріальнаго отношенія въ исправленіе формальнаго состоянія.

Какъ бы то ни было, но правительство вняло голосу критики и въ проектѣ, представленномъ въ 1871 г. отношеніе *Auflassung* и записи измѣняется. *Auflassung* и *Eintragung* третируются уже какъ единое цѣлое, формальный вещный договоръ, гдѣ *Auflassung* даетъ содержаніе, а *Eintragung* служитъ ему формой, *Auflassung* и *Eintragung* и совершаются теперь одновременно въ самомъ вотчинномъ установленіи. *Auflassung* облекается въ устную форму. И этотъ единый вещный договоръ, такимъ образомъ, долженъ быть въ цѣломъ дѣйствителенъ, т. е. пороки *Auflassung* опорочиваютъ и записи. А сверхъ того въ отношеніяхъ первыхъ лицъ допускается и оспариваніе отчужденія изъ пороковъ личнаго соглашенія, хотя вещный договоръ остается абстрактнымъ при его совершеніи, и актъ личной сдѣлки не представляется ¹⁾, такъ что оспариваніе отчужденія совершается въ порядкѣ *condictio*.

3. Еще болѣе возраженій встрѣтила теорія самостоятельной ипотеки. Эта теорія, замѣчаетъ Ziebarth ²⁾, отирается отъ личнаго взгляда Förster ³⁾, будто самостоятельный вотчинный долгъ невозможенъ, а пужно непременно личное требованіе при ипотекаѣ. Не правда, Bremer ⁴⁾ доказалъ, что мыслимо и полномочіе извлечь изъ вещи путемъ отчужденія известную сумму денегъ. Это и есть простое и ясное понятіе вотчиннаго долга. Проектъ же впадаетъ въ путаницу, такъ какъ по нему выходитъ, съ одной стороны, что ипотека немислима безъ долгового личнаго отношенія, а, съ другой стороны, что ипотека тащитъ за собою недѣйствительный личный долгъ. И все это придумано для оправданія востребуемости ипотеки. Положимъ, самостоятельная ипотека будетъ *contradictio in adjecto*. По тогда придадимъ новому юридическому явленію и новое имя *Grundschild*. Это явленіе — плодотворное для оборота. На немъ и сдѣласть остановимся.

Bähr ⁵⁾, чаще всего солидарный съ Ziebarth'омъ, въ общей критикѣ теоріи самостоятельной ипотеки проекта дѣлаетъ еще новый упрекъ проекту. Именно, такъ какъ проектъ хочетъ, въ сущности, вотчиннаго долга, то, какъ ни хорошъ послѣдній, его нельзя павязать всѣмъ, такъ какъ онъ является *Wechselhypothek*, законъ же не павязываетъ всѣмъ личнымъ долговымъ отношеніямъ вексельную форму. Отсюда Bähr первый вноситъ идею одновременной организаціи ипотеки и вотчиннаго долга. Bähr упрекаетъ проектъ и за то, что онъ не допускаетъ возраженій на ипотеку даже противъ перваго ея приобретателя. Этому не знаетъ и вексельное право! Да и мотивы тому подысканы чисто теоретическіе, а не практическіе. Winter, бо-

1) См. Werner, die Preuss. Gr. u. H.-Ges. v. 5 Mai 1872 nebst Materialien. Berlin 1872. II, 15 стр.

2) 6 стр. и слѣд.

3) Förster, Privatr. 2 Aufl. III, 367.

4) Нур. u. Grundsch. Göttingen 1869.

5) Стр. 86 и слѣд., особ. 106.

лѣе сдержанно относящійся вообще къ новшествамъ проекта, находилъ бы возможнымъ остаться и вовсе при одной акцессорной прежней ипотекаѣ, оградивъ ее отъ возраженій, не опирающихся на ипотечную книгу ¹⁾. Тѣмъ болѣе онъ возстаетъ противъ недопустимости возраженій на ипотеку даже въ непосредственныхъ отношеніяхъ первыхъ контрагентовъ.

Было сдѣлано не мало и детальнаго возраженія на проектъ и, притомъ, съ разныхъ сторонъ, въ духѣ известныхъ уже намъ литературныхъ теченій 60-хъ и 70-хъ гг. ²⁾.

Однако, представленный въ 1871 г. проектъ остался глухъ къ критикѣ на его ипотеку.

4. Въ палатѣ господъ, въ комиссіи ея и въ общемъ собраніи снова раздаются очерченные упреки по адресу проектовъ, особенно же предъявляется требованіе, чтобы *Auflassung* была вооружена началомъ *bona fides*, и чтобы ипотека была организована въ 2-хъ формахъ: прежней, акцессорной, и новой, самостоятельной. Высказывались также и разныя другія пожеланія, въ духѣ литературныхъ теченій 60-хъ и 70-хъ гг.

Правительственный комиссаръ былъ противъ допущенія *bona f.* въ вотчинныхъ отношеніяхъ, такъ какъ это не отвѣчаетъ болѣе новѣйшему правообразованію въ области общаго права, откуда только начало *b. f.* и было воспринято въ Ландрехтѣ, но онъ соглашался допустить двойную организацію реального кредита, только хотѣлъ, чтобы въ отношеніяхъ вотчиннаго долга все рѣшалось содержаніемъ вотчинно-долгового свидѣтельства, насколько, впрочемъ, послѣднее не противорѣчитъ ипотечной книгѣ.

Однако, палата господъ внесла въ проектъ рядъ смягченій, направленныхъ на водвореніе *bona fides* въ вещныхъ отношеніяхъ, на защиту лица, получившаго по традиціи недвижимость, на большую зависимость *Auflassung* и записи отъ личной сдѣлки, въ основѣ ихъ лежащей, и на сохраненіе за ипотекой прежнихъ свойствъ ея, наряду съ допущеніемъ вотчиннаго долга. Но и вотчинный долгъ долженъ быть проникнуть началомъ *bona fides*.

5. Нижняя палата, напротивъ, въ лицѣ комиссіи возстановила начала, заложенные въ проектѣ, и отмѣнила смягченія, внесенныя въ проектъ верхней палатой, за нѣкоторыми исключеніями. Такъ, нижняя палата отвергла начало *bona fides* какъ въ вещныхъ, такъ и ипотечныхъ отношеніяхъ, и усвоила бланко-цессіи, какъ общую форму циркуляціи ипотечныхъ свидѣтельствъ.

А въ общемъ собраніи, гдѣ участвовали и нѣкоторые литературные критики проекта, какъ Baehr, Winter и др., все же были приняты рѣшенія комиссіи нижней палаты.

Раздались голоса (Baehr), чтобы, въ виду различнаго назначенія ипотеки и вотчиннаго долга (*Sicherungshypothek* и *Verkehrshypothek*), была проведена разница въ правѣ возраженій на нихъ, им. возраженія на ипотеку

1) Стр. 28, особ. 32.

2) См. труды тѣхъ же только что поименованныхъ юристовъ.

были расширены, а возражения на вотчинный долг ограничены, тогда как комиссия уравнивает в этом отношении оба вида ипотеки.

Но на это возражали (Langerhaus), что это значило бы вернуться к старому порядку и допустить на ипотеку возражения из личных отношений. С другой стороны, возражали и на то, чтобы вотчинный долг допускал возражения только из своего свидетельства, так как это привело бы к невозможному положению в случае погашения вотчинного долга в конкурс, и для вотчинного долга требовали той же основы возражений — им. шпотечной книги.

Но двоякая форма ипотеки все же была принята единогласно.

6. Палата господь уступила и согласилась с изменениями, внесенными нижней палатой ¹⁾.

§ 85. Материальное и формальное вотчинно-ипотечное право законов 5 мая 1872 года.

Так, в погонь за политическими успехами, путем взаимных компромиссов различных правовых направлений, в порядке законодательной горячки возникли законы 1872 г. 5 мая ²⁾, претендование на кодификацию вотчинного права в духе национальных германских правовых учреждений и в целях удовлетворения жизненных потребностей в реформы.

Попытаемся теперь очертить реформированное право.

I. Формальное право.

1. Книги. Основа вотчинно-ипотечной системы, им. вотчинная книга в существенном осталась прежняя, и, по прежнему, система эта применяется принудительно ко всем владениям. Каждый отдельный участок получает в книгу особый лист (Grundbuchblatt), составляющий самостоятельное целое и исключительный источник того, какие правоотношения установлены на данный участок ³⁾. С открытием такого листа записанный участок подчиняется *ius speciale*, данному с учреждением вотчинной системы ⁴⁾.

Подразделения листа вотчинной книги в существенном также стары. Новые законы изменяют лишь детали ⁵⁾. Поэтому прежние книги ведутся и впредь по старому формуляру, и только вновь изготавливаемые книги организируются по новым формулярам ⁶⁾.

¹⁾ Движение проектов в Ландтаг и обсуждение их там, см. у Werber, цит. труды, ч. I и II.

²⁾ Их два: материальное право вотчинное регулирует Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke u. Selbst. Gerechtigkeiten. Формальное право вотч. регулируется в Grundbuch-Ordg. Имется особое издание их в. Otto Fischer. Berlin 1895. Лучшая обработка их у Dernburg u. H., Das Preuss. HR., I и Dernburg, том II.

³⁾ § 1 и 7, GBO.

⁴⁾ Dernburg u. H. I, 83.

⁵⁾ § 7, 8 GBO.

⁶⁾ GBO. § 6.

В общем, листы вотчинной книги, согласно принципу специалитета, являются, по прежнему, Realfolien, так что система книг — реальная, по имениям. Для обозначения объекта, или предмета всех последующих записей служит Tibelblatt листа.

Но, повидимому, в ответ на неоднократно раздававшиеся жалобы о необходимости упрощения системы для мелкого, раздробленного землевладения, закон вводит листы, на титулы которых обозначается только собственник, предоставляя выбор системы вотчинному установлению ¹⁾. Однако, новшество не радикальное, и личный лист тут иной, чем во французском типе, так как в Пруссии и при личных листах имется спецификация имения, только в другом месте, им. в 1 отделе, так что на реальном листе переставляется место указания собственника и описания имения. Отсюда, специалитет соблюдается в обоих случаях ²⁾.

Дальнейшие записи, служащие обороту недвижимостей, находят свое место в 3-х отделах, — предных рубриках, — не произвольных, а указанных строем вотчинного права. Первый отдел открывает отношения собственности; второй — ограничения распоряжения и невозобуемые обременения; третий — возобуемые ипотеки и вотчинные долги ³⁾.

Листы отдельных имений объединяются в книги, а последние ведутся для отдельных общин, налоговых округов и т. п., в соответствии сложившемуся строю ⁴⁾.

По исключению, допускается объединение отдельных имений, принадлежащих одному лицу в одном вотчинном округе, на одном листе. Это объединение предоставляется вотчинному установлению и ставится в зависимость от того, чтобы объединение не вносило путаницы и затруднений в дело ⁵⁾. В действительности, затруднение тут неизбежно, раз вотчинная книга делится провести публицитет реального состояния имений известного округа, так как при объединении такого рода, для выяснения реальных отношений известного округа, иногда пришлось бы привлекать все вотчинные книги данного вотчинного установления, вследствие чего надежность поисков может быть сомнительной ⁶⁾.

Вотчинная книга снабжается внешним публицитетом уже на более широких началах, чем прежде. Доступность книги осмотру каждого желающего, как этого требовали литературные критики прежнего права, не была усвоена по практическим соображениям, как-то: опасение, что общедоступность книги повлечет бесполезное обременение вотчинных установлений, опасение за целостность книг, ненужное и нескромное вторжение в отно-

¹⁾ GBO. § 6.

²⁾ Dernburg u. H. I, 84.

³⁾ GBO. § 7—12 и формуляры к ним.

⁴⁾ § 1 GBO. Dernburg u. H. I, 85.

⁵⁾ GBO. § 13.

⁶⁾ Dernburg u. H. I, 85.

развѣ только въ отдаленномъ будущемъ. Дѣло въ томъ, что кадастръ, по своей задлчѣ, ограничивается приблизительной точностью измѣренія, фактомъ обладанія недвижимостью новаго владѣльца и т. д.

И если бы вотчинная система доврѣилась кадастровой системѣ въ текущей регистраціи объема имѣній, получилось бы вопіющее крушеніе вотчинной системы. Отсюда, указанія вотчинной книги на заглавномъ листѣ о величинѣ и составѣ имѣнія не могутъ до времени имѣть publica fides; скорѣе же, тутъ все остается по-прежнему.

4. *Производство.* а) По старому праву производство въ вотчинномъ установленіи было проникнуто началомъ легалитета, вслѣдствіе чего установленіе нерѣдко дѣйствовало въ вотчинномъ дѣлѣ ex officio, безъ инициативы сторонъ. Намъ уже извѣстно, какія нападки дѣлались на этотъ строй производства со стороны критической литературы. Въ отвѣтъ на это требованіе литературы и въ духѣ новыхъ условий реформированное право усвоило новый принципъ, именно принципъ консенза, или частной инициативы, въ силу котораго производство по общему правилу начинается только по инициативѣ сторонъ ¹⁾; установленіе же освобождается отъ обязанности блюсти интересы сторонъ безъ почива со стороны послѣднихъ.

Но судья все же остается стражемъ пріобрѣтенныхъ по вотчинной книгѣ правъ, и потому онъ можетъ исполнить требованіе сторонъ лишь тогда, когда ему представлены законныя предположенія, необходимыя для требуемаго измѣненія состоянія вотчинной книги. И въ этомъ отношеніи принципъ легалитета не потерялъ существенныхъ измѣненій. Различіе новаго права отъ стараго заключается тутъ въ томъ, что старое право требовало отъ сторонъ доказательства наступленія матеріальныхъ измѣненій въ состояніи права, подлежащихъ публикаціи въ вотчинной книгѣ (традиція совершилась, титулъ для новаго права возникъ), новое же право въ основу требованій записи полагаетъ одно соизволеніе лица, пассивно-заинтересованнаго въ записи, — отрѣшенное отъ всякой сауса выраженіе его воли, направленной на дозволеніе просимой записи.

Принципъ консенза, такимъ образомъ, дѣлится ограничить лежащую на судѣ обязанности, блюсти состояніе книги, изслѣдованіемъ простой личности юридическихъ условий дѣйствительности соглашения интересентовъ на запись. Соглашеніе это формализовано, оторвано отъ своихъ обязательственныхъ предположеній. Эта формализація есть также новшество, введенное реформой.

Соизволеніе или выражается непосредственно передъ судьей, или оно дается просителю записи, который и сообщаетъ его вотчинному установленію.

Соизволеніе не требуется, когда требованіе записи и безъ того представляется судѣ безспорнымъ, напр., основывается на судебномъ приговорѣ, обязывающемъ книжнаго собственника дать соизволеніе, или исходить отъ

¹⁾ GBO. § 30.

учрежденія, уполномоченнаго по закону осуществить запись въ вотчинную книгу.

Въ духѣ новаго права, просьба о записи требуется самостоятельная, отдѣльная отъ акта сдѣлки, на которой покоится соизволеніе. Просителемъ можетъ быть какъ книжный управомоченный, чье право затрогивается записью, такъ и тотъ, кто хочетъ пріобрѣсти право.

Въ цѣляхъ надежности системы, просьбы о записи и документы, на которыхъ основывается запись, должны совершаться въ судѣ или у нотариуса и явлены и засвидѣтельствованы тамъ ¹⁾.

б) Существенное значеніе имѣетъ предъявленіе просьбы въ установленіе, моментъ котораго и отмѣчается судьей на предъявленныхъ актахъ, такъ какъ имъ опредѣляется старшинство права и порядокъ записи послѣдняго въ вотчинную книгу ²⁾.

Весь ходъ производства и все, до вотчинной книги имѣнья относящееся, отражается на вотчинныхъ актахъ ³⁾.

в) Прѣжнее право вмѣняло судѣ въ обязанность и въ право вѣстопорнее изслѣдованіе предъявляемаго къ записи правоотношенія, не только со стороны внѣшнихъ условий дѣйствительности послѣдняго, но и со стороны внутреннихъ его свойствъ. Таковъ и былъ легалитетъ.

Новое право отказалось отъ легалитета, но только въ его чрезмѣрныхъ границахъ. Поскольку же въ легалитетѣ было заложено здоровое ядро, постольку онъ былъ удержанъ и впредь. И впредь судья является стражемъ правъ, записанныхъ въ вотчинную книгу, и принимаетъ мѣры къ соблюденію ихъ: отклоняетъ требованія, не опирающіяся на вотчинную книгу или несогласныя съ записанными тамъ правами; принимаетъ къ свѣдѣнію и прежде вступившія, но еще не записанныя просьбы, насколько онѣ видоизмѣняютъ состояніе книги, предполагаемое позднѣйшей записью.

Судья изслѣдуетъ со стороны формы и содержанія всѣ легитимационные документы, представляемые просителями, въ качествѣ уполномоченныхъ, представителей, преемниковъ права и т. д., такъ какъ все это служить предположеніемъ защиты правъ, пріобрѣтенныхъ записью. Рѣшеніе этихъ вопросовъ имѣетъ судебную природу.

Далѣе идетъ изслѣдованіе свойствъ просьбы и ея приложений съ той стороны, имѣется ли на лицо достаточная достовѣрность документовъ, твердость и дѣеспособность сторонъ, ясность субъекта и объекта, ясность отношенія и т. д.

Не допускается только изслѣдованіе юридическаго значенія сдѣлокъ, вызывающихъ запись, когда лицо дало согласіе на послѣднюю. Судья не изслѣдуетъ болѣе обязательственнаго отношенія сторонъ. Исключеніе устанавливается только для акцессорной ипотеки, но и тутъ судья констати-

¹⁾ GBO. § 30—41, 47. EG. § 3, 14, 19, 49, 53.

²⁾ GBO. § 42.

³⁾ GBO. § 18.

руетъ только фактъ, что согласіе къ записи и обязательственный актъ относятся къ одному и тому же основанію долга. Ислѣдованіе же матеріальное этого основанія долга воспрещается судью. И только когда просьба сама по себѣ или въ ссылкѣ на документы указываетъ явную противозаконность обязательства, то, за неимѣніемъ въ такомъ случаѣ юридически дѣйствительнаго согласія на записи, судья, по началу легалитета, отвергаетъ просьбу.

Новое право представляетъ свободному усмотрѣнію судьи рѣшеніе вопроса о томъ, какъ поступать съ просьбами, оказавшимися при ислѣдованіи ихъ не вполне удовлетворительными ¹⁾.

д) Основательныя просьбы удовлетворяются соответствующимъ приказомъ судьи о записи. Запись выполняетъ книговодъ ²⁾.

Запись рѣшаетъ вопросъ о переходѣ собственности въ случаяхъ добровольнаго отчужденія, о дѣйствіи вещныхъ правъ въ отношеніи 3-хъ лицъ, о возникновеніи права ипотеки и вотчиннаго долга ³⁾.

Но необходимо отличать механическую запись (Einschreibung) отъ правового понятія записи (Eintragung). Эта послѣдняя является сложнымъ актомъ. И центръ ея въ просьбѣ о записи, надлежаще обоснованной. Этой просьбой опредѣляется приобрѣтеніе права, она же вліяетъ и на рѣшеніе вопросовъ о bona fides приобрѣтателя, о вліяніи конкурса на приобрѣтеніе уже предъявленныхъ ипотекъ и т. д. ⁴⁾. Но полный публициатъ приобрѣтенія права получаетъ только съ механической записью, отсюда GBO и требуетъ, чтобы юридическая запись датировала съ момента механической записи ⁵⁾.

е) Лица, права которыхъ затрогиваются записи; отсюда — заинтересованныя лица извѣщаются о совершившейся записи ⁶⁾.

ф) Существеннымъ регуляторомъ дѣятельности судьи служить частно-правовая отвѣтственность его за нарушенія служебныхъ обязанностей виновнымъ образомъ. Это, съ одной стороны, обезпечиваетъ заботливость и точность дѣйствій установленія, а съ другой — усиливаетъ склонность судьи къ формализму и требовательность его къ публикѣ ⁷⁾.

Но если это было свойственно уже прежнему праву, то новое создаетъ еще и субсидіарную отвѣтственность государства, если чиновникъ не можетъ вознаграждать потерпѣвшаго ущербъ ⁸⁾.

г) Новый законъ усваиваетъ и институтъ отмѣтокъ, преслѣдующихъ разнаго рода цѣли. Но онъ устанавливаетъ иной порядокъ ихъ записи. Въ

¹⁾ GBO. § 46 и др., EG. § 19. Dernburg u. H. I, 118—128.

²⁾ § 43 GBO.

³⁾ Eg. § 1, 12, 18.

⁴⁾ GBO. § 43. Dernburg u. H. I, 130 и сл.

⁵⁾ GBO. § 44.

⁶⁾ § 57, 121 GBO.

⁷⁾ Dernburg u. H. I, 132 и сл.

⁸⁾ GBO. § 29.

то время какъ раньше отмѣтки могли заноситься и самимъ вотчиннымъ установленіемъ, теперь онѣ допускаются только по волѣ пассивно-заинтересованнаго, приказу суда и требованію власти, уполномоченной на требованіе окончательной записи. Новый порядокъ не только отмѣчаетъ началу консенза, но и вообще старается ограничить невыгодное вліяніе института отмѣтокъ на оборотъ ¹⁾.

h) Регламентация погашеній аналогична, въ общемъ, съ регламентаціей записей. Особенности ея будутъ указаны для ипотеки, такъ какъ большае всего касаются послѣдней.

i) Тамъ же будетъ указана и регламентация цессій и роль ипотечныхъ свидѣтельствъ, которыя теперь, по правилу, только и имѣютъ мѣсто при ипотекѣ. Вотчинное свидѣтельство, in vim recognitionis, теперь и не выдается ²⁾.

II. Право собственности.

1. Мы уже знаемъ, что реформаціонное движеніе стремилось устранить дублициатъ собственности путемъ усиленія формализма, т. е. приуроченія приобрѣтенія собственности къ записи въ книгу. Этотъ дублициатъ, какъ вѣрно замѣчаетъ Дербургъ ³⁾, не былъ въ сущности правовымъ, не означалъ внутренняго противорѣчія старой системы, а сводился лишь къ фактическимъ неудобствамъ стараго строя. Въ правовомъ смыслѣ дублициатъ и не существовалъ, и не могъ существовать. Книжный собственникъ, отчуждившій и традировавшій недвижимость, не былъ уполномоченъ устанавливать ипотеку на недвижимость, — онъ лишь фактически находился въ такомъ положеніи, что могъ злоупотребить принадлежащимъ ему, по виду, правомъ, такъ какъ все еще значился по книгѣ собственникомъ, слѣд. легитимировался на распоряженія имѣніемъ. Но онъ былъ отвѣтственъ за совершенную имъ гражданскую неправду передъ истиннымъ собственникомъ. Истинный же собственникъ могъ и установить ипотеку, но ипотека возникала дѣйствительнымъ образомъ только тогда, когда такой собственникъ запишетъ на себя имѣніе, на что онъ имѣлъ право.

Но все же практическія невыгоды прежняго строя были огромныя. Новый законъ и стремится ихъ устранить, стараясь въ большей мѣрѣ, чѣмъ прежде, связать матеріальное приобрѣтеніе съ записью въ книгу.

2. Всѣ проекты стояли на томъ, чтобы переходъ собственности былъ приуроченъ къ записи главнымъ образомъ только въ случаѣ добровольнаго отчужденія, въ прочихъ же случаяхъ чтобы принадлежало важное значеніе матеріальному праву. И въ этихъ случаяхъ хотѣли довольствоваться лишь тѣмъ, чтобы ограничить возможно краткимъ переходнымъ состояніемъ разладъ между формальнымъ и матеріальнымъ правомъ, для чего и искали мѣръ, косвенно принуждающихъ къ записи права. Законъ 1872 г. въ этомъ отно-

¹⁾ GBO. § 88, 89, 91, 92, 102, 119, 121; EG. § 8, 9, 16, 22, 27, 49, 58—60, 70.

²⁾ GBO. § 119 и слѣд. Выдается только свидѣтельство pro informatione. § 120.

³⁾ D. u. H. I, 233.

шении идет сравнительно средним путем и устанавливает начало, что, помимо случаев добровольного отчуждения, собственность на недвижимость приобретается согласно действующему до сих пор праву. И только право совершать Aufassung и обременять недвижимость потоками приобретателя получает съ записью приобретения в вотчинную книгу ¹⁾. Таким образом, право собственности, по-прежнему, приобретается тутъ по материальнымъ основаниямъ, и материальный собственникъ въ правѣ совершать всякаго рода распоряженія собственностью, но, чтобы эти распоряженія получили полную силу, другими словами чтобы совершать формальный актъ Aufassung и т. п. или быть осужденнымъ къ тому, онъ долженъ предстать свои права вотчинному установлению и записать свое право. Съ этой записью крѣпнуть и притязанія лицъ, производящихъ отъ него свое право. А для случая наследования не требуется даже и запись приобретения, чтобы наследникъ могъ распорядиться унаследованнымъ имѣниемъ ²⁾.

Законъ расчитываетъ, что интереса приобретателя будетъ достаточно въ этихъ случаяхъ, чтобы привести въ гармонию действительное и книжное отношеніе, ибо самыя важныя правомочія собственника и самыя опасныя для оборота, т. е. отчужденіе и обремененіе залогомъ, обусловлены въ значительной мѣрѣ записью приобретения. Дублицирата же тутъ не будетъ никакого, ибо во всѣхъ случаяхъ этой категоріи предшественникъ по праву, книжный собственникъ, лишенъ возможности распоряженія или и вовсе уже не существуетъ. Въ виду всего этого законъ находитъ излишне суровымъ приурочивать приобретение въ этихъ случаяхъ къ формальному моменту, т. е. къ записи. Но все же надо признать, что уступка материальному моменту приобретения дѣлаетъ возможнымъ въ такихъ случаяхъ продолжительное существованіе разлада между жизнью и книгою.

3. Но самый острый и самый опасный для оборота производный способъ приобретения недвижимости по сдѣлкамъ между живыми организуется закономъ 1872 г. на началѣ германской Aufassung, вновь призванной къ жизни послѣ долгаго упадка и организованной на новыхъ началахъ, въ приращеніи къ новымъ условиямъ оборота, — и записи. „По сдѣлкамъ между живыми собственностью на недвижимость приобретается записью перехода собственности въ вотчинную книгу, опирающейся на Aufassung“ ³⁾. Aufassung и запись мыслятся въ законѣ какъ единый непрерывный актъ, открывающий Aufassung и завершающийся записью въ книгу. Фактически Aufassung и запись могутъ раздѣляться, но юридически это единое цѣлое. Отсюда, съ момента совершения сторонами Aufassung, воспринимаемой въ вотчинные акты, прежній собственникъ уже не можетъ совершать распоряженій недвижимостью, хотя онъ еще и значится по книгѣ какъ собственникъ. Вотчинные акты вскрываютъ теперь фактъ Aufassung, и ихъ публичитетъ, провозгла-

1) Eg. § 5.

2) Eg. § 5. Ср. D. и Н. I, § 22.

3) EG. § 1.

шаемый и новымъ закономъ, оказываетъ тутъ свои услуги и находитъ себѣ объясненіе ¹⁾.

Но законъ принципиально требуетъ и принимаетъ мѣры къ тому, чтобы и фактически Aufassung и запись слѣдовали непосредственно одна за другою. Слѣдовательно, если раздѣленіе и произойдетъ, то лишь въ случаяхъ крайней необходимости, именно, когда вотчинное установленіе завалено работою. Aufassung недвижимости совершается путемъ изустнаго и непосредственно въ присутствіи вотчиннаго установленія совершаемаго волеизъявленія книжнаго собственника о томъ, что онъ соизволяетъ запись новаго приобретателя, и — волеизъявленія приобретателя о томъ, что онъ проситъ такой записи ²⁾. Причемъ соизволеніе на запись и просьба о записи означаютъ волю отчужденія и приобретения ³⁾. Aufassung является, такимъ образомъ, абстрактнымъ актомъ, отрѣшеннымъ отъ материальнаго основанія отчужденія. Въ то же время она имѣетъ природу вещнаго договора ⁴⁾. И действительность ея обуславливается по началамъ объ абстрактныхъ договорахъ. Абстрактный характеръ приданъ Aufassung, главнымъ образомъ, въ цѣляхъ ограниченія легалитета. Но Aufassung все же подлежитъ со стороны судьи изслѣдованію въ отношеніи условий ея действительности, какъ вещнаго договора; а вмѣстѣ съ тѣмъ абстрактная Aufassung отражается и на материальномъ отношеніи отчужденія. Именно, действительность ея не зависитъ отъ свойствъ материальнаго отношенія, въ основѣ ея лежащаго. Отсюда, приобретение оспоримо лишь на основаніи пороковъ самой Aufassung, и лишь въ этомъ случаѣ материально-управомоченный только и имѣетъ, по правилу, виндикаціонный искъ противъ книжнаго приобретателя; недостатки же личной сдѣлки влекутъ, по правилу, лишь кондикцію, когда они обуславливаютъ неправомерное обогащеніе ⁵⁾. Виндикаціонный искъ направляется на исправленіе книжной записи; а кондикціонный — на обратную Aufassung или же, если это уже не возможно, на вознагражденіе потерпѣвшаго. Но законъ смягчаетъ это, все еще суровое, начало и позволяетъ судѣ, по просьбѣ сторонъ, отмѣчать въ книгѣ основаніе Aufassung, если собственникъ того пожелаетъ ⁶⁾. И тогда Aufassung является уже конкретнымъ вещнымъ договоромъ.

Съ другой стороны, на основаніи личнаго соглашенія допускается требовать Aufassung судебнымъ порядкомъ. Судебный приговоръ, осуждающій отчуждателя на совершеніе Aufassung, замѣняетъ послѣднюю ⁷⁾.

1) Dernburg u. Н. I, § 23.

2) EG. § 2.

3) Dernburg u. Н. I, § 23.

4) Eod.

5) § 9, 10. Eg.: туманцо, обще и сбивчиво, — такъ что легко могутъ быть понямы въ томъ смыслѣ, что абстрактная природа Aufassung сводится только къ исключенію легалитета и не имѣетъ материальнаго значенія, гдѣ все остается попрежнему, т. е. приобретение оспоримо и въ порядкѣ виндикаціи, въ случаѣ пороковъ личнаго отношенія объ отчужденіи.

6) GBO, § 10.

7) § 3 EG.

Такимъ образомъ, значеніе абстрактнаго характера Auflassung не всегда сводится къ ограниченію судьи изслѣдованіемъ одного только вещнаго отношенія и недопущенію изслѣдованія личнаго отношенія, матеріально служащаго основаніемъ вещнаго отношенія, — а отражается и на матеріальномъ правѣ. На томъ же началѣ раздѣленія личнаго и вещнаго отношенія при отчужденіи покоится и другое новшество закона 1872 г., именно отиѣва Recht zur Sache. Знаніе приобрѣтателя о томъ, что отчуждатель уже рѣше вступилъ въ личное соглашеніе съ другимъ лицомъ объ отчужденіи недвижимости, не вредитъ болѣе приобрѣтенію ¹⁾. Съ усвоеніемъ новаго начала падаетъ чрезмѣрно широкое пониманіе bona fides. Но въ отношеніяхъ собственно вещныхъ начало bona fides остается и впредь. И 3-й приобрѣтатель, знающій, что отчуждатель не есть истинный вещно-управомоченный, хотя такимъ и значится по книгѣ, не можетъ ссылаться въ защиту своего приобрѣтенія и на вотчинную книгу, и его приобрѣтеніе подвержено оспариванію со стороны истиннаго управомоченнаго ²⁾.

Такимъ образомъ, и законъ 72 г. въ концѣ-концовъ придаетъ рѣшающее значеніе матеріальному моменту, истиннымъ собственникомъ онъ признаетъ матеріальнаго собственника и только въ дѣлѣ оборота онъ создаетъ легитимацию книжнаго собственника, какъ таковаго на распоряженія всякаго рода недвижимостью. Книжный собственникъ лишь презюмируется (praesumptio iuris) какъ настоящій собственникъ, пока противное не доказано ³⁾. Только въ этомъ смыслѣ книжный собственникъ признается и въ процессѣ о собственности какъ собственникъ. Именно ему принадлежитъ активная и пассивная легитимация въ процессѣ о собственности ⁴⁾.

Все же традиція лишена въ законѣ 72 г. всякаго юридическаго значенія; на искъ книжнаго собственника владѣлецъ не можетъ даже сдѣлать exceptio rei venditae et traditae ⁵⁾.

Подводя итоги праву собственности въ законѣ 72 г., мы должны сказать, что этотъ законъ не искореняетъ въ принципѣ, а только видоизмѣняетъ фактической дублициетъ собственности, какъ вообще нельзя искоренить его, пока рядомъ съ формальнымъ моментомъ сохранится значеніе и за моментомъ матеріальнымъ. Но все же законъ 72 г. свелъ дублициетъ къ минимуму, такъ какъ замѣнилъ традицію Auflassung и слилъ послѣднюю неразрывно съ записью въ книгу ⁶⁾.

III. Меньше всего новшества коснулись всякаго рода iura in re aliena. По общему правилу эти права возникаютъ и впредь безъ всякой записи въ вотчинную книгу, на основаніи прежняго права. Это и даетъ Дернбургу ⁷⁾

¹⁾ § 4 EG.

²⁾ § 9.

³⁾ Ср. D. и Н. I, § 21 и друг.

⁴⁾ § 7, ср. Dernburg u. Н. I, § 21.

⁵⁾ § 7 EG.

⁶⁾ Ср. D. u. Н. I, § 21. Тамъ же читатель найдетъ интересный очеркъ вліянія вотчинной системы на природу вещныхъ исковъ о собственности.

⁷⁾ D. u. Н. I, § 31.

право заключать, что въ отношеніи такихъ правъ сохранять свое дѣйствіе и традиція. Только для дѣйствія своего въ отношеніи 3-хъ лицъ права этого рода нуждаются въ записи. Тогда уже привступаютъ нѣкоторыя новшества. Именно, запись права такого рода проникнута общимъ новому праву принципомъ консенза. Только тутъ консензъ уже формально односторонній, въ противоположность Auflassung. Различіе объясняется относительной экономической маловажностью iura in re aliena, допускавшей полное примѣненіе къ этимъ правамъ новаго и опаснаго начала, безъ ущерба для кого-либо. Запись слѣдуетъ на основаніи односторонняго требованія книжнаго собственника. И это требованіе абстрактное, такъ что судья не изслѣдуетъ матеріальнаго отношенія, а довольствуется изслѣдованіемъ наличности условій дѣйствительности абстрактнаго волеизъявленія собственника. Но и въ этомъ своемъ значеніи запись не требуется при дѣломъ рядѣ экономически маловажныхъ вещныхъ правъ ¹⁾. Однако, запись такихъ правъ, конечно, оспариваема изъ матеріальныхъ основаній, аналогично записи собственности, какъ, съ другой стороны, управомоченный на такое право можетъ судебнымъ порядкомъ добиваться соизволенія собственника на запись ²⁾. Порядокъ правъ опредѣляется моментомъ записи ³⁾. Recht zur Sache и тутъ болѣе не допускается ⁴⁾.

IV. Ипотека и вотчинный долгъ.

1. Мы уже видѣли, какую крайне формалистическую организацію придавъ ипотеку проектъ 1868 г.; формализация ипотеки превосходила формализацию векселя, такъ какъ ипотека признавалась неоспоримой даже въ рукахъ перваго ея приобрѣтателя, тогда какъ даже вексель оспаривался, по германскому вексельному праву, въ рукахъ перваго ея приобрѣтателя. Формализация ипотеки достигалась путемъ недопущенія при установленіи ипотеки указаній на ея основаніе; мы видѣли, даѣе, какъ верхняя палата, по предложенію Бэра, усвоила на мѣсто единой ипотеки проекта двѣ организаціи: ипотеку и вотчинный долгъ, при чемъ ипотека должна была служить не дѣлу оборота, а только дѣлу обезпеченія личнаго отношенія (Sicherheitsh.), ради чего усиливалась болѣе прежняго ея зависимость отъ личнаго отношенія, ею обезпечиваемаго, и не допускалось при ней ипотечнаго свидѣтельства; а вмѣстѣ съ тѣмъ указывалось ея основаніе и обезпечиваемое ею личное отношеніе при записи; наоборотъ, вотчинный долгъ предназначался для оборота, отношеніе по нему тѣсно связывалось съ вотчиннодолговымъ свидѣтельствомъ, онъ долженъ былъ представлять собою самостоятельное вещное бремя, по идѣе не только независимое, но и не связанное юридически ни съ какими личнымъ обязательствомъ, а для наименьшей оспоримости его при записи не допу-

¹⁾ § 12, 13 EG.

²⁾ § 14 EG.

³⁾ § 17 Eod.

⁴⁾ § 15.

скалось и указание на основание его. Видѣли, наконецъ, какъ нижняя палата возстановила формальную самостоятельность ипотеки и умалила неоспоримость вотчиннаго долга, допуская на него рядъ возраженій изъ матеріальнаго отношенія, особенно противъ перваго прибрѣтателя, едва-ли, впрочемъ, не кондикціонной природы.

Послѣ всего этого законъ 1872 г. усвоилъ обѣ организаціи, не отвоя для нихъ особаго поля дѣйствія и во многомъ создавъ почву для сближенія ихъ по практическимъ послѣдствіямъ, какъ равно не придавъ ни одной изъ нихъ послѣдовательной и безупречной обработки.

2. *Возникновеніе ипотеки и вотчиннаго долга.* Законъ 1872 г. различно регулируетъ возникновеніе ипотеки и вотчиннаго долга.

а) Ипотека, по прежнему, остается акцессорнымъ правомъ и для матеріальнаго возникновенія предполагаетъ наличность обезпечиваемаго ею главнаго долговаго отношенія. Законъ 1872 года вовсе и не занимается регламентаціей основаній возникновенія ипотеки, предоставляя это общему гражданскому праву и, слѣд., не устраняя ни избылія случаевъ законной ипотеки, на которые издавна раздавались жалобы, ни судебной ипотеки, которую и въ Пруссіи осуждаютъ такъ же, какъ и во Франціи (Дернбургъ II § 16).

Наиболѣе распространенный и для оборота важный случай представляетъ собою, конечно, договорная ипотека.

Какое бы матеріальное отношеніе ипотека ни обезпечивала, она возникаетъ только путемъ записи въ ипотечную книгу ¹⁾.

По началу консенза, которое проводится въ законѣ 1872 г., для записи договорной ипотеки требуется соизволеніе собственника, указывающее, однако, основаніе ипотечнаго долга и сопровождаемое приложеніемъ долговаго акта.

Къ случаю судебной и законной ипотеки принципъ консенза, конечно, не примѣняется. Но запись ипотеки законной, по тому же принципу консенза слѣдуетъ, какъ и запись договорной ипотеки, только на просьбу интересента; вотчинное установленіе не дѣлаетъ ничего ex officio. Требуя указанія основанія ипотечнаго долга, законъ 1872 г. организуетъ ипотеку на менѣе формалистическомъ началѣ, чѣмъ онъ организовалъ переходы права собственности, гдѣ при *Auflassung* вовсе не требуется указаніе на личное соглашеніе о переходѣ собственности. Указанная организація ипотеки, конечно, больше отвѣчаетъ интересамъ матеріальнаго права, чѣмъ организація собственности, такъ какъ тамъ облегчается установленіе истинной гармоніи матеріальнаго и формальнаго права, чего нѣтъ тутъ. Но если мы спросимъ, почему законъ 1872 г. сохранилъ на ряду съ принципомъ консенза указаніе основанія ипотечнаго долга, и исключилъ это указаніе при *Auflassung* и при вотчинномъ долгѣ, то мы можемъ дать отвѣтъ: отчасти по явному недоразумѣнію, отчасти благодаря компромиссу между теченіями различныхъ законодательныхъ факторовъ. Недоразумѣніе состояло въ томъ, что составители про-

¹⁾ § 18.

ектъ, какъ и нѣкоторые ученые отождествляли указаніе основанія ипотеки и акцессорную ея природу. Желая сохранить послѣднюю, думали потребовать указанія основанія ипотеки. А между тѣмъ указаніе основанія важно, а не только мыслимо, и при самостоятельной ипотецѣ, и, наоборотъ, для установленія акцессорной ипотеки мыслимо абстрактное соизволеніе, безъ указанія основанія ипотеки. Компромиссъ же проявился тутъ между рѣшеніемъ верхней палаты, желавшимъ подчинить ипотеку въ самой широкой мѣрѣ личному отношенію и превратить ее въ *Sicherungshypothek*, для чего, дѣйствительно, нужно было не только указать основаніе возникновенія ипотеки, но и предъявить долговой актъ, и рѣшеніемъ нижней палаты, желавшей въ полной мѣрѣ оборотоспособной публичной ипотеки, *Verkehrshypothek*, на которую возраженія изъ личнаго отношенія ограничивались бы минимумомъ. Однако, если признаніе ипотеки акцессорной можетъ быть оправдано только тѣмъ, что ипотецѣ не хотѣли придавать значенія оборотовой, то требованіе указанія основанія ипотечнаго долга было крайне благотворнымъ дѣломъ, обезпечившимъ вполнѣ успѣхъ ипотеки ²⁾.

Въ остальномъ, соизволеніе ипотеки указываетъ точное имя кредитора, точное названіе недвижимости, точную сумму долга, % или безпроцентность требованія, начальный моментъ, съ котораго % начинается течь, и условія уплаты долга ³⁾. Если величина притязанія ко времени записи ипотеки еще не выяснилась, записывается высшая сумма, до которой недвижимость должна отвѣчать по ипотецѣ ⁴⁾. Эти требованія вытекаютъ изъ начала специалитета ипотеки и изъ начала недопущенія ипотеки на предъявителя.

Тѣмъ же (неосуществившимся) намѣреніемъ лишить ипотеку оборотоспособности объясняется и недопущеніе записи ипотеки съ самаго начала на имя собственника. Наконецъ, оттого же законъ не регулируетъ и ипотечнаго свидѣтельства, хотя и не запрещаетъ ⁵⁾.

Ипотека возникаетъ по записи, но запись сама по себѣ и при ипотецѣ имѣетъ значеніе лишь формальное, она не создаетъ матеріальнаго права, безъ матеріальныхъ условій дѣйствительности ипотеки; она оспорима, искъ изъ нея подверженъ возраженіямъ, когда ей не отвѣчаетъ матеріальное отношеніе; наоборотъ, наличность послѣдняго даетъ право лицу требовать судебнымъ порядкомъ осужденія собственника къ установленію ипотеки ⁶⁾. И только 3-й добросовѣстный прибрѣтатель ипотеки защищается въ своемъ прибрѣтеніи публицитетомъ книги (§ 38 п. 3 E.G.).

¹⁾ Законъ очевидно полагалъ, что ипотека, при наличности вотчиннаго долга, чаще всего будетъ служить цѣлямъ только обезпеченія требованій, а не кредитнаго оборота. Но въ жизни ипотека попрежнему обращается больше, чѣмъ вотчинный долгъ; отсюда и раздаются сава голоса въ пользу стрѣженія ипотеки отъ личнаго требованія. См. *Dernburg*, II кн. 2, отд. I.

²⁾ § 23.

³⁾ § 24.

⁴⁾ Жизнь, однако, зааетъ иптечныя свидѣтельства, и *Dernburg* уравниваетъ ихъ въ отношеніи значенія съ вотчинно-долговыми свидѣтельствами (§ 20). Это имѣетъ за себя то основаніе, что ипотека систематически выдвигалась жизнью къ обороту.

⁵⁾ § 19 п. 2 E.G.

в) Вотчинный долг по идее своей является самостоятельнымъ бременемъ на недвижимость. Хотя и онъ возникаетъ, по общему правилу, по поводу кредитнаго отношенія, но это послѣднее въ принципѣ не стоитъ съ нимъ въ такой связи, какъ съ ипотекой. Кредитное отношеніе является только основаніемъ матеріальной дѣйствительности вотчиннаго долга. И отъ сторонъ зависитъ — должно-ли рядомъ съ вотчиннымъ долгомъ установить и личное отношеніе, или ограничиться вотчиннымъ долгомъ.

Отсюда, личное кредитное отношеніе играетъ роль при возникновеніи вотчиннаго долга лишь ту, что оно является матеріальнымъ основаніемъ вотчинному долгу, но не главнымъ требованіемъ, обеспечиваемымъ вотчиннымъ долгомъ. При всемъ этомъ законодатель могъ бы не принявъ вреда, предписать, чтобы при установленіи вотчиннаго долга указывалось основаніе его возникновенія. Это содѣйствовало бы выясненію матеріальной истины въ отношеніяхъ первыхъ сторонъ и служило бы гарантіей матеріальной истины при самомъ остромъ формализмѣ института. Но именно этого законодатель не сдѣлалъ; основаніе вотчиннаго долга по закону 72 г. не указывается. Если мы спросимъ, почему законъ 72 г. не допускаетъ указанія основанія вотчиннаго долга, то отвѣтъ будетъ сходный, отчасти, съ тѣмъ, который былъ данъ для ипотеки: отчасти по недоразумѣнію, отчасти, вѣдѣтвіе компромисса, послѣдовавшаго въ ландтагѣ между различными факторами законодательной власти, отчасти, наконецъ, — подъ вліяніемъ мекленбургскаго права. Недоразумѣніе могло состоять въ томъ, что неуказаніе основанія смѣшивали съ отрѣшеніемъ вотчиннаго долга отъ личнаго отношенія, послужившаго ему матеріальнымъ основаніемъ. Но мы уже знаемъ, что это различныя понятія. Компромиссъ могъ состоять въ томъ, что сначала думали не допускать на вотчинный долгъ никакихъ возраженій изъ матеріальнаго основанія, кромѣ только возраженій о подлоге и т. п., даже въ отношеніяхъ первыхъ сторонъ; позднѣе же, именно въ ландтагѣ сдѣлали отъ этого начала рѣшительныя отступленія, которыя въ извѣстной мѣрѣ усвоилъ и законъ 1872 г. и при которыхъ неуказаніе основанія вотчиннаго долга являлось только излишнимъ затрудненіемъ для осуществленія оспариванія вотчиннаго долга.

Именно, хотя, по началу консенза вотчинный долгъ возникаетъ по абстрактному соизволенію собственника недвижимости, безъ указанія основанія правоотношенія, тѣмъ не менѣе вотчинный долгъ оспоримъ изъ матеріальнаго основанія, хотя и въ порядкѣ *condictio*, а на искъ изъ него допускаются возраженія отсюда; съ другой же стороны, наличность матеріальнаго основанія управомочиваетъ лицо требовать судебнымъ порядкомъ отъ собственника установленія вотчиннаго долга. Другими словами, вотчинный долгъ организованъ на началахъ, сходныхъ съ *Aufassung*, и неуказаніе основанія при немъ означаетъ не болѣе того, какъ неуказаніе при *Aufassung* личнаго отношенія объ отчужденіи недвижимости, т. е. матеріальное отношеніе не вскрывается при установленіи вотчиннаго долга, но дѣйствуетъ въ различныхъ направленіяхъ.

Тѣмъ не менѣе, это неуказаніе основанія крайне затрудняетъ устано-

вленіе матеріальной истины отношенія. Проектеры вотчиннаго долга этого-то и добивались, полагая, что это привлечетъ кредитъ къ вотчинному долгу, такъ какъ даже въ рукахъ перваго приобретателя вотчинный долгъ будетъ уже трудно оспоримымъ. Однако, какъ правильно замѣчали критики проекта, такая организація вотчиннаго долга поощритъ только мошенниковъ, не оказывая услугъ добросовѣстнымъ лицамъ. Для оборота важно, чтобы 3-и добросовѣстные приобретатели были защищены отъ возраженій и споровъ въ своемъ приобретеніи; между первыми же приобретателями, напротивъ, полезно организовать отношеніе такъ, чтобы форма не поглощала содержанія. Иначе лицо, получившее вотчинный долгъ ради передачи 3-му лицу, можетъ вѣроломно осуществить его противъ довѣрчиваго собственника за свой счетъ и т. п.

Какъ бы то ни было, но неуказаніе основанія нѣкоторые разсматриваютъ какъ одну изъ причинъ, почему вотчинный долгъ, вопреки расчетамъ законодателя, не получилъ на практикѣ сколько нибудь значительнаго распространенія ¹⁾.

Но если вотчинный долгъ и является самостоятельнымъ бременемъ на недвижимость, то ничто не мѣшаетъ сторонамъ установить рядомъ съ нимъ и личное обязательственное отношеніе, которое тогда будетъ солидарнымъ съ нимъ.

Вотчинный долгъ, подобно ипотека, возникаетъ съ записью въ вотчинную книгу ²⁾. Эта запись слѣдуетъ на соизволеніе собственника, содержащее тѣ же моменты, какъ и соизволеніе на ипотеку, исключая только указанія на основаніе вотчиннаго долга.

Но такъ какъ вотчинный долгъ, по мысли законодателя, предназначался для широкаго оборота, то въ дѣлѣ возникновенія его уже придали значеніе выдачѣ вотчинно-долгового свидѣтельства. Законъ говоритъ, что кредиторъ можетъ распорядиться вотчиннымъ долгомъ, установленнымъ на его имя, лишь по полученіи указаннаго свидѣтельства ³⁾. Дернбургъ конструируетъ роль выдачи свидѣтельства такимъ образомъ, что къ моменту выдачи пріурочивается презумпція въ пользу матеріальнаго права кредитора ⁴⁾. Какъ бы то ни было, но вотчинно-долговое свидѣтельство призывается служить орудіемъ оборота съ вотчиннымъ долгомъ. Оно является носителемъ права, и всякое распоряженіе вотчиннымъ долгомъ слѣдуетъ на основаніи этого документа. Въ этихъ цѣляхъ новый законъ дѣлаетъ и новыя попытки упростить свидѣтельство до возможной степени ради легчайшей обзорности представляемаго имъ отношенія ⁵⁾.

¹⁾ Derburg II въ разныхъ мѣстахъ.

²⁾ § 18 EG.

³⁾ § 20 EG.

⁴⁾ II 83.—Это значеніе Дернбургъ тамъ же приписываетъ и ипотечному свидѣтельству, гдѣ выдача его имѣетъ мѣсто. Послѣдній взглядъ не вытекаетъ изъ закона, но практика создаетъ основаніе и ему, сближая ипотеку съ вотч. долгомъ по оборотоспособности.

⁵⁾ Derburg II, § 18.

Такъ какъ вотчинный долгъ по идеѣ закона 1872 г. призывался къ широкому обороту, то законъ допускаетъ установленіе его съ самаго начала на имя собственника ¹⁾. И этотъ видъ ипотеки собственника даетъ собственнику право не только распоряженія вотчиннымъ долгомъ, но и получения на него въ конкурсѣ доли цѣны недвижимости, причитающейся на вотчинный долгъ. Такимъ образомъ это будетъ дѣйствительная ипотека, лишь ограниченная въ своемъ дѣйствіи въ томъ отношеніи, что кредиторъ-собственникъ не можетъ осуществить своего права судебнымъ порядкомъ; ограниченіе—естественное въ виду особенностей современной ипотеки, гдѣ право ипотеки направляется не на выдачу вещи, а на экзекуцію на недвижимость ²⁾.

Если собственникъ отчуждаетъ недвижимость, онъ становится полнымъ кредиторомъ ³⁾. Но и вотчинный долгъ не допускается на предъявителя.

Законъ допускаетъ превращеніе ипотеки въ вотчинный долгъ по волѣ сторонъ ⁴⁾, а судебная практика допустила потомъ и превращеніе вотчиннаго долга въ ипотеку ⁵⁾.

3. Объектъ ипотеки и вотчиннаго долга регулируется одинаково, конечно ⁶⁾,—и, притомъ, въ общемъ, въ прежнемъ духѣ; новаго то, что отвѣтственность поражаетъ и страховое вознагражденіе и вновь присоединенныя принадлежности недвижимости.

Законъ усвоилъ и корреальную ипотеку, ничего не сдѣлавъ для устраниенія создаваемыхъ ею затрудненій ⁷⁾.

4. Книжное требованіе и его объемъ, какъ мы уже видѣли отчасти выше, получаетъ въ новомъ правѣ точность и опредѣленность во всѣхъ случаяхъ. Но и законъ 1872 г. не могъ добиться тутъ полной точности. Прежде всего, въ порядкѣ возраженій и оспариванія книжной ипотеки и вотчиннаго долга можетъ измѣниться величина требованія. А главное, точность ипотеки подрывается тѣмъ, что рангу капитальнаго требованія слѣдуютъ и %'ы, сумма которыхъ колеблется въ зависимости отъ просрочки съ ихъ уплатой, высота которыхъ допускаетъ то же колебаніе (собственникъ въ правѣ повысить % до 5), такъ что въ концѣ-концовъ послѣдующіе кредиторы подвергаются неожиданностямъ, хотя и не столь значительнымъ. Наконецъ, рангъ ипотеки раздѣляютъ и издержки по записи, востребованію и осуществленію ипотеки ⁸⁾.

1) § 27.

2) Ниже.

3) § 28.

4) § 29.

5) Dernburg II 59.

6) § 30—33. Dernburg II, § 19—22.

7) § 42. См. Dernburg II, § 24.

8) Eg. § 30, 25 и друг. Dernburg II, § 25.

Не содѣйствуетъ опредѣленности, хотя по вѣрности и опредѣленна, и ультиматная ипотека и особенно распространенный видъ ея—кауціонная ипотека ¹⁾.

5. Уступка ипотеки и вотчиннаго долга, въ виду поставленной закономъ задачи обѣихъ организацій, регулируется различно для обоехъ правъ.

а) При ипотека законъ, какъ мы уже знаемъ, не выдвигалъ значенія ипотечнаго свидѣтельства какъ орудія оборота: онъ даже разсчитывалъ, что ипотека чаще всего не будетъ и связана съ выдачей такого свидѣтельства, а явится, по общему правилу, чисто книжной ипотекой (Buchhypothek). Отсюда, по правилу, ипотека должна была уступаться записью въ книгу ²⁾. Но законъ все же допустилъ ипотечныя свидѣтельства. При наличности ихъ или замѣняющихъ ихъ актовъ о существованіи книжной ипотеки законъ не требуетъ записи цессіи въ книгу ³⁾,—и не регулируетъ условій дѣйствительности цессіи. Отсюда ясно, что послѣдняя опредѣляется общимъ правомъ; а такъ какъ законъ не регулируетъ значенія ипотечнаго свидѣтельства для оборота, то судебная практика и теорія, принимая въ соображеніе предполагаемую закономъ роль ипотеки, приходитъ къ заключенію, что для перехода ипотеки по цессіи не имѣетъ рѣшительнаго значенія самая передача ипотечнаго свидѣтельства. Послѣднее, такимъ образомъ, не является орудіемъ обращенія ипотеки ⁴⁾.

Какъ право акцессорное, ипотека можетъ быть передана только вмѣстѣ съ личнымъ требованіемъ ⁵⁾.

б) Совсѣмъ иначе регулируется уступка вотчиннаго долга. По замыслу законодателя, вотчинный долгъ долженъ былъ и по общей своей организаціи, и по организаціи циркуляціи служить векселемъ, тяготеющимъ на недвижимость; отсюда, вотчинно-долговое свидѣтельство должно было явиться орудіемъ обращенія права и въ то же время третироваться какъ цѣнная бумага. Такъ дѣло поняла и судебная практика ⁶⁾. Вотчинный долгъ переходитъ по цессіи только со врученіемъ новому пріобрѣтателю вотчинно-долгового свидѣтельства ⁷⁾. Но больше того. Законъ допускаетъ уступку вотчинно-долгового свидѣтельства по бланковой цессіи ⁸⁾. Снабженный бланковой цессіей

1) Eg. § 24. Dernburg II, § 26, 27.

2) § 53.

3) § 54.

4) Dernburg II, § 28.—Лично Дерибурзь соглашается объ этомъ и объясняетъ все яснымъ представленіемъ судебной практики различія цессіи хирографарныхъ требованій и цѣнныхъ бумагъ, къ числу которыхъ судьбы систематически пріобрѣтали ипотечное свидѣтельство.

5) § 52.

6) Dernburg II, § 59.

7) Eod.

8) § 55.—Дерибурзь склоненъ допускать бланко-цессію даже въ видѣ простой подписи имени уступщика-кредитора (II стр. 220).

вотчинный листъ фактически обращается такъ же, какъ бумага на предъявителя ¹⁾.

Когда вотчинный долгъ предназначенъ служить обезпеченіемъ личнаго требованія, и уступается безъ уступки личнаго требованія, послѣднее гасится ²⁾.

Для % требованія при вотчинномъ долгѣ законъ 1872 г. усвоилъ и вовсе институтъ %-хъ квитанцій, гласящихъ на предъявителя ³⁾.

с) Тѣмъ не менѣе законъ регулируетъ и записъ уступки ипотеки и вотчиннаго долга, предоставляя ее усмотрѣнію сторонъ и регулируя въ общемъ духѣ начала консенза ⁴⁾.

d) Существеннымъ условіемъ оборотоспособности ипотеки является защита 3-го добросовѣстнаго возмезднаго приобретателя ея противъ незаписанныхъ возраженій изъ лица предшественниковъ по праву, другими словами — придаче ипотеки ордернаго качества. Только этимъ путемъ можно создать ипотеку широкой оборотъ. И тутъ законъ 1872 г., отвергнувъ увлеченія первоначальнаго проекта, усвоилъ различную точку зрѣнія для ипотеки и вотчиннаго долга, пригнѣвая къ ихъ предполагаемой задачѣ. На искъ изъ ипотеки возраженія изъ личнаго отношенія (конечно, и изъ свойствъ самой ипотеки) ⁵⁾ допускаются противъ 3-го возмезднаго приобретателя ея лишь тогда, когда онъ зналъ о нихъ до приобретенія или когда они явствовались изъ ипотечной книги. Такимъ образомъ, законъ устранилъ тѣ широкія сомнѣнія, которыя до него были извѣстны практикѣ.

На искъ же изъ вотчиннаго долга возраженія допускаются, не взирая на возмездность приобретенія его, лишь тогда, когда они принадлежатъ отъ вѣтчика непосредственно противъ даннаго истца, или когда они ясны изъ вотчиннаго свидѣтельства, или, наконецъ, когда событія, на которыхъ возраженія покоятся, были извѣстны истцу до приобретенія вотчиннаго долга ⁶⁾. Тутъ, слѣдовательно, рѣшаетъ дѣло вотчинное свидѣтельство. Однако, если между послѣднимъ и книгой существуетъ разница, то, конечно, рѣшаетъ дѣло книга ⁷⁾. Вотъ почему различіе ипотеки и вотчиннаго долга въ этомъ отношеніи и является не столь значительнымъ.

Не имѣютъ ордернаго качества кауціонныя ипотеки, а, по мнѣнію Дернбурга, его не слѣдуетъ признавать и за чисто книжной ипотекой ⁸⁾.

6. *Правотношеніе ипотеки и вотчиннаго долга.* а) „Съ записью ипотеки и вотчиннаго долга устанавливается для кредитора вещный искъ противъ собственника обремененной недвижимости. Этотъ послѣдній отвѣчаетъ,

1) Дернбургъ настаиваетъ, чтобы и юридически онъ третировался въ такихъ случаяхъ какъ бумага на предъявителя. II 221.

2) § 52 п. 2.

3) § 39.

4) § 53.

5) Derenburg, II 247 и слѣд.

6) § 38.

7) Такого мнѣнія держится именно Дернбургъ II 241 и слѣд.

8) II, § 33.

однако, лишь недвижимостью. Подлежащее осуществленію притязаніе кредитора управомочиваетъ послѣдняго на экзекуцію на недвижимость ¹⁾.

Такая формулировка, очевидно, цѣлилась предоставить ученымъ разбираться въ изслѣдованіи сущности современной ипотеки, ибо законъ одинаково отказывается предрѣшить взглядъ на строеніе созданной имъ ипотеки и вотчиннаго долга. Это было въ духѣ времени. И въ духѣ же времени Дернбургъ (II, § 35), въ редактированномъ Мейбомомъ изданіи, конструировалъ ипотеку и вотчинный долгъ, самими законами объединенные по существу, какъ Realobligation, повторяя въ мотивахъ къ тому уже не разъ передававшихся нами раньше соображеній. Но и къ закону 1872 г. всѣ эти соображенія относятся не въ большей степени, чѣмъ къ рапѣ очерченнымъ нами законамъ.

Искъ ипотечнаго, какъ равно и вотчинно-долгового кредитора, и тутъ могутъ быть конструированы, не въ ущербъ разуму предписаній закона, какъ строго вещный искъ объ экзекуцію недвижимости, который, какъ мы знаемъ, естественно направляется противъ собственника недвижимости и не можетъ имѣть иного направленія. Собственникъ же недвижимости, не въ ущербъ разуму предписаній закона, можетъ быть признанъ лишь управомоченнымъ на уплату долга, а вовсе не обязаннымъ къ тому. Исторія реформаціоннаго движенія опять даетъ поводъ къ двойному пониманію закона 1872 г. Практически реформаціонное движеніе сводилось къ эмансипаціи прежней, романизированной, но уже публичной ипотеки, отъ вліянія личнаго требованія и къ возведенію ея въ самостоятельное бремя на недвижимость, а теоретически реформаціонное движеніе, съ одной стороны, выдвигало идею ипотеки какъ германской Realobligation, а съ другой — идею эволюціи римской ипотеки, и если проекты 1863 и 1864 гг. примыкали къ первому направленію, то проектъ 1869 г. и критика на него, подавшая мысль организациі рядомъ съ ипотекой вотчиннаго долга, настаивали на второмъ направленіи. Сомнѣнія по вопросу о природѣ прусской ипотеки и вотчиннаго долга сопровождали и дальнѣйшее примѣненіе законовъ 1872 г. на практикѣ, причѣмъ суды своей формулировкой приговоровъ по ипотечнымъ искамъ уже склонялись въ пользу взгляда на ипотеку какъ Realobligation, и мы не знаемъ, чѣмъ завершились бы сомнѣнія, если бы не пришло на выручку романтистамъ имперское уложеніе. Послѣднее, воспринявъ почти весь партикулярный разнообразности современной ипотеки, съ особымъ предпочтеніемъ прусскихъ организацій 1872 г., даетъ и точную формулировку правоотношенія ипотеки и вотчиннаго долга и организуетъ ихъ какъ строго вещныя права. Тогда-то и въ литературѣ вопроса начинается реакція противъ взгляда на современную

1) § 37 EG. „Durch die Eintragung der Hypothek und der Grundschuld wird für den Gläubiger die dingliche Klage gegen den Eigenthümer begründet. Der letztere haftet nur mit dem Grundstück nach Maßgabe der §§ 30, 32. § 43: „Der hypothekarische oder Grundschuldgläubiger, dessen Anspruch vollstreckbar geworden, hat das Recht, auf gerichtliche Zwangsverwaltung und gerichtliche Zwangsversteigerung anzutragen.“

ипотеку и вотчинный долгъ какъ на Realobligation (Dernburg, Schwind, Mittelstein, Oberneck и др.). Въ виду этого намъ и представляется возможнымъ, ради цѣльности историческаго процесса, удержать нашъ взглядъ и на ипотеку и вотчинный долгъ 1872 г. какъ на строго вещное право, съ общей римской сущностью, хотя и оговориться, что по этому вопросу существовали временныя колебанія. Тогда мы получимъ для закона 1872 г. такіе результаты: при вотчинномъ долгѣ изъ кредитной сдѣлки не возникаетъ никакого долгового отношенія, а возникаетъ исключительно одно только вещное право, вотчинный долгъ, въ силу котораго управомоченный извлекаетъ определенную цѣнность изъ недвижимости, въ срокъ и въ формѣ, закономъ установленныхъ. Кредитная сдѣлка служитъ однимъ только матеріальнымъ основаніемъ вотчинному долгу. Кредитное отношеніе получаетъ въ правѣ строго вещную организацию, не воспринимашую и ничѣмъ не обнаруживающую долгового характера облекаемаго имъ отношенія. Долговой моментъ организации выражается развѣ только въ ея бытовой роли: она служитъ формой кредита, да еще въ намѣреніи сторонъ кредитовать въ этой формѣ. Общая сущность явленія—старая, римская, но вся организация его новая, современная и, со старой точки зрѣнія, странная. Вещное право востребуется, приноситъ %, осуществляется въ порядкѣ экзекуціи и т. д. Но современная жизнь навязываетъ законодателю не мало странныхъ правовыхъ организаций, которыя всѣ цѣлятся отвѣтить разнаго рода новымъ практическимъ потребностямъ и которыя тѣмъ самымъ представляютъ настолько трудностей для ихъ конструирования, т. е. выраженія въ устоявшихся правовыхъ понятіяхъ, что въ наше время даже въ Германіи, странѣ конструктивныхъ увлеченій, раздаются голоса противъ конструирования и за то, чтобы довольствоваться однимъ только правовымъ принципомъ. Однако, именно нѣмцы находятся въ положеніи, особенно благоприятномъ для разрѣшенія всякаго рода конструктивныхъ сомнѣній. Обладавъ пандектной системой, нѣмцы въ то же время обладаютъ и системой германскаго права, полной самыхъ таинственныхъ правовыхъ идей и способной отвѣтить на самые сложные повѣйшіе вопросы правообразования. Привлекая то ту, то другую систему, представляющую, кстати сказать, сущихъ антиподовъ, или пуская въ ходъ обѣ вмѣстѣ, нѣмецкій юристъ способенъ конструировать самыя сложныя новинки правообразования, какъ бы послѣднія ни были далеки отъ круга идей, породившихъ тѣ системы. Такъ именно случилось и съ новинками ипотечнаго права. Какъ только ипотека оторвалась отъ римскаго права въ своей общей организационной, хотя и сохранивъ общую римскую сущность, нѣмецкіе юристы не задумались конструировать ее, какъ Realobligation. Конструкція не покрывала новой организации, и уложеніе отвергло ее. Тогда германисты немедленно же выдвигаютъ новую германистическую конструкцію, болѣе тонкую, вполне покрывающую самыя предписанія уложенія и вполне применимую къ организациямъ закона 1872 г. Мы не случайно отмѣчали въ разное время, что вотчинный долгъ, хотя онъ и ведетъ свое начало отъ римской идеи ипотеки, какъ строго вещнаго права, напоминаетъ и германскимъ средневѣковымъ кре-

дитными организациями тѣмъ, что при немъ кредитное отношеніе всецѣло выступаетъ передъ правомъ въ организационной вещнаго права, отсюда реальный кредитъ покоится на одномъ только довѣрїи къ вещи; идея же долга выступаетъ лишь въ намѣреніи сторонъ, да въ бытовой роли организации — въ ея служеніи кредиту. Отсюда мы и ссылались на сходство новаго явленія съ средневѣковыми германскими кредитными организациями, гдѣ также кредитное отношеніе выступало передъ правомъ въ организационной вещнаго права (aeltere Satzung) и гдѣ также идея долга выступала лишь въ намѣреніи сторонъ, да въ бытовой роли организации—въ ея служеніи кредиту. На этомъ-то сходствѣ современнаго вотчиннаго долга со средневѣковыми кредитными организациями и покоится новѣйшая германистическая конструкція кредитныхъ организаций уложенія, вполне сходныхъ съ таковыми закона 1872 г. Новая идея принадлежитъ Amira (Das Obligationenrecht der Nordgermanen I, 40), который высказалъ ее въ общей формѣ; Dernburg усвоилъ ее въ принципѣ для объясненія сущности кредитныхъ организаций имперскаго уложенія (Das bürg. Recht des deutsch. Reichs III, 577), а Schwind развилъ ее въ примѣненіи къ германскому залому древнему и современному (Wesen und Inhalt des Pfandrechtes). Сопоставляя ученіе Дернбурга и Швинда, мы можемъ охарактеризовать сущность вотчиннаго долга такимъ образомъ. Германскому праву извѣстны понятія Schuld и Haftung. Schuld означаетъ Leistensollen; Haftung означаетъ entstehen für den Fall, dass eine bestimmte Schuld nicht erfüllt wird. Но Schuld, или Leistensollen не означаетъ современнаго правового понятія обязательства; это не есть долговое отношеніе искомое; это не есть и неискомое, натуральное обязательство; а въ то же время по специально-германскому воззрѣнію оно есть и есть правовое, только германское правовое; оно настолько все же есть, что Дернбургъ и Швиндъ изъ него производятъ право собственника уплатить вотчинный долгъ и этимъ отклонить экзекуцію на недвижимость; но обязанности собственника на эту уплату Schuld не производятъ, равно кредиторъ не можетъ произвести зачета за этотъ Schuld того, что самъ онъ долженъ должнику; настолько Schuld оказывается юридически слабымъ. Лишь тогда, когда къ Schuld примыкаетъ Haftung (persönliche), отношеніе становится обязательственнымъ въ современномъ правовомъ смыслѣ. Но по германскому праву было возможно и то, что Haftung поражаетъ и лицо, и вещь. Тогда получается отношеніе, какое мы имѣемъ при современномъ вотчинномъ долгѣ, или какое мы имѣли при aeltere Satzung и т. п. Въ послѣднемъ случаѣ все право кредитора сводится къ извлеченію изъ недвижимости извѣстной цѣнности, именно кредитованной суммы; право кредитора есть строго вещное право, оно не содержитъ никакого обязательственнаго момента; но и лично должникъ не отвѣчаетъ за полученную имъ сумму, а между тѣмъ между сторонами существуетъ Schuld. И этотъ Schuld liegt zum Grunde ипотеки и вотчиннаго долга (Dernburg). Мы не можемъ передать этого Schuld иначе, какъ

выраженіемъ, которое уже не разъ употребляли, именно, что вещь-правовая организація кредитнаго отношенія имѣетъ бытовое долговое значеніе, такъ какъ служить дѣлу кредита. Но и это выраженіе мы предлагаемъ только какъ условное, ибо и оно въ точности не передаетъ существа Schuld. Этого то таинственный германскій Schuld и Sachenhaftung и примиряютъ нѣмцевъ съ романстическими по существу, но германстическими, и даже современными по своей общей организаціи, правовыми кредитными формами уложенія. Они вполне приложимы и къ организаціямъ Прусскаго закона 1872 г., и къ самостоятельной ипотеки Мекленбургскихъ уставовъ, и, наконецъ, ко всѣмъ организаціямъ современной ипотеки.

Въ виду этой-то ихъ гибкости и всеобъемлемости, и мы, не желая оспаривать нѣмецкаго правовоззрѣнія, особенно когда оно не идетъ противъ разума современныхъ мѣропріятіи и противъ исторической правды, готовы допустить новую точку зрѣнія, хотя и не безъ оговорки, что едва-ли время не принесетъ намъ конструкцій, которыя сумѣютъ вовсе обойтись безъ мистическихъ германизмовъ и примирять насъ съ тѣмъ фактомъ, что кредитное отношеніе безъ остатка выражается въ вещномъ правѣ.

6. Законъ 1872 г. вовсе не регулируетъ вопроса о соотношеніи личнаго требованія и ипотеки при осуществленіи, но съ организаціей вотчиннаго долга, въ принципѣ, возстановляется германское начало, по которому кредитъ поконитъ исключительно на довѣрїи къ вещи. Въ отношеніи же ипотеки, надо думать, все остается по старому, такъ, какъ сложилось на практикѣ.

А на практикѣ суровость даннаго Ландрехтомъ рѣшенія вопроса на случай, когда личный и ипотечный должникъ суть разные лица и когда первенствующая роль ипотеки особенно должна бы быть подчеркнута, привела къ косвеннымъ попыткамъ помочь дѣлу установленіемъ начала эксекуаціи должника при отчужденіи имъ имѣнія отъ личнаго долгового состоянія, именно, если должникъ зачисляетъ сумму долга въ счетъ цѣны за недвижимость. Эксекуація конструировалась какъ уступка со стороны должника ипотечному кредитору притязанія на обѣщанія пріобрѣтателя уплатить и личный долгъ¹⁾. Эта конструкція, крайне искусственная, не помогала все же должнику, такъ какъ кредиторъ могъ не согласиться на эксекуацію. Между тѣмъ, въ новой литературѣ общаго права принятіе долга стали разсматривать какъ сингулярное пресмство долга, такъ что ипотечный кредиторъ и безъ содѣйствія съ его стороны становится кредиторомъ принявшаго долга. Но и это создавало лишь новаго должника, сохраняя тождество обязанности²⁾.

Законъ 1872 г. пошелъ послѣднимъ путемъ и лишь въ слабой и недостаточной формѣ ввелъ эксекуацію продавца, долгъ котораго принять покупателемъ имѣния.

1) Deklaration v. 21 Mz. 1835.

2) RONG. VIII 118 у Dernburg II 70.

Именно, законъ устанавливаетъ: „если пріобрѣтатель недвижимости принимаетъ тяготящую на недвижимость ипотеку въ зачетъ цѣны, кредиторъ получаетъ противъ пріобрѣтателя личный искъ, даже если онъ не участвовалъ при договорѣ принятія долга. Отчуждатель же становится свободнымъ отъ своей личной обязанности тогда, когда кредиторъ не востребуетъ ипотеку противъ собственника недвижимости въ теченіе 1 г. по увѣдомленіи его отчуждателемъ о принятіи долга и не осуществитъ своего иска въ теченіе 6 мѣс. по зрѣлости ипотеки. А если право востребованія исключено на извѣстное время или пріурочено къ извѣстному событію, срокъ начинаетъ съ истеченіемъ того времени или наступленіемъ того событія¹⁾. Дернбургъ находитъ, что законъ слишкомъ суровъ къ должнику; слѣдовало бы срокъ сократить значительно²⁾.

7. *Распорядокъ ипотеки и вотчиннаго долга* опредѣляется порядкомъ записи, а порядокъ записи — временемъ представленія просьбы о записи. Предъявленная въ одинъ день ипотеки располагаются также по мѣру предъявленія ихъ, если противное не условлено сторонами, точнѣе если противное не соизволилъ собственникъ³⁾. Для большей наглядности, порядокъ ранговъ отмѣчается №№.

Предшествующій кредиторъ можетъ, однако, уступить рангъ послѣдующему кредитору, причемъ это не должно причинять ущерба промежуточнымъ кредиторамъ⁴⁾.

Въ примѣненіи къ современной ипотеки не разъ выдвигалась въ исторіи новая точка зрѣнія на рангъ ипотеки, намъ уже извѣстная подъ именемъ абсолютной Locus-Theorie, въ противоположность романстической точкѣ зрѣнія—относительной Locus-Theorie. Согласно первой точкѣ зрѣнія рангъ ипотеки долженъ оставаться разъ навсегда неизмѣннымъ. Согласно же второй ипотеки повышаются, съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотеки. Первую точку зрѣнія выдвигали, начиная съ 30-хъ годовъ, сторонники того взгляда, что современная ипотека имѣетъ иное строеніе, чѣмъ римская. За нее говорятъ и условия оборота ипотеки, какъ это мы уже знаемъ изъ предшествующаго. Ее выдвигала и реформаціонная литература. За нее высказывался и Дернбургъ, а для имперскаго Уложенія ее рекомендовалъ Гирке.

Тѣмъ не менѣе она до сихъ поръ не усвоена, главнымъ образомъ потому, что законодатель при созданіи ипотеки считался съ романстическими ученіями, съ точки зрѣнія которыхъ неповышеніе ипотеки съ отпаденіемъ предшествующихъ ипотеки необъяснимо. Такъ и законъ 1872 г. установилъ начало, что съ отпаденіемъ предшествующей ипотеки послѣдующія ипотеки повышаются⁵⁾. Но дается косвенное средство предотвращенія такого ре-

1) § 41 Eg.

2) II 78 и слѣд.

3) § 34 и 17.

4) § 35. Докматическія подробности у Dernburg II § 37, особ. стр. 275 и слѣд.

5) § 62.

зультата въ видѣ перехода оплаченной и т. п. ипотеки на собственника ¹⁾. Дербургъ, однако, упрекаетъ законъ 1872 г. за такую систему. Законодатель не долженъ считать себя связаннымъ господствующей доктриной. Онъ долженъ творить, прислушиваясь къ потребностямъ жизни. А что получилось въ результатъ его плодотворной и целесообразной дѣятельности, — это уже разбираетъ теорія ²⁾. Тѣмъ болѣе, что относительная *Locus-Theorie* создаетъ не менѣе затрудненій, если еще не болѣе, чѣмъ абсолютная.

На практикѣ встрѣчается, что собственникъ, давалъ согласіе на записъ ипотеки или вотчиннаго долга, предоставляетъ себѣ право—продать позднее записываемому посту преимущественное право передъ соизволеннымъ въ данный моментъ. Законъ не регулируетъ этого случая, но и не запрещаетъ. Предоставленіе преимущества можетъ быть выговорено какъ для опредѣленнаго требованія, такъ и для неопредѣленнаго. Въ послѣднемъ случаѣ требуется особое заявленіе землевладѣльца, чтобы установить привилегированный постъ.

Въ конкурсѣ на открытое мѣсто собственникъ ничего не получаетъ, и при установленіи слѣдующихъ ипотекъ онъ долженъ повторить предоставленіе, чтобы связать тѣмъ послѣдующихъ кредиторовъ. Все это открываетъ на практикѣ такое широкое поле для путаницы и коллизій между кредиторами, которыя дѣлаютъ институтъ открытаго мѣста самой непрактичной и неудобной формой достиженія цѣлей, имъ поставляемыхъ ³⁾.

Реформаціонная литература много и долго боролась за то, чтобы не допустить права оспариванія со стороны послѣдующихъ кредиторовъ предоставляющихъ имъ ипотекъ. Мотивомъ служило то, что разные ранги представляютъ теперь и разные цѣнности, и кредиторъ, вступая въ извѣстный рангъ, долженъ имъ довольствоваться. Первый проектъ 1868 г. усвоилъ этотъ взглядъ еще и по другому соображенію, им. что принципъ консенза и абстрактный характеръ соизволенія на ипотеку не согласуются съ духомъ и самой возможностью начала оспариванія. Но законъ 1872 г. исключилъ оспариваніе только для вотчиннаго долга и то съ исключеніемъ для кредиторовъ, получившихъ свою ипотеку въ порядкѣ принудительнаго исполненія ⁴⁾.

8. *Прекращеніе ипотеки и вотчиннаго долга.* Записанная ипотека или вотчинный долгъ имѣютъ книжное существованіе даже тогда, когда они не обосновываютъ матеріальнаго права кредитора, напримѣръ, за неуплатой валюты; черезъ одну записъ они становятся факторомъ для права и суда, съ которымъ участвующія лица должны считаться. Такъ же точно дѣло обстоитъ и съ погашеніемъ по книгѣ этихъ правъ. Даже послѣдовавшее безъ правомѣрной основы погашеніе имѣетъ разрушительную силу, хотя такое погашеніе и не устраняетъ окончательно ипотеку или вотчинный долгъ. По-

¹⁾ § 63.

²⁾ II 270.

³⁾ См. объ этомъ у Dernburg II, § 38.

⁴⁾ § 70. Eg.—Подробности у Dernburg II § 40.

гашеніе полагаетъ посту конецъ по книгѣ. Это относится какъ до погашенія неправомѣрныхъ матеріально постовъ, такъ и до погашенія правомѣрныхъ, но удовлетворенныхъ матеріально постовъ. Одно наступленіе матеріальнаго основанія прекращенія ипотеки или вотчиннаго долга не влечетъ прекращенія формальнаго ихъ бытія. Для этого требуется погашеніе по книгѣ ¹⁾.

Погашеніе слѣдуетъ на просьбу собственника или требованіе компетентнаго учрежденія. Для погашенія предъявляется ипотечное и в.д. свидѣтельство ²⁾. И тутъ сказывается различіе организаціи ипотеки и вотчиннаго долга. При ипотекахъ свидѣтельство можетъ и не быть выправлено, тогда и погашеніе слѣдуетъ на основаніи данныхъ о матеріальномъ прекращеніи ипотеки и законъ 1872 г. считается съ этимъ. При вотчинномъ долгѣ погашеніе не возможно безъ предъявленія вотчинно-долгового свидѣтельства или его суррогатовъ (амотризаціи и т. п.).

Законъ 1872 г. не регулируетъ вовсе вопроса о случаяхъ неправильнаго погашенія; они, такимъ образомъ, регулируются въ общемъ духѣ учрежденія. При чемъ трудно сказать, возможно ли руководствоваться началами Ландрехта, обнаруживавшими пощадку къ потерпѣвшему отъ погашенія управомоченному, и непослѣдовательнѣе ли стоять на точкѣ зрѣнія новаго закона, суроваго при проведеніи формалистическихъ своихъ началъ.

Во избѣжаніе повышенія послѣдующихъ ипотекъ съ погашеніемъ предшествующихъ, законъ 1872 г. даетъ собственнику право за уплату или иное удовлетвореніе кредитора—вступить самому въ ипотеку на правахъ кредитора ³⁾. То же право собственника кредитора устанавливается и на случай иного сліянія собственности и залога ⁴⁾. Т. е. законъ усвоилъ относительную *Locus-Theorie*.

V. *Заключеніе.* Законы 1872 г., какъ мы уже видѣли, исходили изъ идеи, что ипотека будетъ служить, главнымъ образомъ, дѣлу обезпеченія, тогда какъ вотчинный долгъ—дѣлу оборота.

На дѣлѣ же оказалось, что оборотъ чуждался вотчиннаго долга и обращался больше всего къ ипотекѣ. Объясненіе явленія можно подыскать въ томъ, что объ организаціи съ самаго начала не расходились значительно въ отношеніи оборотовой способности; практика же, отвѣчая дѣловому обороту съ ипотекой, и вовсе стремилась придать ипотекѣ возможно подвижныя свойства, а теорія и вовсе имѣетъ тенденцію сблизить ипотеку съ вотчиннымъ долгомъ ⁵⁾. Цѣтъ ничего удивительнаго, что новая организація, вотчинный

¹⁾ § 57.—Но есть случаи простаго матеріальнаго прекращенія, какъ гибель вещи, истеченіе срока, наступленіе резолютивнаго условія и т. д. Dernburg II 310.

²⁾ § 58 Eg., § 94 GBO.

³⁾ § 63, 64.

⁴⁾ § 65, 66.

⁵⁾ Дербургъ не признаетъ между обими организаціями никакихъ существенныхъ матеріальныхъ различій, при чемъ опирается больше всего на практику и прежде законодательство и старается представить ипотеку въ свѣтъ посабвнхъ. Кроме того, что вотчинный долгъ—самостоятельное право, а ипотека хотя относительно, акцессорное право, между

долгъ, которал еще только призывается къ жизни и представляет для публики невѣдомыя очертанія и которал вошла въ жизнь въ то время, когда стали раздаваться голоса о насыщеніи и даже пресыщеніи землевладѣннхъ кредитомъ, оказалась въ меньшинствѣ. Можетъ быть, самая организація вотчиннаго долга, отрѣшенность его отъ основанія, пугала публику. Во всякомъ случаѣ, объясненіе факту малаго распространенія вотчиннаго долга можно будетъ дать лишь долго спустя послѣ его дѣйствія.

Несомнѣненъ фактъ, что когда ипотека оказалась господствующей формой кредита, самые уравновѣшенные юристы, какъ Дернбургъ, стали требовать отрѣшенія ея отъ личнаго обязательства. Отсюда, трудно думать, что вотчинный долгъ не получилъ широкаго дѣйствія вслѣдствіе его самостоятельной природы. Тамъ, гдѣ онъ не имѣетъ конкуррента, онъ даетъ блестящіе результаты, какъ въ Мекленбургѣ, Гамбургѣ и т. д.

Какъ бы то ни было, но законъ 1872 г. удовлетворилъ требованіямъ реформы въ полной мѣрѣ и юридическая мысль приступила къ догматической разработкѣ новаго права, комментарію на него и практическимъ руководствамъ¹⁾.

Успокоенію умовъ содѣйствовало не только то, что законъ 1872 г. по своей смѣлости заходилъ едва ли не дальше всѣхъ смѣлыхъ проектовъ, но и три другія еще знаменательныя явленія: одно — изъ области теоріи, другое — изъ отношений реального кредита, третье — изъ области правовой жизни объединенной Германіи. Первое явленіе — это все болѣе распространявшееся вліяніе идеи Родбертуса о непригодности ипотеки какъ правовой формы реального кредита и необходимости организаціи реального кредита на рентномъ началѣ. Это ученіе успѣло не только завоевать себѣ популярность въ мірѣ идей, но и вызвать къ жизни оживленіе въ области экономической политики, именно съ развитіемъ рентныхъ банковъ. Это явленіе шло рука-объ-руку съ другимъ, именно съ пресыщеніемъ реальнымъ кредитомъ, вызывавшимъ

объими организаціями, дѣйствительно, нельзя найти иныхъ существенныхъ отличій. Но Дернбургъ умалеть и это различіе, руководясь постановкой ипотеки на практикѣ, которал дѣйствительно систематически сближала ипотеку съ вотчиннымъ долгомъ даже въ указанномъ моментѣ ихъ наибольшаго первоначальнаго различія. Дернбургъ даже требуетъ, чтобы ипотека была провозглашена вполнѣ самостоятельнымъ правомъ, а вотчинный долгъ былъ все отвлеченъ. Но законъ 1872 г., какъ мы видѣли, не хотѣлъ такого сближенія двухъ организацій, а пытался отвести имъ различное поле дѣйствія, и только не провелъ свое намѣреніе до конца, благодаря столкновенію различныхъ законодательныхъ факторовъ.

¹⁾ Кроме содѣянаго труда Дернбурга, такое значеніе именно принадлежитъ работамъ: Janke, Zur neuen H.-u. Gr. B.-Og. Stettin 1872; Blanckart, Wie habe ich mich bei der Einführung des Gr. Buches zu verhalten. 1890. Johow, Zur Lehre von den Rechten des Pfandgläubigers. Berlin 1871, Reisch, Die Zurückführung des Grundbuchs auf die Steuerbücher Berlin 1890; Neuman, Die Verbindung des Grundbuchs mit dem Steuerbuch. Berlin, 1893; Paris, Collision der H. mit dem Eigenthum. Cöslin 1875; ero же Uebertragungsform der Grundschuld. Berlin 1883; Goldschmidt, Systematik des Pfr. u. der H. des Eigenthümers. Berlin 1877; Kühnast, Untersuchung des Grundsch.-Begriffes, Berlin 1878; а особенно Förster, Preussisches Grundbuchrecht. и друг.

реакцію противъ института ипотеки и въ рядахъ сельскихъ хозяевъ, несшихъ тяжесть злоупотребленій ипотечнымъ кредитомъ и естественно переходившихъ въ ряды послѣдователей идеи Родбертуса. Наконецъ, третье явленіе — это было воспослѣдовавшее въ 1872 г. повелѣніе о выработкѣ имперскаго гражданскаго уложенія. Это послѣднее явленіе вынесло общій застой законодательной дѣятельности во всѣхъ германскихъ государствахъ въ области гражданскаго права, какъ это мы уже видѣли выше. И вплоть до издачія уложенія мы не встрѣчаемъ уже сколько-нибудь значительныхъ и достойныхъ упоминанія мѣропріятій законодателя въ изслѣдуемой нами области.

Г Л А В А III.

Вотчинно-ипотечный режимъ имперскаго германскаго уложенія¹⁾.

§ 86. Общія замѣчанія.

Обработка имперскаго уложенія сопровождалась всѣмъ извѣстнымъ градознымъ движеніемъ не только юридической, но и социальнo-политической мысли въ Германіи. И тѣмъ не менѣе области вотчинно-ипотечнаго режима это движеніе почти не затронуло. Объясненіемъ служить то, что дѣйствовавшее право того времени, особенно прусское и мекленбургское, уже давали все, чего можно было требовать отъ права въ области кредитнаго дѣла. Вотъ почему первый проектъ уложенія²⁾ въ своихъ мотивахъ представляетъ главнымъ образомъ сводку партикулярныхъ германскихъ правъ, съ явнымъ предпочтеніемъ прусскому праву передъ прочими мѣстными правами. Главной задачей уложенія и ставилась въ этой области сводка прежняго права. Однако, прежнія права, родственныя по общей тенденціи, все же различались не только въ деталяхъ, но и въ принципиальномъ отношеніи, представляли различную степень формализаціи и націонализаціи права, отчасти даже въ отвѣтъ на различныя мѣстныя потребности и особенности вотчиннаго и кредитнаго оборота. И вотъ, уложеніе, подъ предлогомъ удовлетворенія различныхъ практическихъ потребностей, усваиваетъ одновременно рядъ организацій, устанавливающихъ преемство и переходъ отъ мѣстныхъ правъ къ господствующему въ уложеніи общему праву, сколотому съ прусскихъ организацій закона 1872 г. Такъ, безъ коренной ломки, путемъ добровольной и медленной ассимиляціи въ Германіи должно получиться единство права, — въ формахъ, которыя опредѣляютъ внутреннее превосходство той или другой правовой организаціи уложенія. Возлагаемая на людей оборота задача выбрать наилучшее въ цѣлой серіи организацій, конечно, трудная, но въ Гер-

¹⁾ Литературой мнѣ служили больше всего Dernburg, Das bürg. Recht. Halle 1898 III, Mittelstein, Das Hyp. R. des Bürg. Ges.-B. Hamburg 1898. Gierke, Entwurf eines Bürgerlichen Gesetz-Buches, Oberneck, Das Hyp. R. des Bürg. Ges.-Buches Berlin 1897. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899.

²⁾ Entwurf eines bürgerlichen Ges.-Buches für das deutsche Reich. Berlin u. Leipzig 1888.

манн она облегчается как общим образованием массъ, так и мѣстными традиціями.

Кромѣ сводки прежняго права, примирительно относившейся ко всѣмъ партикулярнымъ правовымъ образованиямъ, уложение преслѣдовало съ самаго начала и другую, вполне приличную ему задачу, именно—принципальной систематикіи новыхъ правовыхъ идей, давно назрѣвшей, но, какъ мы видѣли, нигдѣ ранѣе того не проведенной послѣдовательно; и вотъ уже первый проектъ порываетъ съ римской системой и выдвигаетъ всюду особенности германизованнаго вотчинно-ипотечнаго права. Ученію о вещномъ правѣ предпосылается рядъ общихъ положеній о вотчинно-ипотечной системѣ; право движимостей и недвижимостей рѣзко раздѣляется въ системѣ; залогъ недвижимостей совершенно отдѣляется и предпосылается залогоу движимостей и т. д. Развивается учение о вещномъ договорѣ. Наконецъ, провозглашается новое начало, еретическое съ точки зрѣнія римскаго права, именно, что отъ соединенія въ одномъ лицѣ собственности и другого вещнаго права на участокъ послѣднее право не исчезаетъ въ собственности; это обобщеніе дѣлается по ряду соображеній, изъ которыхъ главнымъ выставляется потребность въ ипотеку собственника¹⁾.

Однако, если въ общемъ и цѣломъ вотчинно-ипотечный режимъ уложения построенъ на прежней почвѣ, то кое въ чемъ онъ не остался чуждъ и новшеству. Такъ, подѣ предлогомъ сохраненія гамбургскаго и др. вотчиннаго долга на предъявителя, уложение усвоило во второмъ проектѣ этотъ институтъ. Кромѣ того, въ цѣляхъ послѣдовательности и обобщенія правовыхъ началъ, уложение неволью внесло и другія новшества, какъ, напр., теорію абстрактнаго вещнаго договора, послѣдовательно проведеннаго, устраненія confusio собственности и другого вещнаго права любого рода и т. д. Не маловажное новшество уложения представляетъ и рентный долгъ. Первый проектъ еще не зналъ этого института. Но, послѣ разносторонней критики перваго проекта, институтъ появляется во второмъ проектѣ и, при общемъ сочувствіи, оказанномъ ему въ рейхстагѣ²⁾, въ виду ожидаемаго отъ него облегченія положенія сельскаго хозяйства, онъ прошелъ безъ затрудненій. Но онъ былъ усвоенъ какъ подвидъ вотчиннаго долга. И усвоенію его придавалось значеніе перваго опыта. Такое сдержанное отношеніе законодателя къ экономическимъ теоріямъ, конечно, единственно здоровое и заслуживаетъ только сочувствія.

Уложение, обнаруживающее общую сдержанность и свободу отъ какихъ-либо теоретическихъ увлеченій и ставящее себѣ задачей удовлетвореніе практическимъ потребностямъ, а не упроченіе какихъ бы то ни было теоретическихъ направленій, открыто отказывается отъ взгляда на ипотеку, какъ Realobligation, и усваиваетъ исторически сложившійся взглядъ на ипотеку

¹⁾ См. 1-ый проектъ стр. 201, особ. 203.

²⁾ См. Verhandlungen des Reichstages zum B. GB. Bd. I 139, Bd. II 18, Bd. III 3073 и друг.

какъ строго вещное право, поражающее объектъ въ его цѣновомъ моментѣ; собственникъ заложенной вещи открыто признается обязаннымъ лишь терпѣть нападеніе кредитора на его недвижимость.

Тотъ же господствующій въ уложеніи духъ практицизма подсказалъ уложенію средній путь и въ рѣшеніи другого наболѣвшаго въ наше время вопроса о характерѣ самостоятельности современной ипотеки. Господствующая, такъ сказать, нормальная форма реального кредита въ уложеніи—это принципиально-акцессорная ипотека, но такая, гдѣ личное требованіе фигурируетъ для ипотеки, хотя бы оно въ дѣйствительности не существовало. Теоретически неуклюжая, фигура эта является практически плодотворной, такъ какъ, обезвреженная для оборотоспособности, она даетъ въ руки кредитору два орудія для труднаго дѣла осуществленія его права: экзекуцію на движимости и недвижимости должника. Наконецъ, тотъ же духъ практицизма наложилъ печать на всѣ институты уложения, чуждые прямолинейной простоты и строгой принципальности, блѣдноватые, но полные житейскаго благоразумія и практической трезвости.

§ 87. Формальное право.

Формальное вотчинно-ипотечное право содержится въ особомъ законѣ отъ 24 марта 1897 г., носящемъ названіе „Grundbuchordnung für das D. Reich“¹⁾, долженствующемъ вступить въ силу вмѣстѣ съ Уложеніемъ съ 1 января 1900 г. Но кое-что содержитъ и само Уложение.

Объединеніе формальнаго права было сопряжено еще съ большими затрудненіями, чѣмъ объединеніе матеріальнаго права. Поэтому имперскій вотчинный уставъ 1897 г. и Einführungsgesetz къ Уложенію даютъ значительный просторъ партикуляризму, сводящійся, конечно, къ уступкѣ дѣйствующему мѣстному праву²⁾.

1. Такъ, организация вотчинныхъ установленій всецѣло предоставляется мѣстному правообразованію, т. е. сохраняется прежняя вездѣ, гдѣ и какъ она сложилась до Уложенія, и до тѣхъ поръ, пока мѣстное право не измѣнитъ ея. Установленія только получаютъ всюду одно названіе—Grundbuchämter³⁾.

Организуется единообразно институтъ обжалованія опредѣленій вотчинныхъ установленій, именно въ Landesgericht и Oberlandesgericht и Reichsgericht, въ шв. департаментъ; но это не для всѣхъ случаевъ; обжалованіе дѣйствій, носящихъ характеръ судебного управленія, предоставляется мѣстному праву, именно въ этихъ случаяхъ компетентными признаются соответствующія надзирающія инстанціи⁴⁾.

¹⁾ Berlin 1897.

²⁾ Cp. Dernburg, Das bürg. Recht des Deutsch. Reichs u. Preuss. III. Halle 1898. § 33.

³⁾ GBO § 1.

⁴⁾ GBO § 71 и слѣд. Dernburg. стр. 99.

Но уже значительное новшество, давно требовавшееся в Пруссии в Gbetsze, усвоено GBO 1897 г. по вопросу об ответственности перед гражданами вотчинных установлений за нарушение служебных обязанностей. Именно, до уложения местные германские права (Мекленбургское, Прусское) знали только субсидиарную ответственность государства за действия вотчинного чиновника, и то лишь как исключение из общего правила о неответственности государства за действия чиновников, осуществляющих политический полномочия. Уложение¹⁾ провозглашая общее начало ответственности вотчинных чиновников за нарушение служебных обязанностей и случаи такой ответственности, вовсе не касается ответственности государства. Но вотчинный устав 1897 г.²⁾ провозглашает, что в случаях, где по Уложению вотчинный чиновник отвечает за ущерб перед публикой, последняя имеет дело не с чиновником, а непосредственно с государством. А последнее уже имеет дело с чиновником. Такое заступление государством чиновника в имущественной ответственности за ущерб, причиняемый чиновником публике при ведении вотчинного дела, является благотворительным сингуляритетом, едва ли опасным для государства, в виду редких случаев ответственности, но безусловно успокоительным для публики³⁾.

2. Организация *вотчинных книг* также регулируется в имперском вотчинном уставе лишь в самых общих чертах. Регламентация подробностей также предоставляется местному праву (им. Landesjustizverwaltung)⁴⁾. При этом, конечно, и тут до времени сохранить свою силу прежняя организация.

Устав 1897 г. предписывает лишь, что книги организуются по округам⁵⁾. Но и из этого правила допускается исключение⁶⁾.

Обязательной признается реальная система книг, в силу которой каждое имение получает в книгу определенное место (вотчинный лист), где и заносится все относящиеся до него записи. Этот реальный лист имения называется технически его вотчинной книгой⁷⁾. Допускается, по прежнему, и соединение на одном листе нескольких имений, принадлежащих одному собственнику и расположенных в одном вотчинном округе, если соединение не грозит замешательством⁸⁾.

Что касается института вотчинных актов, то организация его предоставляется местному судебному управлению⁹⁾. Имперский вотчинный устав

1) § 839.

2) § 12.

3) Ср. Дербург, III 102.

4) GBO § 1 п. 2.

5) § 2 п. 2.

6) § 85 GBO.

7) § 3 GBO.

8) § 4.

9) § 94 GBO.

требует только, чтобы вотчинное установление хранило акты, на которых покоится запись, в подлинниках или в удостоверенных копиях¹⁾.

Равно стороны могут передать на сохранение вотчинному установлению и документы о сделках, послуживших основанием к созволеню на запись²⁾; — хотя сделки и не принимались в расчет при записи, по началу консенза. Так что установление служить тут архивом для частных лиц³⁾.

Начало вотчинного публициата устав проводит в границах, указанных прусским законом 1872 г. Обзор вотчинной книги доступен всем, кто укажет на правомырный интерес к обзору. Также устанавливается и для обзора актов, на которые ссылается книга, как пополнение записи. Также устанавливается и для невыполненных еще просьб о записи, падающих в делах установления. Наконец, везд, где допускается личный осмотр, допускается и требование выписей, по желанию, удостоверенных⁴⁾. Равно, и начало fides publica вотчинной книги усвоено уложением лишь в той мере, в какой оно было известно партикулярным правам до Уложения⁵⁾.

3. Вопрос об объекте вотчинной книги имперский устав также регулирует в самых общих чертах; — таким объектом он признает просто недвижимость⁶⁾; подробности и тут разрешаются местным правом, как равно и исключения из правила⁷⁾.

4. Производство при записи в вотчинную книгу.

I. Уложение усваивает прежде известное начало, что запись в вотчинную книгу, всякого рода, следует, по правилу, только на требование стороны⁸⁾. Какое требование должно иметь правомырную основу и надлежащее содержание⁹⁾. Само установление ex officio, по правилу, не совершается записи, даже когда оно по должности узнало о перемене правоотношения по недвижимости¹⁰⁾. Но закон в отдельных случаях, по исключению, дает ему право и вмешает в обязанность — совершать записи ex officio¹¹⁾. Главным образом, это имеет место в случаях, когда нужно занести в книгу выражение на запись, покоющуюся на нарушении права, напр., когда по ошиб-

1) § 9 п. 1.

2) § 9 п. 2.

3) Dernburg III 107. — В целях практических помянутое в установлении, хотя она и не принимаются в соображение при записи, рекомендовалось еще при обсуждении прусского закона 72 г. в палате господь. См. Werner II.

4) § 11 GBO.

5) BGB § 892 и друг.

6) § 3.

7) § 90.

8) § 13 GBO.

9) Ср. Dernburg III 117.

10) § 13, 39 GBO. Dernburg III 117: напр., оно есть и судья, завзвудющий делами о наследовании.

11) См. GBO § 7, 8, 23, 52, 53, особ. 54, наконец, 76. См. также Dernburg III 117.

къ чиновника, запись последовала на листъ не того участка, котораго она касается; или когда запись имѣетъ недозволенное содержаніе.

На прежнихъ основаніяхъ, уставъ знаетъ и случаи, когда тотъ или иной правительственный органъ можетъ, при наличности извѣстныхъ условий, обращаться къ вотчинному установленію съ требованіемъ о совершеніи записи ¹⁾. Эти случаи мыслимы какъ по имперскому, такъ и мѣстному праву ²⁾. Расширяя инициативу установленія, Уложеніе исправляетъ суровость прусскаго права закона 1872 г.

II. Мы уже знаемъ, что мѣстныя права отправлялись чаще всего отъ идеи, что основой просьбы о записи какъ материально, такъ и формально служить правовой титулъ, осуществляющій перемѣну вещнаго правоотношенія по недвижимости, напр., купля. Знаемъ также, что прусскій законъ 1872 г., вслѣдъ за мекленбургскимъ правомъ, отказался отъ такой организаціи и усвоилъ принципъ консенза, въ силу котораго предъявленіе титула не имѣетъ формальнаго значенія для записи; и последняя слѣдуетъ на основаніи соизволенія лица, право котораго затронуется записью. Да и материально значеніе титула было крайне умалено. Уложеніе проводитъ это новшество съ ббльшей еще последовательностью.

Согласно имперскому вотчинному уставу ³⁾, запись слѣдуетъ всегда, когда ее соизволитъ лицо, право котораго на недвижимость она затронуваетъ. Это соизволеніе пассивнаго интересента выступаетъ передъ вотчиннымъ установленіемъ какъ отвлеченное отъ своего правооснованія, абстрактное одностороннее волеизъявленіе лица, право коего затронуется записью. Такова формальная сторона дѣла. Материально же начало консенза проводится Уложеніемъ въ томъ смыслѣ, что, для пріобрѣтенія вещнаго права на участокъ, Уложеніе требуетъ соглашенія сторонъ объ измѣненіи правоотношенія по недвижимости ⁴⁾. Это соглашеніе есть абстрактный вещный договоръ, при которомъ личная сдѣлка объ отчужденіи является только мотивомъ, а не основаніемъ. Отсюда и вліяніе ея на договоръ крайне относительное.

Такой дублицитетъ (формально—односторонній и материально—двусторонній консенсъ) не имѣетъ, однако, мѣста при отчужденіи собственности. Ибо тутъ запись слѣдуетъ лишь тогда, когда состоялось соглашеніе сторонъ объ отчужденіи (Auflassung) ⁵⁾.

III. Имперское право, конечно, усвоило, въ цѣляхъ последовательности и стройности вотчинной системы, и то начало, что соизволяющій самъ долженъ быть записанъ въ книгу какъ субъектъ права, а равно и исключенія изъ него на случай перехода ипотеки и наследованія недвижимостей ⁶⁾.

1) § 39 GBO.

2) Dernburg, III 118.

3) § 19 ср. Dernburg, III 118.

4) BGB, § 873.

5) GBO, § 20; тоже при superficies.

6) GBO. § 40, 41, BGB. § 1155, 2205—2209, 2213. Ср. Dernburg, III 119.

IV. Просителемъ записи можетъ быть, по имперскому праву, активно-заинтересованный, пассивно-заинтересованный, 3-е лицо, которое имѣетъ подлежащій осуществленію титулъ противъ незаписаннаго еще управомоченнаго, если отъ записи права послѣдняго зависить запись права 3-го лица, наконецъ, нотариусъ, у котораго совершено волеизъявленіе, дающее основу записи ¹⁾.

V. Просьба и соизволеніе должны быть согласованы другъ съ другомъ и особенно должны ясно указывать, что и гдѣ подлежитъ записи.

Въ особенности они должны считаться съ началомъ специалитета, какъ формальной основы вотчиннаго режима. Отсюда, они указываютъ недвижимость точно и специально, и при томъ согласно съ вотчинной книгой, а равно и сумму ²⁾.

VI. Основа записи должна быть предъявлена установленію въ безспорной формѣ. Соизволеніе на запись и другія волеизъявленія интересентовъ или совершаются въ установленіи и заносятся въ протоколъ, или же доказываются официальными актами. Исключеніе дѣлается на случаи, гдѣ, безъ ущерба дѣлу, можно внести облегченіе для сторонъ ³⁾.

VII. Установленіе отмѣчаетъ моментъ поступленія просьбы о записи съ педагигической точностью ⁴⁾, такъ какъ постановленіе по просьбамъ слѣдуетъ въ порядкѣ ихъ поступленія ⁵⁾, и все это рѣшаетъ рангъ правоотношеній по книгѣ ⁶⁾.

VIII. Въ случаѣ недочетовъ просьбы о записи установленіе или отклоняетъ просьбу, или даетъ просителю срокъ для устраненія ихъ. Если въ теченіе этого срока предъявляется иное право къ записи, установленіе ex officio отмѣчаетъ фактъ прежде поступившей просьбы въ книгѣ, со значеніемъ отмѣтки ⁷⁾. Тутъ опять Уложеніе смягчаетъ суровое и прямолинейно проведенное прусскимъ закономъ 1872 г. начало консенза и частной инициативы.

IX. Запись въ книгу слѣдуетъ по распоряженію вотчиннаго судьи по формѣ, проектированной имъ же. Запись указываетъ день ея совершенія и подписывается чиновникомъ ⁸⁾. При составленіи записи установленіе не связано формулировкой, даваемой въ просьбѣ о записи. Запись даетъ лишь краткое и ясное выраженіе записимаго правоотношенія ⁹⁾.

5. Значеніе вотчинной книги для правъ на недвижимость вообще. Мы уже знаемъ, какъ, шагъ за шагомъ, издавна расло значеніе вотчинной кни-

1) GBO. § 13—15.

2) GBO. § 28. Dernburg III 120.

3) GBO. § 29, 30. Dernburg III 120.

4) § 13.

5) § 17.

6) Ниже. Ср. Dernburg III 121.

7) § 18 GBO.

8) GBO. § 45.

9) Dernburg III 122.

ги как основы вотчинныхъ правъ, начиная съ *Besitztitelberichtigung* Ланд-
рехта и вплоть до *Auflassung* прусскаго закона 1872 г.

И тутъ Уложение, ставясь на почву *Auflassung* прусскаго права, под-
водитъ итоги предшествующему правообразованію тѣмъ, что въ общихъ по-
ложеніяхъ о вещныхъ правахъ обобщаетъ начало *Auflassung*, какъ бы при-
ближаясь къ древней *Auflassung*, и ставитъ возникновеніе, прекращеніе и
измѣненіе всѣхъ вещныхъ правъ на недвижимости по сдѣлкамъ въ корен-
ную зависимость отъ записи въ книгу.

Однако, по преемственности, и Уложение проводитъ это начало, глав-
нымъ образомъ, только для случаевъ добровольнаго распоряженія недвижи-
мостью. Измѣненія правоотношеній, слѣдующія по инымъ основаніямъ, напр.,
наслѣдованію и т. д., наступаютъ и по Уложенію безъ книжной записи.
Равнымъ образомъ, не всѣ правоотношенія по Уложенію подлежатъ гласно-
сти; такъ, обремененія недвижимостей публичными общими повинностями и
впредь остаются дѣйствительными безъ записи ихъ въ вотчинную книгу.

6. Коррективъ къ системѣ публичитета, т. е. институтъ отмытокъ
и протестаций, регулируется Уложеніемъ въ духѣ прусскаго права. Тако-
вые ограничиваются случаями необходимости, какъ стѣспительныя для обо-
рота; но кое въ чемъ Уложение и тутъ смягчаетъ чрезмерно суровый прус-
скій законъ 1872 г. (BGB § 838 и слѣд., GBO § 18, 76, 25).

§ 88. Матеріальное право. Общая ученіе о приобрѣтеніи вещныхъ правъ ¹⁾.

Мы уже знаемъ, что большинство партикулярныхъ правъ требовало,
для приобрѣтенія собственности и другихъ вещныхъ правъ по сдѣлкамъ, ти-
тула и традиціи или титула и записи.

Но вотъ законодательная техника, преслѣдуя нѣкоторыя выгоды обо-
рота, стала раздѣлять указанные моменты, естественно связанныя, и допу-
скавъ установленіе собственности и вещныхъ правъ независимо отъ право-
основанія приобрѣтенія. Это особенно проводилъ уже законъ 1872 г. въ
случаѣ добровольнаго отчужденія недвижимостей, который допускалъ отчуж-
деніе недвижимостей путемъ *Auflassung* и записи, независимо отъ наличности
и правовой дѣйствительности правооснованія. Цѣлью было ускореніе и облег-
ченіе производства въ вотчинномъ установленіи. А въ видѣ корректива, въ
уваженіе матеріальной истины, усвоили римскую систему кондикцій. Потер-
пѣвшій получалъ противъ неосновательно приобрѣтшаго недвижимость искъ
о неправомерномъ обогащеніи.

Уложение возводитъ самостоятельность передаточной сдѣлки на степень
общаго начала вещнаго права. Не только собственность, но и вещныя права
на недвижимость (и даже на движимость) переходятъ на приобрѣтателя, безъ
вниманія къ лежащему въ основѣ отчужденія титулу.

¹⁾ См. Dernburg III 186 и слѣд.

Начало абстрактнаго вещнаго договора въ связи съ системой кондик-
цій приводитъ къ слѣдующимъ детальнымъ выводамъ.

1. Вещный договоръ самъ можетъ быть ничтожнымъ. Съ ничтожностью
уравнивается и оспоримость его, когда оспариваніе воспослѣдовало ¹⁾.

Таковы случаи, когда вещный договоръ заключенъ только для вида,
когда при немъ имѣли мѣсто существенное заблужденіе, обманъ или при-
нужденіе или когда онъ направляется противъ добрыхъ нравовъ, особенно-
законовъ о лихвѣ. Тутъ отчуждатель остается собственникомъ. Онъ въ
правѣ требовать исправленія неправильной записи. Не требуется тогда и
обратная *Auflassung*. Притязаніе объ исправленіи дѣйствуетъ и противъ 3-хъ
приобрѣтателей, если ихъ не защищаетъ довѣріе къ вотчинной книгѣ.

2. Совсѣмъ иначе дѣло обстоитъ, когда отчужденію не достаетъ дѣйстви-
тельнаго правооснованія, напр. наслѣдникъ передаетъ участокъ потому,
что ошибочно считаетъ себя обязаннымъ къ тому по легату. Тутъ собствен-
ность окончательно имъ утрачивается и переходитъ къ приобрѣтателю. И от-
чуждатель имѣетъ только личный искъ противъ приобрѣтателя и его наслѣд-
никовъ, по случаю неправомернаго обогащенія, о возвратной передачѣ недви-
жимости. Тутъ уже требуется обратная *Auflassung*. Больше правъ отчужда-
тель получаетъ тутъ лишь въ томъ случаѣ, если добьется отмытки ²⁾.

3. Однако, когда правооснованіе опорочено подлогомъ, угрозой, заблу-
жденіемъ, безразветвенными видами, и когда совершеніе вещнаго договора пропе-
ходитъ безъ измѣненія условій, отчужденіе, кажется, подлежитъ оспариванію ³⁾.

Прекращеніе вещныхъ правъ на недвижимости, вообще, совершается
путемъ односторонняго изъявленія субъекта права и записи въ книгу ⁴⁾.
Залогъ переходитъ тогда на собственника ⁵⁾. Соединеніе вещнаго права и
собственности не влечетъ болѣе прекращенія первыхъ ⁶⁾.

§ 89. Приобрѣтеніе права собственности на недвижимости. *Auflassung*.

I. *Auflassung* Уложения представляетъ собою продолженіе дѣла прус-
скаго закона 1872 г. Передача собственности состоитъ изъ соглашенія упра-
воченнаго и приобрѣтателя о переходѣ собственности на недвижимость,
выражаемаго абстрактно изустно одновременно передъ вотчиннымъ устано-
вленіемъ и сопровождаемаго соизволеніемъ управоченнаго и просьбой о
записи отчужденія въ вотчинную книгу; наконецъ—изъ выполненія записи. Со-
изволеніе и просьба могутъ быть соединены съ заявленіемъ объ отчужденіи.
Практически это и будетъ правиломъ.

¹⁾ BGB. § 142.

²⁾ BGB. § 883.

³⁾ Dernburg III 190.

⁴⁾ BGB. § 928, 875.

⁵⁾ § 1168 eod.

⁶⁾ § 889 eod.

Aufassung можетъ быть совершена и не записаннымъ въ книгу собственникомъ, но запись приобрѣтенія возможна только по записи отчуждателя.

II. Соглашеніе, требуемое для передачи собственности на недвижимость, Aufassung (§ 925 BGB) подчиняется общимъ правиламъ о сдѣлкахъ, а особенно о волеизъявленіяхъ (§ 116 BGB). Въ особенности же Aufassung не допускается условно или на срокъ (§ 925 п. 2 BGB). Но институтъ отътокъ даетъ гибкость (GBO § 16).

Уложеніе не требуетъ, чтобы Aufassung и запись слѣдовали непосредственно другъ за другомъ, какъ этого требовалъ законъ 1872 г.; но это и безъ того есть обязанность вотчиннаго установленія.

Aufassung и по Уложенію восполняется приговоромъ, присуждающимъ сторону къ ея совершенію. И тогда требуется только просьба истца ¹⁾.

III. Однако, Aufassung и примыкающая къ ней запись только тогда даютъ собственность, когда имѣются на лицо матеріально-правовыя условія для перехода собственности. Когда же послѣдніе отсутствуютъ, мы будемъ имѣть дублициеты собственности. Книжный собственникъ получитъ тогда лишь книжную легитимацию собственника; но за прежнимъ собственникомъ останется въ-книжная собственность. И онъ можетъ осуществить такую же, какъ противъ книжнаго собственника, такъ и противъ его преемниковъ, на сколько послѣдніе не защищаются публичнымъ довѣріемъ книги. Равно и въ отношеніи 3-хъ лицъ онъ имѣетъ всѣ исковыя права собственника ²⁾. Переходъ собственности датируется по уложенію съ момента записи.

Наконецъ, по Уложенію, вслѣдъ за закономъ 1872 г., договоръ, которымъ сторона обязуется передать собственность на недвижимость, подлежитъ судебному или нотаріальному совершенію; но если договоръ заключенъ и безъ такой формы, онъ будетъ дѣйствителенъ во всемъ, развѣ только будутъ выполнены Aufassung и запись ³⁾.

IV. Отчужденіе недвижимости по частямъ Уложеніе предоставляетъ регламентации мѣстныхъ правъ, чѣмъ и оставляетъ безъ разрѣшенія труднѣйшій на практикѣ вопросъ ⁴⁾.

V. Уложеніе смягчаетъ положеніе лица, которое получило владѣніе отъ книжнаго собственника, хотя и не совершило Aufassung и не записало своего приобрѣтенія. Такой владѣлецъ, по Уложенію, имѣетъ противъ отчуждателя *exceptio rei v. et tr.* Но все же книжный собственникъ есть собственникъ и можетъ отчуждить недвижимость 3-му лицу. Если послѣднее, однако, дѣйствовало злоумышленно, владѣлецъ и противъ него имѣетъ то же возраженіе и даже притязаніе о возстановленіи имѣнія ⁵⁾.

VI. Уложеніе не знаетъ болѣе приобрѣтательной давности. Но оно не знаетъ и категорическаго устраненія давности. Оно вводитъ суррогатъ дав-

¹⁾ Подробности о партикуляризмахъ у Дерибурга III 254.

²⁾ Догматическія подробности у Дерибурга III 253 и слѣд.

³⁾ BGB § 313.

⁴⁾ Einfg. z. BGB. § 120. Ср. Дерибурга III 90.

⁵⁾ BGB. § 986, 859; 955. Дерибурга III 263, 64.

ности. Когда лицо владѣетъ на правѣ собственности недвижимостью 30 л., оно можетъ путемъ вызывагого производства добиваться устраненія книжнаго собственника, когда послѣдній безъ вѣсти пропалъ или умеръ и когда за 30 лѣтъ не послѣдовало никакой записи въ книгу, нуждающейся въ соизволеніи книжнаго собственника. Владѣлецъ тогда добивается записи себя и становится собственникомъ. Отъ такого владѣнія не требуется ни титулъ, ни bona f. ¹⁾

VII. Что касается прочихъ вещныхъ правъ на недвижимость, то намъ, ради краткости, остается только повторить, что Уложеніе, въ принципѣ, подчиняетъ ихъ всецѣло публицитету, устанавливаются они впродъ также путемъ вещнаго договора и записи, но этотъ договоръ не называется Aufassung, и передъ вотчиннымъ установленіемъ онъ выступаетъ т. въ случаѣ Superficies, въ прочихъ же случаяхъ выступать только одностороннее соизволеніе управомоченнаго ²⁾.

§ 90. Формы реального кредита по уложенію. Общія замѣчанія.

I. Мы уже отмѣчали выше, что уложеніе усвоило рядъ правовыхъ организацій реального кредита, отчасти въ цѣляхъ удовлетворенія разнымъ практическимъ потребностямъ, отчасти, въ то же время, и въ цѣляхъ установленія преемственности съ партикулярными организаціями, отчасти, наконецъ, въ цѣляхъ опыта съ вновь выдвигаемыми экономической теоріей идеями. Но главные типы, такъ сказать нормальные, уложеніе заимствовало изъ прусскаго права 1872 г., какъ оно установилось на практикѣ.

Именно, уложеніе знаетъ: 1. Вѣсѣоборотовую, обезпечительную ипотеку (Sicherungshypothek) ³⁾, отгѣчающую римскому праву и выражающую лишь въ зародышѣ черты современной ипотеки. Эта ипотека чисто акцессорная. Она предполагаетъ для своего возникновенія юридическа дѣйствительное личное требованіе и падаетъ, съ паденіемъ личнаго требованія. Она не имѣетъ ордернаго свойства и при ней не допускается ипотечное свидѣтельство ⁴⁾.

Эта ипотека имѣетъ нѣсколько подвидовъ: а. Она можетъ гласить на определенную сумму, но тогда при ней необходима отмѣтка, что это обезпечительная ипотека. Тутъ ее называютъ „Schlichte H“ ⁵⁾.

б. Она неизбежно имѣетъ мѣсто тогда, когда устанавливается ипотека для требованій неопредѣленной суммы, такъ что въ книгу вносится только максимумъ. Это будетъ т. наз. кауціонная ипотека или *Ultimathypothek* ⁶⁾.

с. Она же неизбежно имѣетъ мѣсто въ обезпеченіе требованій индусабельныхъ и на предъявителя.

¹⁾ BGB. § 927. Дерибурга III 264.

²⁾ BGB. § 873 и спец. предписанія.

³⁾ BGB. §§ 1184—1190.

⁴⁾ Она родственна гессенскому праву и другимъ, а также и ипотека, предложенной въ 1872 г. прусскою палатою господъ.

⁵⁾ Дерибурга III 574.

⁶⁾ Еод.

д. Наконецъ, она же возникаетъ и тогда, когда ипотека не покоится на сдѣлкахъ реального кредита, но на законномъ титулѣ или на исполнительномъ приговорѣ суда.

2. Нормальную форму реального кредита образуетъ, по уложенію, оборотная ипотека, или „обыкновенная ипотека“ ¹⁾. И эта ипотека возникаетъ въ видѣ принадлежности къ личному требованію. Но эта имѣетъ ордерный квалитетъ, и въ рукахъ добросовѣстнаго приобретателя она можетъ быть вполне дѣйствительной даже тогда, когда личное требованіе, къ которому она примыкаетъ, не существуетъ. Впрочемъ, по уложенію ²⁾, требованіе признается существующимъ, хотя бы только ради ипотеки. Такъ что аксессуарная природа ипотеки фингируется, вопреки дѣйствительности, т. е. самостоятельности ипотеки.

3. Вотчинный долгъ ³⁾ представляетъ по уложенію абстрактное обремененіе недвижимости денежной суммой, при чемъ по книгѣ, какъ равно и передъ правомъ, въ принципѣ, это бремя не примыкаетъ ни къ какому личному требованію.

4. Рентный долгъ ⁴⁾ уложеніе третируетъ какъ неостребуемый вотчинный долгъ, имѣющій предметомъ періодически повторяющіеся платежи съ участка.

Кромѣ этихъ разновидностей, уложеніе не одинаково организуетъ ипотеку и вотчинный долгъ въ зависимости отъ того, имѣетъ или не имѣетъ мѣсто при установленіи ихъ выдача ипотечнаго и вотчинно-долгового свидѣтельства. Отсюда мы имѣемъ книжную ипотеку и книжный вотчинный долгъ, съ одной стороны, и таковыя же—со свидѣтельствомъ, съ другой стороны. Только обезпечительная ипотека никогда не связывается со свидѣтельствомъ. При прочихъ организаціяхъ свидѣтельство представляетъ правило. Отказъ отъ него—исключеніе, требующее особаго волеизъявленія сторонъ. Отсюда получаютъ подвиды оборотной ипотеки, вотчиннаго долга и рентнаго долга ⁵⁾.

Эти различныя организаціи не являются, по уложенію, равноцѣнными. Особенно обезпечительная ипотека выступаетъ въ уложеніи какъ ипотека второго сорта. Требованіе, для котораго такая ипотека установлена, не признается годнымъ для *Sicherheitsleistung* ⁶⁾. Отсюда Дербургъ дѣлаетъ предположеніе, что, вѣроятно, это будетъ отклонять партикулярныя права отъ удержанія такой организаціи, какъ нормальной, гдѣ она является пока таковой ⁷⁾.

¹⁾ BGB. § 1186.

²⁾ BGB. 1138.

³⁾ § 1191.

⁴⁾ § 1199.

⁵⁾ Дербургъ, III 575, третируетъ какъ особая образованіи—ипотеку и в. д. собственника, также солидарную ипотеку и в. д.

⁶⁾ BGB. § 238 п. 2.

⁷⁾ III 576.

II. Какъ ни различны указанныя организаціи, правовая сущность всѣхъ ихъ одинакова.

1. Залогъ вездѣ тамъ третируется уложеніемъ, какъ вещное право на недвижимость; и прежнія сомнѣнія насчетъ того, не есть-ли современный залогъ только реальное обязательство, только долгъ владѣльца недвижимости, устраняются уложеніемъ. Лишь содержаніе залога особенно отъ содержанія другихъ вещныхъ правъ, и именно въ томъ отношеніи, что въ то время, какъ тѣ права даютъ субъекту ихъ выгоды изъ физическихъ свойствъ вещи, залогъ поражаетъ цѣновую сторону вещи или ея доходовъ (такъ что юридическое свойство ипотеки—въ притязаніи) ¹⁾. Залоговое бремя имѣетъ содержаніемъ то, что изъ недвижимости подлежитъ уплатѣ опредѣленная денежная сумма,—будетъ ли то ипотека, или вотчинный долгъ. Различіе послѣднихъ заключается не въ этой общей сущности, а въ отношеніи ихъ къ личному требованію ²⁾.

„Но, конечно, удовлетвореніе изъ недвижимости есть только образное выраженіе, такъ какъ въ точномъ смыслѣ нельзя достать изъ недвижимости денежную сумму. Смыслъ выраженія—въ томъ, что управомоченный, кредиторъ, имѣетъ полномочіе добиться удовлетворенія путемъ экзекуціи на недвижимость“ ³⁾.

Такимъ образомъ, въ самой формулировкѣ Уложеніе открыто устраняетъ всякія сомнѣнія о природѣ ипотеки и вотчиннаго долга. Ипотека и вотчинный долгъ Уложенія суть строго вещныя права, поражающія только недвижимость въ ея цѣновомъ моментѣ, и не создающія никакой обязанности къ положительному дѣйствію на сторонѣ собственника недвижимости. Со вступленіемъ Уложенія въ дѣйствіе, въ Германіи не остается болѣе нормы права, на которой могли бы самыя восторженныя германскія построить свою *Realobligation* ⁴⁾. Но самостоятельность ипотеки Уложеніе проводитъ во всей той мѣрѣ, въ какой это нужно для интересовъ оборота: вотчинный долгъ вполне самостоятеленъ, оборотная ипотека только для практиче-

¹⁾ Dernburg, III 576.

²⁾ BGB. § 1113: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Hypothek)“. § 1191: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist (Grundschild)“...

³⁾ § 1147: „Die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung“. Schwind осуждаетъ формулировку Уложения, гл. VIII. За то послѣднія устраняетъ сомнѣнія о природѣ ипотеки.

⁴⁾ Изъ очерка прусскаго закона 1872 г. мы уже знаемъ, что юристы, по изданіи уложения, отказались конструировать современную ипотеку какъ *Realobligation*, и перешли къ иной ея конструкціи, вовсе не посягающей на правовую разумъ новыхъ ипотечныхъ законовъ. Здѣсь укажу, кромѣ Dernburg III, 577 и 610 и Schwind, введеніе, гл. VIII и друг., еще на Mittelstein, 182 и Oberneck, 27. Послѣдній требуетъ исправленія формулировки судебныхъ приговоровъ по ипотечнымъ искамъ.

скихъ удобствъ по фикции признается аксессуарной, безъ ущерба оборотоспособности, и даже къ выгодѣ послѣдней, такъ какъ организация ея въ Уложеніи облегчаетъ кредитору трудное дѣло осуществленія своего права. Обеспечительная ипотека аксессуарна, такъ какъ по существу должна быть такою.

2. Наконецъ, всюду залогъ есть право на вещь, а не долю цѣны вещи, что доказывается не только выраженіями Уложенія ¹⁾, но и тѣмъ, что ипотека мыслима и такая, что она превышаетъ завѣдомо самую высокую оцѣнку вещи ²⁾.

III. Изъ единства правовой сущности и изъ того обстоятельства, что свойства предшествующихъ ипотекъ безразличны для послѣдующихъ кредиторовъ, такъ какъ послѣдніе все равно не повышаются въ рангѣ съ погашеніемъ предшествующихъ ипотекъ, въ которыхъ вступаетъ тогда собственникъ (относительная Locus-Theorie), Уложение выводитъ широкое начало превращенія одной организации въ другую: Sicherungs-Hypothek — въ обыкновенную ипотеку и обратно ³⁾, ипотеки — той и другой — въ вотчинный долгъ ⁴⁾; далѣе, рентнаго долга — въ простой вотчинный долгъ или ипотеку и обратно ⁵⁾; наконецъ, кредитной ипотеки — въ ипотеку собственника или в.-д. собственника и обратно.

Допускается и то, что ипотека остается, по требованію, къ которому она примыкаетъ, мѣняется; это допускается по соглашенію между собственникомъ и кредиторомъ ⁶⁾; допускается далѣе, что, съ согласія прежняго кредитора, вступаетъ новый кредиторъ ⁷⁾. Ipso jure имѣетъ мѣсто переходъ ипотеки въ требованію о возмѣщеніи ущерба, каковое требованіе личный должникъ приобретаетъ съ уплатой ипотечнаго долга противъ вотчиннаго собственника ⁸⁾.

IV. *Ипотека съ ипотечнымъ свидѣтельствомъ.* I. Первая коммиссія, въ цѣляхъ единообразія организаціи установленія вещныхъ правъ, отправлялась отъ идеи, что за норму нужно признать книжную ипотеку и, по желанію сторонъ, нужно допустить исправку свидѣтельства.

Но вторая коммиссія, отправляясь отъ опыта Пруссіи, гдѣ ипотека со свидѣтельствомъ господствовала, за норму приняла таковую. Но допустила и отказъ отъ свидѣтельства, путемъ соглашенія сторонъ и подлежащей отмѣтки въ книгѣ. Наконецъ, допустила отказъ отъ отказа ⁹⁾.

¹⁾ BGB. § 1113, 1191.

²⁾ Dernburg III 578.

³⁾ § 1186.

⁴⁾ § 1198, см. Dernburg III 579.

⁵⁾ § 1203.

⁶⁾ § 1180, п. 1.

⁷⁾ § 1180, п. 2.

⁸⁾ § 1164.

⁹⁾ Отсюда BGB. 1116.

Тѣ же начала Уложеніе усвоило и для вотчиннаго долга ¹⁾. Лишь для обезпечительной ипотеки свидѣтельство не допускается вовсе ²⁾.

II. Особенности ипотеки со свидѣтельствомъ. Последнее, по записи ипотеки, вручается собственнику ³⁾; а если позднѣе выправляется, то вручается кредитору ⁴⁾. Но допускается и иное соглашеніе сторонъ, по формѣ ⁵⁾.

Кредиторъ приобретаетъ ипотеку со свидѣтельствомъ лишь тогда, когда свидѣтельство вручается ему во владѣніе на правѣ собственности ⁶⁾. Когда кредиторъ владѣетъ свидѣтельствомъ, его владѣніе презюмируется какъ правомѣрное.

До Уложенія не ясно было, какое правоотношеніе мы имѣемъ тамъ, гдѣ ипотека записана, а свидѣтельство еще не передано книжному кредитору. Уложеніе точно предписываетъ, что, до врученія свидѣтельства кредитору, ипотека принадлежитъ собственнику ⁷⁾. II послѣдній имѣетъ все права собственника-ипотекаря. Онъ можетъ односторонне погасить ипотеку, записать на свое имя или на имя 3-го лица. Напротивъ, записанный кредиторъ, несмотря на запись, не имѣетъ еще никакихъ правъ кредитора, пока ему не вручено собственникомъ свидѣтельство или пока не состоялось соглашеніе, что кредиторъ можетъ получить свидѣтельство отъ установленія. Если надъ собственникомъ учреждается конкурсъ, кредиторъ не имѣетъ jus separationis. Онъ можетъ развѣ только осуществить притязаніе о выдачѣ ему свидѣтельства. Но если онъ добьется хотя отмѣтки своего притязанія о выдачѣ свидѣтельства до конкурса, — онъ защищается вещно ⁸⁾.

Уступка и залогъ поста связывается также со свидѣтельствомъ ⁹⁾.

На осуществленіе ипотеки въ порядкѣ нека тутъ опять допускается возраженіе со стороны отвѣтника, что онъ не представилъ свидѣтельство, или что на свидѣтельствѣ не значится, что оно принадлежитъ петцу ¹⁰⁾.

Востребованіе и т. п. даже со стороны настоящаго кредитора не имѣетъ дѣйствія, если кредиторъ не предъявляетъ такихъ актовъ ¹¹⁾.

Книга и свидѣтельство должны быть согласны все время. Отсюда, при ипотекахъ со свидѣтельствомъ запись или погашеніе слѣдуютъ только на предъявленіе свидѣтельства ¹²⁾.

Только одно свидѣтельство допускается для одного поста, развѣ что старое кассировано или объявлено безцѣльнымъ ¹³⁾.

¹⁾ § 1192, п. 1.

²⁾ GBO. § 60.

³⁾ § 1185.

⁴⁾ GBO. § 60.

⁵⁾ GBO. § 60, 29.

⁶⁾ BGB. § 1117: Eigenbesitz.

⁷⁾ § 1163, п. 2.

⁸⁾ Dernburg III 587.

⁹⁾ 1154, § 1274.

¹⁰⁾ § 1160, п. 1.

¹¹⁾ § 1160, п. 2.

¹²⁾ GBO. § 42.—Исключеніе въ GBO. § 42, 54.

¹³⁾ Dernburg III 588.

Когда свидетельство утрачено или уничтожено, оно объявляется без-
сильнымъ въ порядкѣ вызывнаго производства ¹⁾. Когда приговоръ вступаетъ
въ силу, допускается выдача новаго свидетельства ²⁾.

Относительно формы свидетельства уставъ содержитъ лишь самыя
общія предписанія, имѣющія, впрочемъ, старую тенденцію упрощенія свидѣ-
тельства въ цѣляхъ легчайшей обозримости ихъ, безъ ущерба дѣлу ³⁾.

Если имѣется долговой актъ о требованіи, онъ соединяется со свидѣ-
тельствомъ ⁴⁾.

V. *Рангъ ипотекъ и вотчинныхъ долговъ*. I. Общее начало о рангѣ ⁵⁾
вещныхъ правъ относится и до нихъ, но оно развивается при нихъ еще
особеннымъ образомъ. Въ общемъ, Уложеніе и тутъ стоитъ на старой почвѣ,
хотя и не безъ новшествъ. Право всѣхъ ранговъ одинаковое. Оно даетъ тоже
принудительное осуществленіе; только осуществленіе послѣдующаго права не
загромождаетъ существованія предшествующаго права. Далѣе, послѣдующій
кредиторъ въ правѣ удовлетворить предшествующаго кредитора, когда осу-
ществленіе послѣднимъ своего права грозитъ гибелью праву того. Тогда ипо-
тека достается ему ⁶⁾.

II. Но рангъ можетъ быть измѣненъ соотвѣтствующими записями въ книгу.

Прежде всего кредиторъ можетъ измѣнить рангъ принадлежащихъ ему
и послѣдовательно другъ за другомъ расположенныхъ постовъ, путемъ отмѣ-
токъ въ книгѣ, съ согласія собственника ⁷⁾. Это возможно и для долей од-
ного поста.

Но важнѣе для оборота измѣненіе ранга путемъ уступки приоритета,
посредствомъ которой одинъ кредиторъ уступаетъ свой рангъ въ пользу дру-
гого кредитора, одновременно или послѣ него записываемаго. Это особенно
важно въ жизни въ виду того, что рядъ кредитныхъ учрежденій можетъ
сужать только подъ первую ипотеку. Уступка требуетъ соглашенія интерес-
сентовъ и записи въ книгу. Она не вліяетъ на промежуточные посты, а
судьба повышающагося поста не зависитъ болѣе отъ судьбы понижая-
ющагося поста, мѣсто котораго занимаетъ ⁸⁾.

Уложеніе знаетъ и предоставленіе приоритета при соизволеніи ипотеки,
въ силу котораго собственникъ можетъ позднѣе установить ипотеку съ пре-
имущественнымъ рангомъ. Это практически важно, когда приобрѣтается уча-
стокъ подъ выстройку и приобрѣтатель выговариваетъ приоритетъ для ссуды

1) BGB. § 1162.

2) GBO. § 42.—Частичное свидетельство BGB. § 1152, 1145, GBO. § 61, 62.

3) GBO. § 56, 61, 57, 58.

4) GBO. § 58.

5) § 879 BGB. Подробности у D. III 592.

6) § 268 и 1153.

7) BGB. 880.

8) На практикѣ уступка ранга приводитъ къ сложнѣйшимъ и запутаннѣйшимъ поло-
женіямъ. См. у Dernburg III 593. BGB. § 880, § 1164 кое-что вносятъ новаго въ рѣшеніе
трудностей, но не разрѣшаютъ послѣднихъ.

на выстройку ¹⁾. Предоставленіе приоритета имѣетъ вещное дѣйствіе, разъ
онъ записанъ при постѣ, долженствующемъ уступить. Приоритетъ переходитъ
на всякаго собственника, даже приобрѣтателя съ торговъ ²⁾.

Послѣдующее предоставленіе приоритета имѣетъ мѣсто и по уложенію
для $\frac{1}{2}$ %, когда онъ увеличивается потомъ до 5% ³⁾.

VI. *Ипотека собственника*. Первый проектъ уложенія слѣдовалъ тутъ
еще прусскому праву, допускавшему, какъ мы знаемъ, и погашеніе ипотеки
и повышеніе послѣдующихъ кредиторовъ, и притомъ, въ значительномъ числѣ
случаевъ (ипотека съ самаго начала недѣйствительна или покрыта инымъ
путемъ, кромѣ удовлетворенія или слиянія съ собственностью). Но второй
пошелъ дальше, а также и уложеніе.

Послѣднее именно допускаетъ вступленіе собственника при всякаго рода
организацияхъ залога. Собственникъ сукцедируетъ въ ипотекахъ и вотчин-
ныхъ долгахъ. При реалномъ долгѣ онъ сукцедируетъ, конечно, въ откуп-
ной суммѣ ⁴⁾.

Даже въ обезпечительной ипотекаѣ допускается это ⁵⁾, и, притомъ, въ
полной суммѣ ⁶⁾. То же и при условной ипотекаѣ и даже отмѣченномъ
постѣ ⁷⁾.

Но сукцессія относится только до капитальнаго долга, а не придатковъ,
такъ какъ послѣдніе не представляютъ длительного обремененія ⁸⁾.

Переходъ поста на собственника совершается ipso jure, при наличности
условій. Такъ что, съ наступленіемъ послѣднихъ, книга, гласящая на кре-
дитора, становится неправильной. И собственникъ можетъ требовать соизво-
ленія книжнаго кредитора или его преемника на исправленіе книги ⁹⁾ и предъ-
явленія свидетельства въ вотчинное установленіе ¹⁰⁾. Можетъ и обезпечить
свое право на постъ записью протеста ¹¹⁾.

Ипотека собственника вовсе не предполагаетъ перехода личнаго требо-
ванія, для котораго ипотека записана. Часто она переходитъ на собствен-
ника безъ требованія; но часто же собственникъ получаетъ вмѣстѣ съ ипо-
текой и личное требованіе. Отсюда получается различіе отрѣшенной отъ
требованія и снабженной требованіемъ ипотеки собственника.

Первая превращается въ вотчинный долгъ ¹²⁾, при чемъ отдѣльные мо-

1) § 881.

2) Крайне серьезные конфликты, имѣющіе мѣсто при этомъ институтѣ въ жизни, см.
у Dernburg III 596.

3) BGB. § 1119.

4) § 1200.

5) § 1184, 85.

6) § 1163.

7) Dernburg III 601.

8) § 1178.

9) § 894.

10) § 896.

11) § 899.

12) § 1177.

менты, как %-ость и мѣсто уплаты регулируются условіями о личномъ требованіи.

Вторая остается ипотекой, но вытекающія изъ нея права, пока соединеніе съ собственностью остается, третируются по правиламъ о вотчинномъ долгѣ собственника ¹⁾.

Собственникъ можетъ, однако, условиться въ отношеніи другихъ лицъ о погашеніи поста, въ случаѣ соединенія его съ собственностью, и это соглашеніе получить вещное дѣйствіе, если будетъ отмѣчено въ книгѣ ²⁾.

§ 91. Нормальная ипотека Verkehrshypothek.

Уложеніе принимаетъ за норму Verkehrshypothek и въ ея регламентаціи развиваетъ больше всего содержаніе современной ипотеки, упоминая при другихъ видахъ ипотеки, какъ особенныхъ, лишь ихъ особыя черты. Этой системѣ уложенія слѣдуетъ и литература ³⁾. Ей послѣдуемъ и мы.

I. *Сущность нормальной ипотеки.* Въ различныхъ стадіяхъ обработки права Уложеніи взгляды на сущность нормальной ипотеки колебались. Во второй комиссіи высказывались за то, что современное правообразованіе имѣетъ тенденцію къ отрѣшенію ипотеки отъ личнаго требованія и что послѣднему надо придать значеніе только то, что оно служитъ легитимацией для притязанія объ удовлетвореніи изъ недвижимости. Отсюда другіе выводили, что различія ипотеки и вотчиннаго долга не приходится болѣе искать въ отношеніи ихъ къ личному требованію ⁴⁾. Однако, Дерибургъ и Швиндъ основательно усматриваютъ слишкомъ широкимъ и неяснымъ понятіе легитимации. Правда, что уложеніе по существу дѣла не установило акцессорной природы оборотовой ипотеки, однако, въ юридическомъ построеніи (Aufbau) оборотовой ипотеки уложеніе удержало акцессорную природу и именно путемъ фикціи. Именно, уложеніе предписываетъ, что нормы о р. f. книги, предписанныя въ отношеніи ипотеки, дѣйствуютъ и въ отношеніи требованія и возраженій собственника, принадлежащихъ послѣднему противъ ипотеки ⁵⁾.

Все это не имѣетъ мѣста, когда дѣло идетъ объ отвѣтственности личнаго должника. Но когда вопросъ касается ипотеки, тогда требованіе, къ которому ипотека примыкаетъ, третируется ⁶⁾ въ отношеніи 3-го добросовѣстнаго приобретателя какъ дѣйствительное, хотя бы оно никогда не возникло или давно угасло.

Конечно, это странно, ибо акцессорное отношеніе только и имѣетъ смыслъ, что ипотека зависитъ отъ требованія въ своемъ существованіи, тогда

¹⁾ § 1177.

²⁾ § 1179.—Отдѣльные случаи successiō и ихъ догматическій анализъ см. у Dernburg III 603.

³⁾ См. Dernburg III 606 и слѣд. Mittelstein, Das Hyp. R. des bürgerl. Ges.-B., отчасти Oberneck, Das Hyp. R. des Bürgerl. G. Buches, Berlin 1897.

⁴⁾ У D. III 607. Oberneck 44 и Schwind, га. УПІ.

⁵⁾ § 1137, 38, въ связи съ § 891—99.

⁶⁾ § 892.

какъ тутъ участвуетъ обратное. Все же фикція есть, и она всемогуща. Только на основаніи ея можно было предписать, что уступка ипотеки слѣдуетъ съ уступкой требованія, и что ипотека не можетъ быть передана безъ требованія ¹⁾ (какъ равно и требованіе — безъ ипотеки).

Хотя бы требованіе было ничтожно, напр. лихонимственное, или валюта не вылачена, или подлоги или принужденіе имѣли мѣсто,—все равно оно образуетъ въ силу фикціи юридическую основу уступаемой ипотеки ²⁾.

Но, не взирая на то, что путемъ фикціи утвердили въ существенномъ отношеніи акцессорную природу ипотеки, все же въ другихъ предписаніяхъ выступаетъ самостоятельность залоговаго долга въ отношеніи личнаго требованія. Такъ, личное требованіе можетъ быть зрѣлымъ, а ипотека — не зрѣлой, а особенно, ипотека можетъ быть зрѣлой раньше, чѣмъ созрѣетъ личное требованіе ³⁾. Далѣе, залоговый долгъ можетъ имѣть иныя свойства, чѣмъ личное требованіе, когда, напр., кредиторъ имѣетъ право на % за просрочку по ипотечному требованію изъ недвижимости, и когда онъ не имѣетъ того же права по личному требованію ⁴⁾.

Собственникъ, по уложенію, не является лично обязаннымъ на уплату ипотечнаго долга, но имѣетъ право удовлетворить кредитора, когда дѣйствіе стало въ отношеніи его зрѣлымъ, или когда личный должникъ управомоченъ на дѣйствіе ⁵⁾.

II. *Осуществленіе личной и вещной отвѣтственности.* Принципіально кредитору принадлежитъ какъ личный искъ противъ должника на основаніи личнаго требованія, такъ и вещный искъ противъ собственника заложеной вещи на основаніи залоговаго права.

II уложеніе даетъ кредитору полный выборъ между обоими исками, не взирая на то, одно или разныя лица будутъ личный и ипотечный должникъ. Тутъ уложеніе отнеслось съ невниманіемъ къ оборотовымъ интересамъ и утвердилось на почвѣ полу-романтистической, полу-германистической, не допуская ни beneficium excussionis, ни отвѣтственности въ первой линіи залогоа. Повидимому, цѣль была — облегчить кредитору трудное дѣло осуществленія его права.

Все же уложеніе регулируетъ случай, когда личный должникъ отчуждаетъ заложленную недвижимость въ 3-ьи руки, по-новому, именно со вниманіемъ къ соглашенію, состоявшемуся между отчуждателемъ и приобретателемъ по поводу уплаты ипотечнаго долга.

¹⁾ § 1153.

²⁾ Dernburg III 608.

³⁾ Это ясно изъ § 1141, п. 1, регулирующаго условія востребованія ипотеки.—Заслуживаетъ вниманія и п. 2, согласно которому востребованіе дѣйствительно, когда направлено противъ книжнаго собственника или судомъ назначеннаго представителя такового, если собственникъ отсутствуетъ. Предписаніе внести важныя облегченія въ порядокъ осуществленія ипотеки.

⁴⁾ § 1146.

⁵⁾ § 1142.

Именно, когда уплата по ипотечному требованию лежит на продавце, а кредитора удовлетворить собственник-покупатель, тогда требование, а с нимъ и ипотека, переходит на покупателя ¹⁾. А когда ипотека была солидарной (Gesamth.), тогда переход ипотеки совершается лишь въ отношеніи собственнаго участка покупателя ²⁾.

Когда же покупатель принялъ записанное требование, но пріяніе долга не соизволено кредиторомъ, и продавецъ уплатилъ ипотечный долгъ, тогда послѣднему принадлежитъ право не только требовать возмѣщенія ущерба, но и ипотека, записанная для уплатнаго долга, переходит на него и соединяется съ требованіемъ о возмѣщеніи ущерба противъ собственника или его предшественниковъ ³⁾.

Въ пользу личнаго должника, управомоченнаго на требование возмѣщенія ущерба отъ собственника, по случаю удовлетворенія кредитора, въ частности, въ пользу продавца, когда покупатель принялъ долгъ въ счетъ цѣны за недвижимость, и когда кредиторъ не соизволил на пріяніе долга, уложеніе устанавливаетъ еще особое предписаніе ⁴⁾. Им. кредиторъ, осуществляющій принудительное отчужденіе, благоволяетъ немедленно извѣщать его, чтобы должникъ могъ воздѣйствовать на наиболее благоприятный исходъ экзекуціи или даже своевременно удовлетворить кредитора и этимъ вызвать переход ипотеки на свое притязаніе о возмѣщеніи ущерба.

Если извѣщеніе не состоится, личный должникъ пріобрѣтаетъ разрушительное возраженіе на требование кредитора—по поводу недобора при принудительномъ отчужденіи,—насколько должникъ терпитъ ущербъ отъ упущенія съ извѣщеніемъ. Возраженіе отпадаетъ, когда оповѣщеніе фактически было безуспѣшнымъ, вслѣдствіе неизвѣстности жительства должника или отдаленности жительства и т. п. ⁵⁾.

III. Возникновеніе оборотовой ипотеки. Эта ипотека образуетъ, по идеѣ Уложенія, неизгнѣнно сдѣлку реального кредита. Всѣ другіе титулы приводятъ лишь къ обезпечительной ипотекаѣ.

Для своего возникновенія, оборотова я ипотека требуетъ, согласно Уложенія (§ 873):

а) соглашения собственника недвижимости и ипотечнаго кредитора объ установленіи ипотеки и б) записи.

¹⁾ § 1143.

²⁾ § 1173. — Переходъ не можетъ послѣдовать въ ущербъ кредитора, получающаго уплату, напр. къ ущербу принадлежащаго ему задолженнымъ изъяснѣя ипотечнаго долга. Возраженія продавца изъ правоотношенія его съ покупателемъ остаются незатронутыми. § 774, 1143.

³⁾ § 1164, п. 1, п. 1⁰. — Когда личному должнику слѣдуетъ возмѣщать ущербъ лишь отчасти, тогда собственникъ не можетъ осуществить ипотеку въ ущербъ ипотекаѣ должника. § 1164, п. 1, п. 2. Съ удовлетвореніемъ кредитора уравнивается случай, когда требование и долгъ соединяются въ одномъ лицѣ личнаго должника, если черезъ то прекращается требование. § 1164, п. 2.

⁴⁾ § 1166.

⁵⁾ § 1166.

а) Соглашеніе можетъ быть и безформеннымъ; оно можетъ какъ предшествовать записи, такъ и слѣдовать за послѣднею, что особенно стало возможнымъ въ виду господствующаго въ формальномъ правѣ уложенія принципа консенза. Часто соглашеніе заключается уже во врученіи и пріяніи ипотечнаго свидѣтельства.

б) Запись требуетъ направленаго въ вотчинное установленіе соизволенія собственника недвижимости или вошедшаго въ законную силу судебнаго приговора, осуждающаго собственника на выраженіе соизволенія о записи ипотеки. Сверхъ того требуется еще просьба кредитора или собственника о записи ¹⁾.

Не служить условіемъ записи то, чтобы соизволяющій уже во время дачи соизволенія былъ собственникомъ, какъ это особенно выдвигалось для прусскаго права. Скорѣе же достаточно, по Уложенію ²⁾, чтобы соизволяющій запись ипотеки пріобрѣлъ недвижимость хотя бы и послѣ соизволенія или чтобы ему наслѣдовалъ собственникъ, если только наслѣдованіе не ограничено въ отношеніи отвѣтственности за долги наслѣдства.

До Уложенія былъ спорнымъ вопросъ о томъ, дѣйствуетъ ли ипотека противъ конкурсныхъ кредиторовъ, когда просьба о записи предъявлена до открытія конкурса надъ имуществомъ собственника недвижимости, но запись сама совершена уже по открытіи конкурса. Уложеніе рѣшаетъ вопросъ въ томъ смыслѣ ³⁾, что волеизъявленіе о записи ипотеки не становится недѣйствительнымъ оттого, что давшій его становится ограниченнымъ въ способности распорядиться недвижимостью послѣ того, какъ волеизъявленіе его стало для него обязательнымъ и просьба о записи предъявлена въ вотчинное установленіе ⁴⁾.

Запись ипотеки содержитъ: а) указаніе на требование, для котораго ипотека устанавливается, и на основаніе требованія (Schuldgrund). Требованіе возможно и будущее, и условное; б) указаніе кредитора. По уложенію не настаиваетъ на томъ, чтобы запись гласила на имя опредѣленнаго кредитора. Требуется лишь, чтобы не возникло сомнѣній въ тождествѣ кредитора; но допустимо и обозначеніе кредитора путемъ указанія такихъ свойствъ, которыя одному ему свойственны, если практическая потребность того требуетъ, напр. „наслѣдство“, „наслѣдникъ“, „душеприказчикъ“, „конкурсная масса“. в) Необходимо и указаніе денежной суммы требованія. г) Ипотека простирается на договоренный процентъ, когда онъ записанъ. е) Другія побочныя дѣйствія, чтобы получить ипотечную обезпеченность, должны быть также записаны ⁵⁾.

¹⁾ GVO. § 13.

²⁾ § 185, п. 2.

³⁾ § 878 ср. 873.

⁴⁾ То же относится до случая заявленія объ отказѣ или измѣненіи содержанія права. § 875, 877.

⁵⁾ § 1113, 1115 ср. Dernburg III 615.

Въ остальномъ свойства требованія могутъ быть указаны въ созволеніи на запись ¹⁾. Когда ипотека записывается въ обезпеченіе ссуды изъ банка, допускается ссылка на уставъ банка въ отношеніи разнаго рода побочныхъ дѣйствій, сопровождающихъ ипотеку ²⁾.

IV. *Содержаніе обремененія* регулируется уложеніемъ въ старомъ духѣ. Недвижимость отвѣчаетъ, по уложенію, за записанное капитальное требованіе, за записанные %-ы, за другія записанныя побочныя дѣйствія.

Безъ записи, недвижимость отвѣчаетъ за законный % съ записаннаго требованія ³⁾, за издержки востребованія и осуществленія права, цѣлящагося на удовлетвореніе изъ недвижимости ⁴⁾.

V. *Предметъ ипотеки* въ общемъ регулируется въ старомъ духѣ, лишь съ нѣкоторыми ничтожными особенностями.

Могутъ быть обременяемы ипотекой всѣ тѣ недвижимости, которыя имѣютъ въ вотчинной книгѣ листъ ⁵⁾. По правилу, ипотека поражаетъ субстанцію недвижимости и только для леновъ и фиденкомиссовъ уложеніе, по-прежнему, допускаетъ ипотеку доходовъ и пользованія (Revenüenhyp.). По правилу же недвижимость обременяется ипотекой въ цѣломъ; но допускается уложеніемъ обремененіе идеальныхъ долей, когда послѣднія составляютъ доли собственности ⁶⁾. Но ипотека на реальныя доли недвижимости не допускается ⁷⁾.

Ипотека простирается на всѣ тѣлесныя составныя доли недвижимости, безъ различія, будутъ ли это существенныя или несущественныя доли. Отдѣленные отъ цѣлаго доли остаются обремененными ипотекой; присоединенныя доли къ обремененной недвижимости подвергаются ипотечному бремени увеличиваемой ими недвижимости; ипотека поражаетъ и то, что создается на недвижимости, кромѣ только того, что имѣетъ переходящую цѣль или соединяется съ почвой въ цѣльхъ осуществленія права. Ипотека поражаетъ и субъективно-вещныя права, связанныя съ заложенымъ имѣньемъ ⁸⁾.

Ипотека поражаетъ своеобразно и движимыя принадлежности имѣнья, плоды и страховое вознагражденіе, — какъ элементы сложнаго хозяйственнаго механизма недвижимаго имѣнья, только, по понятнымъ причинамъ, для этого требуется со стороны кредитора особая воля, осуществляемая путемъ судебного запрещенія, ибо оборотъ хозяйственной дѣятельности имѣнья, какъ и

1) Eod.

2) § 1115, п. 2: ради краткости.

3) § 1118.

4) Dernburg III 616. Равно — за издержки принудительнаго осуществленія залога. Но издержки по взысканію личнаго требованія не относятся сюда, такъ какъ это взысканіе не существенно для осуществленія ипотеки изъ недвижимости. Dernburg III 616, 617.

5) Перечень ихъ у Dernburg III 617.

6) § 1114.

7) Ср. Dernburg III 618.

8) § 890, п. 2, 1131, 96. Подробности у Dernburg III 618.

интересы 3-хъ лицъ не терпятъ, чтобы отдѣляемыя движимости и въ 3-хъ рукахъ оставались пораженными залоговымъ бременемъ ¹⁾.

VI. *Солитарная ипотека* (Gesamthyp.), несмотря на ея неудобства, усвоена была и уложеніемъ, съ нѣкоторыми особенностями, смягчающими вытекающія изъ нея затрудненія ²⁾.

VII. *Передача ипотеки*. Уложеніе исходитъ тутъ изъ начала акцессорной природы ипотеки. Ипотека переходитъ на новаго кредитора съ переходомъ требованія ³⁾. Это начало относится и къ тѣмъ случаямъ, гдѣ личное требованіе вовсе и не возникло или уже прекратилось, но гдѣ ипотека въ силу ея ордернаго свойства дѣйствуетъ въ пользу добросовѣстнаго приобретателя, — ибо для ипотеки записанное личное требованіе разсматривается тутъ какъ существующее ⁴⁾.

Отсюда уложеніе устанавливаетъ и болѣе общее начало. Ни требованіе безъ ипотеки, ни ипотека безъ требованія не могутъ быть переданы ⁵⁾. Но кредиторъ можетъ отказаться отъ ипотеки, которая тогда отходитъ собственнику недвижимости ⁶⁾, — и передать далѣе уже одно требованіе безъ ипотеки. Съ другой же стороны, съ согласія собственника, кредиторъ можетъ превратить ипотеку въ вотчинный долгъ ⁷⁾. И тогда требованіе и вотчинный долгъ могутъ принадлежать разнымъ лицамъ.

Вообще, передача обезпеченнаго ипотекой требованія регулируется общими правилами о передачѣ требованій ⁸⁾, по уложеніе связываетъ переходъ такого требованія и особой формой ⁹⁾. При чемъ, безъ соблюденія послѣдней, требованіе не переходитъ и настолько, чтобы создать чисто личную отвѣтственность должника передъ цессіонаріемъ.

Форма перехода различна при оборотовой ипотека съ свидѣтельствомъ и безъ такового (Briefhyp. и Buchhyp.).

При ипотека съ свидѣтельствомъ необходимо волеизъявленіе цедента объ уступкѣ ипотеки въ письменной формѣ. Но принятіе волеизъявленія, тоже необходимое для перехода требованія, можетъ быть и безформеннымъ. Обыкновенно оно заключается въ принятіи волеизъявленія и ипотечнаго свидѣтельства.

Законъ не требуетъ для перехода требованія и ипотеки того, чтобы волеизъявленіе было официально удостовѣрено. Но все же цессіонарій получаетъ полное право кредитора лишь съ официальнымъ удостовѣреніемъ волеизъявленія объ уступкѣ ипотеки, ибо для осуществленія ипотеки, осо-

1) Подробности у Dernburg III 618 и слѣд.—BGB. § 1120 и слѣд.

2) См. Dernburg III 625 и слѣд.

3) § 1153.

4) § 1138 и 892.

5) § 1153, п. 2.

6) § 1168.

7) § 1198.

8) § 398.

9) § 1154.

бенно для востребования против собственника недвижимости, требуется официально удостоверенное заявление об уступке¹⁾. Отсюда, ценить благоволить допустить такое удостоверение, если того требует цессия²⁾.

Требуется и передача ипотечного свидетельства приобретателю поста или закупа таковой передачи³⁾.

Письменное заявление о передаче может быть заменено записью уступки ипотеки в вотчинную книгу. Для этого требуется предъявление ипотечного свидетельства⁴⁾, и новый кредитор отмѣчается на ипотечномъ письмѣ⁵⁾. Въ силу записи и владѣнія свидетельствомъ приобретатель становится легитимированнымъ на ипотеку.

При книжной ипотеке уступка послѣдней слѣдуетъ на основаніи общихъ предписаній объ установленіи правъ на недвижимость⁶⁾, т. е. путемъ записи цессии в вотчинную книгу и соглашения сторонъ, предшествующаго или послѣдующаго за записью.

Условіями записи цессии являются⁷⁾ соизволеніе пассивно заинтересованнаго, слѣд. записаннаго кредитора, и просьба о записи со стороны одного изъ участниковъ цессии.

VIII. Защита добросовѣстнаго приобретателя. До уложенія тутъ иногда увлекались, давая защиту не только приобретателю по сдѣлкѣ, но и по исполнительному производству, хотя тутъ уже нѣтъ оборотной потребности; но далѣе пытались дать защиту и безвозмездному приобретателю.

Уложеніе, какъ вездѣ, идетъ и тутъ среднимъ путемъ. Оно повторяетъ начало ордернаго качества ипотеки, но не допускаетъ его для обезпечительной ипотеки—*Sicherungshyp.*

Но уложеніе придало ученію новый юридическій образъ, путемъ слѣдующихъ предписаній.

Что касается ипотеки собственно, то для приобретателя ипотеки или права на ипотеку по сдѣлкѣ является правильнымъ содержаніе записи⁸⁾; развѣ что въ книгу записано возраженіе на правильность записи или неправильность извѣстна была приобретателю⁹⁾. Это—по-прежнему.

Но далѣе, тѣ же начала примѣняются къ ипотекамъ и въ отношеніи требованія, ради котораго ипотека записана (такъ что ипотека простираетъ свою защиту и на требованіе), какъ равно и въ отношеніи нѣкоторыхъ возраженій на требованіе, принадлежащихъ собственнику недвижимости¹⁰⁾.

¹⁾ § 1160—1155.—Только такое заявление пользуется р. ф. въ интересъ поздавѣвшихъ приобретателей ипотеки. § 1155.

²⁾ § 1154, п. 1.

³⁾ § 1154 п. 1.

⁴⁾ § 42 GBO.

⁵⁾ § 62 GBO.

⁶⁾ § 1154, п. 3 съ § 873, 878.

⁷⁾ § 19 GBO.

⁸⁾ § 892.

⁹⁾ § 891—899.

¹⁰⁾ § 1138 выѣтъ съ § 1137 и 770.

Что касается правомочія право-предшественника на отчужденіе или обремененіе ипотеки, то для ипотеки со свидетельствомъ и тутъ дѣйствуютъ общія предписанія (§ 891—99)¹⁾, развѣ только его кредиторское право ивѣствуетъ изъ сопоставленія ряда официально удостоверенныхъ волеизъявленій о цессіяхъ вплоть до записаннаго въ книгу кредитора; и тутъ уже защита примѣняется въ такой же мѣрѣ, какъ если бы право-предшественникъ былъ записанъ самъ въ книгу.

Не покрываются *publica fide* недостатки, усмотрѣнные изъ волеизъявленій о цессии и изъ ипотечнаго свидетельства.

Официально удостоверенному соизволенію цессии уподобляется судебное постановленіе о передаче требованія и официально удостоверенное признание послѣдовавшей въ силу закона передачи требованія.

Только тотъ, кто приобретает ипотеку по сдѣлкѣ, защищается, въ предположеніи добросовѣстности; но не тотъ, кто получает ипотеку не по сдѣлкѣ, а въ порядкѣ исполнительнаго производства; но преемники такового защищаются. Моментомъ, рѣшающимъ вопросъ о личности б. ф. приобретателя, является въ отношеніи правильности ипотеки и требованія—время приобретения, слѣд. при ипотеке со свидетельствомъ—время, даже не удостовереннаго официально, заявленія объ уступкѣ и передачи письма; но по вопросу о правѣ право-предшественника б. ф. рѣшается моментомъ офф. удостоверенія передаточной воли²⁾.

Въ принципѣ б. ф. служить по уложенію какъ возмездному, такъ и безмездному приобретателю. Но все же безмездный обязанъ возстановленіемъ въ пользу потерпѣвшаго³⁾.

Преемники добросовѣстнаго приобретателя защищаются, хотя бы и при такихъ условіяхъ (знаніе сущности дѣла), при какихъ ихъ предшественникъ не защищался бы.

При книжной ипотеке съ самой записью ей уже возникаетъ для ипотечнаго кредитора право отчужденія. А между тѣмъ, въ жизни обыкновенно кредиторъ не выдаетъ должнику валюту до тѣхъ поръ, пока не совершена запись ипотеки. При такомъ положеніи собственникъ можетъ легко пострадать, если кредиторъ не уплатитъ ему валюту. Уже издавна право стремилось найти выходъ изъ затрудненія. Ландрехтъ давалъ собственнику право занести протестъ въ теченіе 38 дней противъ ипотеки, по поводу неполученія валюты. Прусскій законъ 1872 г. устранилъ эту норму, такъ какъ по идеѣ его оборотный характеръ долженъ былъ имѣть вотчинный долгъ, распоряженіе которымъ кредитору принадлежало только съ полученіемъ вотчинно-долгового свидетельства. Кромѣ того, законъ 1872 г. вообще враждебно относится къ институту протестовъ. Но въ другихъ правахъ аналогичная норма дѣйствовала и по существу дѣла она необходима при чисто книжной

¹⁾ § 1155.

²⁾ § 1155.

³⁾ § 816.

ипотекъ. И уложение усвоило начало, что для записи возраженія по поводу неполученія валюты достаточно просьбы собственника, предъявленной въ течение 1 мѣс. по записи ипотеки. И если протестъ будетъ записанъ въ течение 1 мѣс., онъ дѣйствуетъ такъ, какъ если бы былъ записанъ уже при самой записи ипотеки, т. е. и противъ 3-хъ лицъ, которыя въ течение перваго мѣсяца приобрѣтутъ постъ или право на него. Если же просьба предъявлена въ течение мѣсяца, но записи протеста послѣдовала послѣ, протестъ дѣйствителенъ, но не имѣетъ обратной силы ¹⁾.

При ипотекахъ со свидѣтельствомъ подобная мѣра была ненужной, такъ какъ записанное въ качествѣ кредитора лицо приобретаетъ право кредитора лишь со врученіемъ ему ипотечнаго свидѣтельства, что легче сочетать съ уплатой валюты. Но тутъ приобретателю ипотеки грозятъ уже нѣкая опасность. Им. осмотръ вотчинной книги не обезпечиваетъ его вполне, ибо въ отношеніи его ссылка на условія защиты его какъ 3-го приобретателя не допускается ²⁾, какъ скоро неправильность вотчинной книги явствуетъ изъ ипотечнаго свидѣтельства или отмѣтки на послѣднемъ; т. образ. возраженіе о неправильности вотчинной книги, явствующее изъ свидѣтельства или отмѣтки на послѣднемъ, уподобляется по дѣйствию протесту, записанному въ вотчинную книгу. А это требуетъ со стороны кредитора тщательнаго изученія свидѣтельства, нѣрѣдко очень труднаго.

Но, съ другой стороны, не достаточно и изслѣдованія одного свидѣтельства, такъ какъ послѣднее не защищаетъ приобретателя ипотеки, если содержаніе вотчинной книги отличается отъ содержанія свидѣтельства. Хотя, правда, въ идеѣ свидѣтельство согласуется съ книгой, и всякая перемѣна содержанія записи отмѣчается и на свидѣтельствѣ, — однако не требуется предъявленія свидѣтельства для записи протеста, когда послѣдній предписывается распоряженіемъ компетентной власти въ случаѣ, когда протестъ поκειται на томъ, что ипотека или обезпечиваемое требованіе не существуютъ или подвержены возраженію, или ипотека неправильно записана (§ 42, GBO.). И этой опасности мало помогаетъ начало (§ 62, GBO.), что вотчинное установленіе вызываетъ владѣльца ипотечнаго свидѣтельства къ предъявленію послѣдняго, въ цѣляхъ совершенія позднѣйшей отмѣтки на свидѣтельствѣ о наличности протеста; — ибо часто установленіе не будетъ и знать, кто держатель свидѣтельства, когда послѣднее курсируетъ. Съ надежностью будетъ дѣйствовать только тотъ, кто убѣдится, что ко времени приобретенія ипотеки со свидѣтельствомъ не было записано и въ вотчинную книгу протестовъ на ипотеку. Ибо протестъ, записанный послѣ перехода ипотеки со свидѣтельствомъ, не дѣйствуетъ противъ приобретателя ипотеки. А такъ какъ уступка ипотеки слѣдуетъ и путемъ неустойчивой цессіи, датированіе которой не предписывается, то открывается просторъ сомнительнымъ процессамъ ³⁾.

¹⁾ § 1139.

²⁾ § 892, 93 стъ 1140.

³⁾ О %-ахъ и побочных притязаніяхъ см. Dernburg III 63 6 и слѣд. BGB. §§ 1158, 59.

IX. *Правовое дѣйствіе ипотеки*, въ общемъ, регулируется Уложеніемъ въ старомъ духѣ, хотя и такъ, что Уложеніе способно своей формулировкой разсѣять старыя противорѣчія въ литературѣ по вопросу о природѣ ипотечнаго права.

Кредиторъ, въ силу ипотеки, получаетъ право на извлеченіе цѣнности изъ заложенной недвижимости. Для защиты и осуществленія этого права кредитору принадлежатъ вещные иски какъ на случай опасности, грозящей его интересу отъ поврежденія недвижимости, такъ и для извлеченія изъ недвижимости цѣнности, на что онъ управомоченъ своей ипотекой.

Въ извѣстныхъ рамкахъ Уложеніе предоставляетъ сторонамъ право измѣнять общее отношеніе договора.

Ипотека не даетъ кредитору никакого права владѣнія заложенной недвижимостью, равно никакого права пользованія. Антихреза не имѣетъ по Уложенію вещнаго дѣйствія.

Собственникъ въ правѣ отчуждать обремененную недвижимость въ цѣломъ и по частямъ и обременить ее новыми ипотеками или иного рода бремениемъ. И такое право не отмѣнимо и по договору сторонъ ¹⁾.

По зрѣлости ипотеки стороны могутъ установить по договору право кредитора на частное отчужденіе недвижимости, но до зрѣлости требованія такое соглашеніе не имѣетъ силы ²⁾. Уложеніе допускаетъ и *lex commissoria* по зрѣлости ипотеки, но не ранѣе ³⁾.

Когда недвижимость подвергается ухудшенію, тогда, безъ различія того, виновенъ или нѣтъ собственникъ въ ухудшеніи, кредиторъ въ правѣ требовать немедленно удовлетворенія изъ недвижимости, разъ только собственникъ не будетъ готовъ восполнить обезпеченность кредитора ⁴⁾.

Когда недвижимости только грозитъ ухудшеніе, кредиторъ въ правѣ принять мѣры къ отклоненію ухудшающихъ событій, если таковыя исходятъ отъ лица ⁵⁾.

Но главный ипотечный искъ цѣлится добиться принудительнаго исполненія на участокъ и его принадлежности.

Издавна спорили о редакціи просьбы истца и содержаніи приговора. Дерибургъ, измѣняя свой прежній взглядъ, говоритъ, что римская *actio hyp.* направлялась на выдачу вещи истцу, „слѣд. на дѣйствіе отвѣтчика“ (?), а при современной ипотекахъ это не нужно, т. к. владѣлецъ заложенной недвижимости не обязанъ ни къ выдачѣ вещи, ни къ уплатѣ. Отсюда, по мнѣнію Дерибурга, при современной ипотекахъ дѣло идетъ только о признаніи права кредитора (*Feststellung*). Закономъ отвѣчаетъ прошеніе о томъ, чтобы въ отношеніи отвѣтчика было признано, что ипотечное притязаніе истца на недвижимость подлежитъ осуществленію.

¹⁾ § 1136.

²⁾ § 1149.

³⁾ § 1149.

⁴⁾ Подробности въ § 1133—35 и Dernburg III 640 и сл.

⁵⁾ § 1134—35.

Другіе предлагаютъ разсматривать просьбу исквою такъ, что она цѣлится осудить отвѣтчика терпѣть исполнительное производство на участокъ по поводу записанной суммы (Obernesck. 27). Но, справедливо замѣчаетъ Дернбургъ, въ допущеніе принудительнаго осуществленія не можетъ составить частно-правую обязанность ¹⁾.

Управомоченъ на искъ книжный кредиторъ или его право-преемникъ. И тутъ различаются книжная ипотека и ипотека со свидѣтельствомъ.

При первой записи истца, какъ кредитора, достаточна, по и необходимна. Лишь наследникъ книжнаго кредитора управомоченъ на искъ, даже не будучи записанъ ²⁾.

При ипотекахъ со свидѣтельствомъ записи истца, какъ кредитора, еще не достаточно, такъ какъ записанный въ качествѣ кредитора получаетъ тутъ права кредитора лишь со врученіемъ свидѣтельства ³⁾. А, съ другой стороны, онъ можетъ и утратить ипотеку, безъ записи въ книгу, путемъ передачи свидѣтельства. Поэтому, для субстанціаціи иска тутъ требуются, кромѣ ссылки на запись, еще утвержденіе о врученіи свидѣтельства истцу. Но, съ другой стороны, утвержденіе, что истецъ владѣетъ свидѣтельствомъ, достаточно для субстанціаціи иска, т. е. владѣніе свидѣтельствомъ создаетъ презумпцію правильности передачи свидѣтельства.

Собственникъ, въ свою очередь, можетъ требовать предъявленія свидѣтельства и строить возраженіе на непредъявленіи такового истцомъ ⁴⁾.

Кромѣ того, истецъ долженъ указать и данныя, изъ которыхъ вытекаетъ бы, что онъ есть право-преемникъ записаннаго кредитора. Собственникъ можетъ для этого потребовать предъявленія официально удостовѣренныхъ волеизъявленій объ уступкѣ и т. п. и на непредъявленіи таковыхъ строить возраженія ⁵⁾.

Искъ направляется противъ книжнаго собственника заложеной недвижимости или наследниковъ его, ибо только направленный противъ этихъ лицъ исполнимый приговоръ дѣлаетъ возможнымъ принудительное отчужденіе недвижимости ⁶⁾.

При осуществленіи права ипотеки книжный собственникъ третируется какъ истинный. Но все же состоявшееся противъ него постановленіе не имѣетъ правовой силы противъ 3-го дѣйствительнаго собственника. И имѣющіяся у послѣдняго возраженія на ипотеку остаются не затронутыми ⁷⁾. Но чтобы воспрепятствовать принудительному отчужденію, 3-й собственникъ долженъ осуществить ихъ должнымъ порядкомъ.

¹⁾ Dernburg III 692.—Ипотечному иску открыто и суммарное, сокращенное производство (Urkundenprozess u. Mahnverfahren. CPO. §§ 555, 628, п. 1).

²⁾ GBO. § 41.

³⁾ § 1117.

⁴⁾ § 1160.

⁵⁾ § 1160.

⁶⁾ Zwangsverst.-Ges. 24 Mz. 1877, § 17.

⁷⁾ § 1148.

Кредиторъ можетъ осуществить ипотечный искъ и противъ простого владѣльца на правѣ собственности. Но этотъ искъ можетъ установить только право на принудительное управленіе ¹⁾.

Особенности оборотовой ипотеки съ наибольшей рельефностью выступаютъ въ регламентаціи возраженій на ипотечный искъ.

Различаются случаи, когда истецъ есть первоначальный кредиторъ или наследникъ такового, и случаи, когда истецъ есть сингулярный преемникъ.

Въ первомъ случаѣ противъ лица допускаются всякаго рода возраженія, будутъ-ли послѣднія направлены противъ ипотеки или противъ требованія ²⁾.

Принципально, по уложенію, каждому собственнику принадлежатъ возраженія на записанное требованіе, все равно будетъ ли онъ или 3-й личнымъ должникомъ ³⁾.

Но собственникъ, который не есть и личный должникъ, не можетъ осуществить право оспариванія, принадлежащее только личному должнику какъ таковому, напр. по случаю подлога, принужденія, какъ равно не можетъ предъявить къ зачету встрѣчное требованіе личного должника.

Но все же собственникъ имѣетъ ⁴⁾ суспензивное возраженіе: 1) насколько личный должникъ еще управоченъ оспаривать свой долгъ, 2) насколько онъ имѣетъ встрѣчныя требованія, которыя онъ можетъ зачесть за свой долгъ.

Наконецъ, на пользу собственника установлено начало, что личный должникъ не можетъ своимъ отказомъ лишитъ собственника недвижимости возраженій.

Совсѣмъ иное положеніе занимаетъ сингулярный преемникъ въ отношеніи возраженій, противостоящихъ его право-предшественнику. Онъ подверженъ возраженіямъ изъ лица своего право-предшественника, насколько таковыя были извѣстны ему или явствовали изъ вотчинной книги или изъ ипотечнаго свидѣтельства ⁵⁾. Но все это нужно доказать. А насколько доказательство не удалось, 3-й сингулярный преемникъ третируется какъ добросовѣстный приобретатель, и онъ защищается publica fide книги противъ возраженій, существующихъ противъ его право-предшественника, при чемъ p. f. простираетъ защиту ради ипотеки и на личное требованіе.

Настолько же онъ защищается и p. f. официально удостовѣренными актами перехода ипотеки, когда ипотека—со свидѣтельствомъ.

Все это относится, однако, до главной суммы, а не $\frac{1}{10}$ -го притязанія.

¹⁾ Zw.-versteig.-G. 1897.—Подробности всего у Dernburg III 637 и слѣд.

²⁾ § 1137, п. 1, н^o1.

³⁾ § 1137.

⁴⁾ § 770 и 1137.

⁵⁾ § 1157.

По уложению ¹⁾, противъ приобретателя требованія имѣють дѣйствіе и соглашенія и отношенія, состоявшіяся между цѣлентомъ и должникомъ послѣ цессіи, но тогда, когда должнику ничего не было извѣстно о цессіи. Но все это не относится до ипотеки даже тогда, когда имѣетъ силу для иска изъ личнаго требованія ²⁾.

Лишь востребованіе, послѣдовавшее противъ прежняго кредитора со стороны собственника, обязательно для цессіонарія, произошло-ли оно до или послѣ цессіи. Исключеніе представляетъ такой случай, когда цессія была извѣстна во время востребованія востребующему собственнику или была записана въ книгу ³⁾.

Х. Прекращеніе ипотеки. Какъ ни казалось бы, принципиально послѣдовательнымъ установить, что ипотека прекращается съ погашеніемъ ея записи по книгѣ, соображенія цѣлесообразности подсказали уложенію иное рѣшеніе вопроса. Въ жизни часто ипотека прекращается безъ записи, напр. съ погубелью вещи, особенно при ипотека рудниковъ, когда исчерпывается матеріалъ эксплоатациі ихъ, съ наступленіемъ резолютивнаго условія, съ удовлетвореніемъ кредитора при солидарной ипотека изъ другой недвижности: но часто же и записи не можетъ вызвать прекращенія, когда ей недостаетъ правомѣрной основы. Не въ ущербъ правамъ, возникшимъ въ доверіи къ книгѣ, записи можетъ быть тогда восстановлена.

Отсюда то уложеніе, въ отличіе отъ прускаго закона 1872 г., § 57, и не признаетъ погашенія за основаніе прекращенія ипотеки. И если погашеніе послѣдовало безъ законнаго основанія, то, по уложенію, можно требовать исправленія вотчинной книги, т. е. новой записи ипотеки, продолжающей существовать, лишь бы это было не въ ущербъ добросовѣстнымъ 3-мъ лицамъ ⁴⁾.

По уложенію правильное прекращеніе ипотеки слѣдуетъ въ порядкѣ правовой сдѣлки, которая дѣлается извѣстной по книгѣ изъ погашенія ипотеки.

А сдѣлка состоитъ: 1) въ заявленіи ипотечнаго кредитора о томъ, что онъ прекращаетъ свое право ⁵⁾, давасомъ вотчинному установленію или тому, въ чью пользу заявленіе послѣдовало; 2) для прекращенія ипотеки требуется еще согласіе собственника недвижности, которое для безповоротнаго дѣйствія своего должно быть совершено передъ вотчиннымъ установленіемъ или кредиторомъ ⁶⁾; 3) наконецъ, должно послѣдовать погашеніе по книгѣ, для чего требуется просьба о погашеніи.

Другія основанія погашенія ипотеки производить принудительное отчужденіе ⁷⁾.

¹⁾ § 406—408.

²⁾ § 1156, п. 1.

³⁾ § 1156.

⁴⁾ § 892.

⁵⁾ § 875.

⁶⁾ § 1183.

⁷⁾ Zw.-verst.-Ges. v 1891, BGB. § 1181.

Вниманія заслуживаетъ еще прекращеніе ипотеки въ порядкѣ вызывнаго производства кредитора. Когда кредиторъ неизвѣстенъ, онъ можетъ быть устраненъ со своей ипотекой при соблюденіи закономъ опредѣленныхъ условій ¹⁾. Дѣло идетъ о 2-хъ случаяхъ. Въ одномъ постъ признается какъ погашенный или путемъ уплаты или инымъ путемъ; въ другомъ случаѣ постъ признается существующимъ, но подлежитъ погашенію путемъ депозита долговой суммы.

Въ обоихъ случаяхъ судъ (rei sitae) удостовѣряется передъ открытіемъ производства въ томъ, что нахожденіе кредитора неизвѣстно ²⁾ не только просителю, но и власти и т. д.

По уложеніе и въ первомъ случаѣ, т. е., гдѣ постъ третируется какъ погашенный, уже не требуетъ болѣе утвержденія, что постъ удовлетворенъ. Требуется только: 1) чтобы со времени послѣдней записи, относящейся къ данной ипотека, прошло 10 л., а если требованіе срочное, то срокъ течетъ съ момента наступленія срока востребованія; 2) требуется, чтобы собственникъ не проявилъ за этотъ срокъ признанія права, способомъ, влекущимъ перерывъ давности ³⁾.

Въ результатъ исключающаго приговора собственникъ приобретаетъ ипотеку; ипотечное свидѣтельство теряетъ силу ⁴⁾. Но личное требованіе кредитора не затронуется вызывнымъ производствомъ.

Во второмъ случаѣ, когда собственникъ хочетъ погасить ипотеку, но встрѣчаетъ препятствіе въ томъ, что кредиторъ неизвѣстенъ, требуется: 1) доказать, что собственникъ имѣетъ право удовлетворить кредитора или востребовать ипотеку ⁵⁾; 2) представить правдоподобіе того, что кредиторъ неизвѣстенъ ⁶⁾; 3) быть готовымъ депонировать слѣдующую кредитору сумму ⁷⁾.

Приговоръ издается только по совершеніи депозита. Но постъ переходитъ на того, кто былъ собственникомъ во время изданія исключающаго приговора, хотя бы это было иное лицо, чѣмъ проситель. Ипотечное свидѣтельство становится безсильнымъ.

Если кредиторъ не заявится въ теченіе 30 л. за депозитомъ, — послѣдній возвращается депоненту.

§ 92. Особые виды залога недвижности. Sicherungshypothek.

I. Общія замѣчанія. Обезначительная ипотека выступаетъ въ уложеніи, какъ строго аксессуарная и лишенная ордернаго свойства. Уложеніе опредѣляетъ ее ⁸⁾ какъ ипотеку, при которой право кредитора изъ ипотеки опре-

¹⁾ § 1170, 71.

²⁾ CPO. § 830 aa.

³⁾ § 208.—Подробности догматич. свойства у Dernburg III 648.

⁴⁾ § 1170.

⁵⁾ § 1171.

⁶⁾ CPO. § 836 aa.

⁷⁾ CPO. § 836 cc.

⁸⁾ § 1184, п. 1.

дѣляется изъ отношенія личнаго требованія, и кредиторъ не можетъ ссылаться для доказательства требованія на запись ипотеки въ книгу.

Эта ипотека бываетъ какъ договорной, такъ и вынужденной. Первая возникаетъ по особой волѣ сторонъ и записи въ книгу такой, въ которой отмѣчается, что ипотека—обезпечительная ¹⁾.

Вторая имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ законъ допускаетъ ипотеку только какъ обезпечительную.

Договорная обезпечительная ипотека можетъ быть превращена въ обыкновенную ипотеку ²⁾, съ сохраненіемъ требованія. Вынужденная же ипотека допускаетъ такое превращеніе лишь въ случаѣ, когда лежащее въ основѣ ея требованіе потерпитъ такое измѣненіе, что можетъ служить основой обыкновенной ипотеки, напр., требованіе на предъявителя превратится въ именованное.

Обезпечительная ипотека образуетъ лишь подвидъ ипотеки и подчиняется началамъ, установленнымъ для послѣдней, насколько особо не установлено для нея специальныхъ предписаній.

Специально же предписывается уложеніемъ, что при обезпечительной ипотеки не имѣетъ мѣста выдача ипотечнаго свидѣтельства; такъ что обезпечительная ипотека является неизмѣнно книжной и уступается перепиской въ книгу ³⁾. Далѣе, къ ней не примѣняются начала о распространеніи р. ф. ипотеки на личное требованіе и на нѣкоторыя возраженія собственника ⁴⁾. Такимъ образомъ, собственникъ недвижимости можетъ выдвинуть и противъ добросовѣстнаго 3-го приобретателя обезпечительной ипотеки всякаго рода возраженія, существовавшія ко времени уступки ея противъ требованія ⁵⁾.

II. *Необходимыя обез. ипотеки* имѣютъ мѣсто по уложенію въ обезпеченіе бумагъ на предъявителя и индоссавельныхъ; далѣе, такими являются ультиматныя ипотеки, ипотеки въ обезпеченіе исполнительнаго производства по суд. приговорамъ, присуждающимъ лицо къ уплатѣ извѣстной суммы денегъ, и въ случаѣ ареста недвижимости ⁶⁾.

Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ уложеніе, слѣдуя болѣе или менѣе прежнему праву, несмотря на раздающіеся упреки въ литературѣ, все же вноситъ то смягченіе, что даетъ суд. приговору и аресту значеніе титула обезпечительной ипотеки, а не оборотовой, какъ прежде было въ ходу.

§ 93. Вотчинный долгъ и рентный долгъ.

I. Вотчинный долгъ уложенія, подобно прусскому праву закона 1872 г., представляетъ собою самостоятельное абстрактное вещное бремя на участокъ въ опредѣленной суммѣ ⁷⁾.

¹⁾ § 1184, п. 2.

²⁾ § 1186.

³⁾ § 1185.

⁴⁾ § 1185 съ 1138 и 1137 и § 891—99.

⁵⁾ § 404.—Детальный очеркъ консеквенцій изъ начала строгаго акцессорнаго природы обезпечительной ипотеки, какъ равно и границы консеквенцій, вытекающія изъ публицитета такой ипотеки, хотя относительно дѣйствующаго, см. у Dernburg III 652.

⁶⁾ Докматич. подробности, сюда не относящіяся, см. у Dernburg III 653—662.

⁷⁾ § 1191.

Онъ можетъ приносить и $\frac{1}{2}\%$, и другія побочныя дѣйствія. По личной ответственности собственника за $\frac{1}{2}\%$ -ы, созрѣвающіе во время обладанія имъ недвижимостью, какъ это имѣетъ мѣсто по уложенію при реальныхъ повинностяхъ (§ 1108), не существуетъ по уложенію при вотчинномъ долгѣ.

Кредиторъ можетъ, рядомъ съ вотчиннымъ долгомъ, имѣть и личное требованіе на собственника обремененной вещи или на 3-мъ лицѣ. Но это при немъ не составляетъ необходимости. Кредиторъ можетъ, напр., при ссудѣ удовольствоваться только вотчиннымъ долгомъ. Какъ бы то ни было, но при вотчинномъ долгѣ не принимается въ расчетъ наличность личнаго требованія кредитора на сумму вотчиннаго долга. И при записи в.-д. не принимается въ расчетъ наличность личнаго требованія. И вотчинное установленіе не обязано соединять вотч.-долговое свидѣтельство съ роспиской о личномъ долгѣ. Перемены, происшедшія съ личнымъ требованіемъ, стоящимъ рядомъ съ в.-д., не воздѣйствуютъ на в.-д., измѣненія в.-д.—на личное требованіе. Но такъ какъ кредиторъ не можетъ дважды требовать уплаты, то, конечно, уплата по вотчинному долгу гаситъ требованіе, и уплата по требованію отражается на в.-д.

Вотчинный-д. уложенія, въ общемъ, сходный съ прусскимъ, не лишенъ и особенностей.

a) Прусскій в.-д. неизмѣнно былъ снабженъ вотчинно-долговымъ свидѣтельствомъ; имперскій—нѣтъ; при немъ отъ свидѣтельства допускается отказъ. Такъ что имперскій вотчинный долгъ имѣетъ 2 главныхъ формы—книжный в.-д. и в.-д. со свидѣтельствомъ.

b) Прусскій вотчинный долгъ уступается по бланко-цессии; имперскій—нѣтъ. Но послѣдній можетъ быть установленъ на предъявителя ¹⁾, и тогда в.-д.—свидѣтельство подчиняется началамъ, установленнымъ для бумагъ на предъявителя ²⁾.

c) Прусскій вотчинный долгъ былъ снабженъ въ принципѣ Zinsquittungsscheine, на практикѣ мало распространенными. Уложеніе этого института не восприняло. Но по уложенію в.-д.—свидѣтельства на предъявителя могутъ быть снабжены, по аналогіи съ бумагами на предъявителя (§ 803), $\frac{1}{2}\%$ -ми купонами (Zinsscheine).

По уложенію предписанія объ ипотеки относятся и до вотчиннаго долга, насколько иное не вытекаетъ изъ той особенности вотчиннаго долга, что онъ не предполагаетъ личнаго требованія ³⁾.

Такъ, вотчинный долгъ можетъ быть записанъ на имя самого собственника ⁴⁾, для чего требуется только волеизъявленіе собственника, просьба его о записи и запись ⁵⁾. Уложеніе считало даже нужнымъ добавить, что собственникъ—вотчинно-долговой кредиторъ не можетъ требовать принудитель-

¹⁾ § 1195.

²⁾ Исключая начала § 795, по которому бумаги на предъявителя выпускаются только съ разрѣшенія власти.

³⁾ § 1192.

⁴⁾ § 1196.

⁵⁾ Dernburg III 664.

наго осуществленія своего права въ цѣляхъ удовлетворенія себя ¹⁾. Но %₀-ы слѣдуютъ ему за время принудительнаго управленія имѣньемъ, послѣдовавшаго въ порядкѣ экзекуціи, на требованіе 3-го кредитора ²⁾.

Предметъ вотчиннаго долга тотъ же, что и при ипотекахъ.

То же относится и къ содержанию и объему обремененія. А такъ какъ в.д. не предполагаетъ требованія, изъ наличности коего возникаетъ обязанность уплаты, то законъ и вноситъ особыя предписанія для вотчиннаго долга:

а) Вотчинный долгъ становится зрѣлымъ, въ случаѣ сомнѣній, вслѣдствіе востребованія, для чего устанавливается 6-мѣсячный срокъ востребованія; послѣднее принадлежитъ какъ собственнику, такъ и кредитору ³⁾.

б) Мѣсто уплаты, въ сомнительномъ случаѣ, для капитала и %₀ есть мѣсто вотчиннаго установленія ⁴⁾.

Уступка вотчиннаго долга слѣдуетъ путемъ переписи въ вотчинной книгѣ. Но вотчинный долгъ со свидѣтельствомъ требуетъ лишь письменнаго заявленія объ уступкѣ и передачи свидѣтельства ⁵⁾.

Вещные неки вотчинно-долгового кредита, по существу, тѣ же, что и при ипотекахъ. И возраженія на вотчинный долгъ подчинены общимъ началамъ ⁶⁾. Возраженія изъ личнаго долгового отношенія, для котораго вотчинный долгъ установленъ, сами по себѣ не подрываютъ дѣйствительности вотчиннаго долга. Но возможны возраженія о неправомѣрномъ обогащеніи, когда не наступилъ имѣвшійся въ виду при установленіи вотчиннаго долга результатъ, напр., не уплачена сумма, ради врученія коей вотчинный долгъ только и устанавливался ⁷⁾. Доказываетъ это собственникъ.

3-й приобретатель вотчиннаго долга по слѣдствію подверженъ этимъ возраженіямъ только тогда, когда о нихъ записанъ протестъ или когда ему была известна неправильность ⁸⁾. Такимъ образомъ, уложеніе облагаетъ вотчинный долгъ съ ипотекой еще больше, чѣмъ это дѣлалъ прусскій законъ 1872 г.

II. *Рентный вотчинный долгъ*, воспринятой Уложеніемъ въ отвѣтъ на теоретическое движеніе экономической мысли, есть такой вотчинный долгъ, при которомъ въ правильно повторяющіея сроки уплачивается опредѣленная денежная сумма изъ недвижимости ⁹⁾.

¹⁾ § 1197.

²⁾ § 1047.

³⁾ § 1193.

⁴⁾ § 1194.

⁵⁾ § 1154.

⁶⁾ Напр. о диквѣ (§ 138), о свойствахъ даренія (§ 528), основаніяхъ отозванія дара (§ 530).

⁷⁾ § 812.

⁸⁾ § 892.

⁹⁾ § 1199.

По правиламъ о вотчинномъ долгѣ рентный должникъ отвѣчаетъ только недвижимостью; личное требованіе не принадлежитъ ему и не возникаетъ ¹⁾.

При установленіи рентнаго вотчиннаго долга въ вотчинную книгу заносится откупная сумма ²⁾. Отдѣльные платежи регулируются началами о %₀ съ ипотеки, а уплата откупной суммы—предписаніями о вотчинно-долговомъ капиталѣ ³⁾.

По правилу, кредиторъ не имѣетъ тутъ права востребованія; только въ случаѣ поврежденія недвижимости онъ въ правѣ требовать уплаты капитала ⁴⁾.

Опозданіе съ уплатой ренты не даетъ кредитору права востребованія; но принудительное отчужденіе участка ему принадлежитъ тутъ, и это можетъ привести къ прекращенію отношенія.

Собственникъ недвижимости имѣетъ право востребованія рентнаго долга. Срокъ востребованія въ сомнительномъ случаѣ—6 мѣсяцевъ. Ограниченіе этого срока востребованія допускается настолько, что собственникъ можетъ востребовать, съ соблюденіемъ 6-мѣс. срока востребованія, лишь по истеченіи 30 лѣтъ. По истеченіи срока востребованія кредиторъ можетъ требовать уплаты откупной суммы изъ недвижимости ⁵⁾.

Рентный долгъ можетъ быть превращенъ въ вотчинный и обратно,— для чего требуется соглашеніе кредитора и собственника ⁶⁾.

III. *Экзекуція на недвижимости* характеризуется въ имперскомъ судебномъ уставѣ умѣренностью и вниманіемъ къ интересамъ сторонъ и оборота, какъ и все имперское законодательство; рядомъ съ принудительнымъ отчужденіемъ законъ допускаетъ и принудительное управленіе недвижимостью: экзекуція допускается въ умѣренныхъ предѣлахъ и особо на движимости, принадлежащія къ заложному имѣнью; продажа съ торговъ не затрогиваетъ, въ принципѣ, правъ, старѣйшихъ въ отношеніи того права, въ осуществленіе котораго она послѣдовала; самая продолжительность экзекуціи не характеризуется ни чрезмѣрной поспѣшностью, ни волокитой. О сокращенномъ производствѣ уже говорилось выше ⁷⁾.

¹⁾ Уложеніе знаетъ и ренту въ видѣ Reallast. при которой собственникъ отвѣчаетъ за недвижимку и лично и которая записывается въ кн. во 2-ую рубрику. § 1108; далѣе къ ней не принимаются и начала, установленія для ипотеки. Этотъ рента—Reallast отличается отъ рентнаго в. д. D. III 666.

²⁾ § 1199.

³⁾ § 1200.

⁴⁾ По правилу § 1133.

⁵⁾ Дернбургъ высказываетъ основательное соображеніе, что рентный кредитъ, препятствующій по существу прировненію помещенія капитала къ колебаніямъ ренты въ высотѣ, едва-ли будетъ легко привлекать частные капиталы къ себѣ (III 667). Эта форма кредита будетъ возможна только для кредитныхъ установленій, покоящихся на началѣ взаимности.

⁶⁾ § 1203.

⁷⁾ Законъ 24 мар. 1897 г. Derenburg III 618 и слѣд. Допущеніе особой экзекуціи на движимыя принадлежности стоитъ въ связи съ самостоятельностью вотчиннаго долга. Эта экзекуція явится юридически-естественнымъ способомъ полученія %₀овъ, при сохраненіи главнаго правоотношенія. Тогда вотчинный долгъ получаетъ всѣ свойства дляагося вещнаго права, хотя сущность его и—въ притязаніи (это противъ Швинда. 130 стр.).

§ 94. Заключение.

Имперское уложение представляет собою последнее слово законодательной и научной юридической мысли немецкаго народа, выдающагося своими духовными силами. Заслуженная оцѣнка его можетъ быть дана лишь долго спустя послѣ нашихъ дней, когда оно станетъ живымъ правомъ и акклиматизируется въ новой имперіи. Но, стоя на принципиальной точкѣ зрѣнія, нельзя не отмѣтить, что уложение, завершившее собою прежнее правообразование въ Германіи, резко отличается въ интересующей насъ области отъ французскаго дѣйствующаго права и, притомъ, несомнѣнно въ выгодную сторону. Вотчинно-ипотечный режимъ уложения богатъ правовыми идеями, чуждъ римскаго догматизма и отличается всей свѣжестью системы, созданной въ отвѣтъ на новыя, назрѣвающія въ наше время, жизненные потребности. Формальное вотчинно-ипотечное право Уложения и примыкающихъ къ нему уставовъ цѣлится, на почвѣ началъ, обезпечивающихъ вѣрность оборота, отвѣтить назрѣвающей въ жизни быстротѣ и простотѣ послѣдняго. Матеріальное право уложения, обличая новѣйшее правообразование съ римскимъ правообразованиемъ во взглядѣ на самую общую сущность института ипотеки, въ то же время придаетъ послѣдней такой конкретный обликъ, который бы отвѣтилъ современнымъ потребностямъ, въ самыхъ рѣзкихъ особенностяхъ послѣднихъ.

Уложение сдѣлало многое, чтобы стать безпристрастнымъ въ новѣйшей борьбѣ римскихъ и германскихъ правовыхъ идей. Во многомъ оно приняло сторону послѣднихъ, кое въ чемъ уступило первымъ. Но въ общемъ и цѣломъ оно заботилось не о разрѣшеніи конфликта, а о построеніи наиболѣе практической системы.

Смыслъ общихъ идей уложения достигаетъ въ Европѣ высшаго предѣла новизны идей.

Но все же и уложение не является выразителемъ крайнихъ современнымъ тенденцій оборота, такъ какъ почва, на которой оно выросло, все же была исторически связанной цѣлымъ рядомъ узъ, не благоприятствовавшихъ крайнему проявленію современныхъ капиталистическихъ тенденцій.

Поэтому, для очертанія права, отвѣчающаго чисто и строго капиталистическимъ тенденціямъ, намъ необходимо еще бросить хотя бѣглый взглядъ на право колоній.

О Т Д Ъ Л Ъ Ш.

Актъ Торренса.

§ 95. О б щ і я з а м ѣ ч а н і я.

Мы видѣли, что нигдѣ въ старой Европѣ формализация права не достигала торжества надъ матеріальной правовой истиной, какъ то имѣло мѣсто въ ср. вв. Причиной служило, отчасти, рѣшительное вліяніе римскаго права, въ общемъ, олицетворявшаго собою идею матеріальной истины, лишенной

почти всякой формальной оболочки; но отчасти—и чисто бытовые условія,—именно, относительная обособленность землевладѣнія отъ общаго современнаго строя хозяйства и связанность его разнаго рода социальными узами, оставшимися отъ прежняго строя. Отсюда, Европа и не знаетъ такой организации вотчинно-ипотечнаго режима, которая бы вполне отвѣчала капиталистическому строю хозяйства, поразившему и землевладѣніе ¹⁾.

Для ознакомленія съ чистымъ типомъ режима, отвѣчающаго системѣ кредитнаго хозяйства, намъ нужно заглянуть въ право колоній, гдѣ земля не связана стародавними политическими и социальными узами, и капиталистическій строй хозяйства охватываетъ землевладѣніе не меньше, чѣмъ товаръ.

Очеркъ колониальнаго права еще тѣмъ болѣе интересенъ, что, какъ увидимъ потомъ, 1) это право представляетъ собою лишь эманацию германскихъ правовыхъ началъ, 2) оно привлекаетъ къ себѣ уже теперь вниманіе передовыхъ европейскихъ народовъ и общаетъ, современемъ, стать правомъ наиболѣе преусуившихъ въ капиталистическомъ строѣ хозяйства метрополій. Мы говоримъ объ Актѣ Торренса.

§ 96. Исторія Акта Торренса.

Среди рѣзкихъ особенностей гражданскаго строя Англіи, которымъ дивятся и которыми поражается человекъ съ континента, не послѣднее мѣсто занимаютъ поземельныя отношенія, точнѣе распределение права собственности на землю въ Англіи. Вся англійская территория принадлежала въ 1875 г. двумъстамъ тысячъ земельныхъ собственниковъ. Въ рукахъ такого ничтожнаго круга лицъ движеніе собственности, конечно, замарло. Надія не могла осязать ни потребности въ реформѣ права, регулирующаго движеніе собственности, ни потребности въ улучшеніи ипотечнаго режима,—такъ, какъ ея жизненный пульсъ находился въ сторонѣ отъ землевладѣнія, а преобладающую роль въ ея жизни играли промышленность и торговля; кредитъ же господствовалъ личный ²⁾. Нѣтъ ничего удивительнаго, что право, регулирующее приобрѣтеніе собственности, остановилось въ своемъ развитіи, такъ что до послѣдняго времени въ этой области дѣйствовали старинный статутъ изъ XIII в., изъ времени царствованія Эдуарда I ³⁾.

Право собственности въ Англіи до самаго послѣдняго времени устанавливалось совокупностью deeds (купчихъ), относящихся до извѣстной недвижимости. Исходнымъ актомъ, на которомъ покоится право на данную недвижимость, является концессія, соизволенная короной; акты о приобрѣтеніи

¹⁾ А въ послѣднее время на Западѣ замѣчаются даже какъ-будто реакціонныя теченія въ сторону докапиталистическаго строя, едва-ли впрочемъ, не временныя и случайныя. См. Соболевъ, Мобилизация земельной собственности въ Германіи. Впрочемъ, не слѣдуетъ преувеличивать значенія реакціи. На эту реакцію можно смотреть, скорее, какъ на послѣднее сопротивленіе отживающаго строя хозяйства или, въ лучшемъ случаѣ, какъ на слабый коррективъ развивающагося строя. По крайней мѣрѣ уложение всецѣло пропикнуто тенденціями мобилизации и общей свободы вотчиннаго оборота.

²⁾ Flour de Saint-Genis, лит. соч. 108—109.

³⁾ Eod.

собственности осложняются новыми и новыми документами, по мѣрѣ перехода собственности изъ рукъ въ руки. Каждая переѣма собственника требуетъ новой deed, и акты о приобрѣтеніи собственности становятся все болѣе и болѣе сложными и дорогими. Для дѣйствія противъ 3-хъ лицъ deeds подлежатъ предъявленію для регистраціи ихъ въ бюро генеральнаго регистратора (установленіе крѣпостныхъ дѣлъ). Всякая переѣма владѣнія дѣлаетъ необходимымъ кропотливѣйшее изслѣдованіе deeds специальными практиками. Последніе дѣлали резюме актовъ о принадлежности собственности и занимались тонкими и кропотливыми поисками въ архивахъ крѣпостныхъ установлений, чтобы убѣдиться въ отсутствіи какихъ-либо и когда-либо совершенныхъ симулированныхъ сдѣлокъ. Добиться точности тутъ не было никакой возможности. И въ наиболѣе благоприятномъ случаѣ покупатель не имѣлъ другой гарантіи дѣйствительности своего приобрѣтательнаго акта, какъ только слово своего адвоката¹⁾.

Этотъ порядокъ водворяется постепенно и въ англійскихъ колоніяхъ; и тамъ скоро провѣрка актовъ о принадлежности недвижимости въ собственность стала дѣломъ труднымъ, медленнымъ и дорогимъ. Но если въ метрополиі, гдѣ земля фактически почти была изъята изъ оборота, указанный режимъ еще могъ быть переносимъ, то въ колоніяхъ, гдѣ земля являлась видомъ товара, указанный режимъ долженъ былъ отражаться тяжело на жизни населенія.

И вотъ генеральный регистраторъ колоніи Южной Австраліи, sir (въ то время M.) Rob. Rich. Torrens, которому служебное положеніе давало наилучшее представленіе о недостаткахъ вотчинно-ипотечнаго режима метрополиі, глубоко пораженный чрезмѣрностью бремени, ложившагося отъ недостатковъ режима на австралійскія колоніи, задумалъ проектъ новой системы, которая теперь и получила его славное имя. Торренсъ предложилъ свой проектъ въ 1857 г. въ парламентъ колоніи Южной Австраліи и послѣ доблестной кампаніи добился того, что убѣдилъ парламентъ въ достоинствахъ своей теоріи. Первый законодательный актъ, въ которомъ система Торренса была призвана къ жизни, былъ законъ отъ 2 іюля 1858 г. для Южной Австраліи. Скоро однако-же опытъ показалъ, что въ системѣ требуются детальныя поправки и измѣненія, довольно многочисленныя. Это и было сдѣлано въ 1861 г. „Real property act“ 7 авг. 1861 г., чаще называемый „Act Torrens“, положилъ уже воплотив прочныя основы новой системѣ, которая лишь кое въ чемъ была еще развита закономъ 1878 г.²⁾

Многихъ занимаетъ вопросъ, откуда Торренсъ заимствовалъ идею своего акта? Англичане производятъ идею Акта изъ права залога морскихъ судовъ³⁾. Французы видятъ въ ней: одни—воспроизведеніе своихъ средневѣковыхъ организаціи, какъ appropriation, nantissement и т. п.⁴⁾ другіе—позаимствованіе

1) Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence. Algèr. 1889: Rapport sur l'Act Torrence par sir W. Maxwell, traduction de M. de France, стр. 18, 19.

2) Rapport sur l'Act Torrens par sir W. Maxwell, стр. 18—43. Besson, 338 и слѣд.

3) Maxwell, цит. соч. стр. 20.

4) Besson, 338.

изъ теоріи Descourdemanche, намъ извѣстной¹⁾; третьи, ссылаясь на признанія самого Торренса, сдѣланныя имъ въ письмѣ къ французскому ученому Yves Guyot, признаютъ идею акта за эманацию германскихъ идей; Торренсъ тамъ заявляетъ, что заимствовалъ идею своего акта изъ традиціонныхъ обычаевъ ганзейскихъ городовъ, особенно Бремена, датирующихъ, какъ мы уже знаемъ, изъ ср. вв.²⁾ Все эти предположенія имѣютъ, несомнѣнно, долю истины. Режимъ Акта во многомъ проникнутъ началами средневѣковыхъ германскихъ организаціи, и прежде всего абсолютной обезпеченностью приобрѣтенія правъ на недвижимость, достигаемой путемъ господства формализма надъ матеріальной правовой истиной. Другая черта Акта, именно служеніе его мобилизаціи земельной собственности, отчасти также напоминаетъ право средневѣковыхъ, особенно ганзейскихъ, городовъ, точнѣе бременскія Handvesten; но эта черта могла получить особенно выпуклое выраженіе уже въ новѣйшемъ теченіи юридической мысли. Тутъ акту могъ дать кое-что Descourdemanche.

Но я лично не могу разсѣять въ себѣ еще иного подозрѣнія насчетъ происхожденія акта Торренса. Читая записку авторитетнаго прусскаго юриста Goetze, я находилъ въ ней множество рецептовъ, предложенныхъ авторомъ прусскому министерству по поводу реформы ипотечнаго режима, поразительно совпадающихъ со многими мѣстами акта Торренса. Goetze изучалъ тоже Мекленбургское право, и его проектъ представлялъ дальнѣйшую переработку этого права въ духѣ новѣйшихъ потребностей оборота. Записка Goetze явилась на свѣтъ въ рукописи за 10 лѣтъ до появленія проекта Торренса въ парламентѣ южной Австраліи, именно въ 1846 г., и быстро завоевала популярность. Весьма возможно, что Торренсъ считался и съ нею. Чтобы не повторять здѣсь идей Goetze, я приглашаю читателя слѣдить данный выше очеркъ идей Goetze съ послѣдующимъ изложеніемъ Акта; здѣсь же укажу лишь на идею страхового фонда, впервые указанную Goetze и осуществленную актомъ, на упрощеніе официальныхъ актовъ, рекомендованное Goetze и проведенное впервые актомъ, на особо строгую процедуру первоначальнаго подчиненія недвижимости режиму публицитета и упрощеніе всего дальнѣйшаго движенія консолидированныхъ правоотношеній, рекомендованныя Goetze и проведенныя актомъ, наконецъ на принципъ необязательности столь суроваго режима и начало добровольнаго подчиненія ему со стороны собственниковъ у Goetze и въ Актѣ и т. д., и т. д.

Но и за всеѣмъ сямъ Актъ носитъ печать самобытности, несомнѣнно обязанной этимъ гению самого творца, особенно что касается мобилизаціоннаго духа Акта. Напримѣръ, Актъ мобилизуетъ самыя вотчинныя книги. Многое, наконецъ, Актъ усвоилъ, конечно, изъ англійскаго права. Такого матеріаль-

1) Dain., Le système Torrens, Alger 1885 стр. 73 прим.: Descourdemanche въ 1852 г. предложилъ проектъ режима для австралійскихъ колоній англійскому правительству; проектъ формулируетъ идеи автора, высказанныя въ извѣстномъ трудѣ отъ 1830 г. „Du danger“ и во многомъ напоминаетъ содержаніе акта Торренса.

2) Besson, 338

ное право ипотеки, и едва-ли не англійскимъ духомъ дышать широкая дискреціонная власть и высокое положеніе вотчиннаго установленія, хотя и это рекомендовалось Goetze въ его запискѣ.

§ 97. „Real Property Act“ 7 авг. 1861 г. 1) Его вотчинно-ипотечный режимъ. Формальное право.

I. Общая характеристика памятника.

Актъ Торренса отличается рѣзкими особенностями отъ всего того, что во времени его появленія было извѣстно въ Европѣ въ области вотчинно-ипотечнаго режима, и значительно превосходить по смѣлости замысла даже то, что внесли позднѣйшія законодательства, включая и имперское германское уложеніе.

1. Прежде всего Актъ является исчерпывающей вотчинной системой; все до одного возможнаго вещнаго правоотношенія подчинены имъ публицитету, и все сдѣлки о недвижимости и о правахъ, обременяющихъ недвижимость, подчинены публицитету, въ частности, все основанія перехода правъ, даже законное наследованіе и cessia ипотеки, подчинены публицитету. Поэтому, въ отношеніи акта Торренса дѣйствуетъ безъ изъятія начало, что чего нѣтъ въ вотчинной книгѣ, того нѣтъ и въ дѣйствительности, и обратно: что есть въ книгѣ, то, и только то, есть и въ дѣйствительности.

Эта полная вотчинная система связана съ точнымъ кадастромъ и даже въ вотчинной книгѣ, какъ и въ вотчинномъ свидѣтельствѣ, недвижимость выступаетъ на обстоятельномъ раскрашенномъ планѣ.

2. Все сдѣлки о недвижимостяхъ основываются по Акту уже на началѣ односторонняго абстрактнаго волеизъявленія управомоченнаго, — односторонняго не только формально, но и матеріально.

3. Проведя до такихъ крайнихъ предѣловъ принципъ консенза, Актъ довелъ и господство формальнаго начала до крайняго предѣла; именно по Акту пріобрѣтеніе права вооружается абсолютной publica fides, защищающей не только 3-го пріобрѣтателя, но и перваго, и исключочающей принципиально всякое оспариваніе пріобрѣтенія съ чьей-либо стороны и по какимъ-либо матеріальнымъ основаніямъ, исключая только случая подлога. Отсюда, мате-

1) При изложеніи Акта Торренса я пользуюсь французскими переводами Акта (однѣй переводъ отпечатанъ въ Ministère des finances. Bulletin de statistique et de legislation comparée. Paris 1885. Juin; другой — у Dain, Le système Torrens, Alger 1885. стр. 73) какъ равно и литературой французской; на это я рѣшился потому, что Актъ разрабатывался во Франціи какъ образецъ для собственно французскаго законодательства, со всей тщательностью, и потому не было основаній сомнѣваться въ надежности переводовъ Акта, тѣмъ болѣе, что Yves Guyot, одинъ изъ переводчиковъ, находился въ живыхъ сношеніяхъ съ самимъ Торренсомъ.

Однако, французы въ своихъ работахъ болѣе занимаютъ техникой дѣла въ Актѣ Торренса, чѣмъ изслѣдованіемъ матеріальныхъ правовыхъ началъ.

И мнѣ казалось безпользнымъ, излагая Актъ, ввести его, какъ одно изъ звеньевъ, вообще въ очеркъ современнаго теченія въ области правообразованія, нами изслѣдуемаго. Это помогало какъ освѣщенію самаго Акта, такъ и освѣщенію новѣйшихъ европеекихъ законодательствъ.

риально потерпѣвшій отсылается Актомъ почти исключительно къ кондикціонному иску.

4. То же начало консенза помогло Акту упростить формы производства, несмотря на ихъ острый характеръ, до крайней степени. При чемъ, актъ возлагаетъ на самыя стороны важнѣйшія и отвѣтственнѣйшія дѣйствія, во и чиновникъ, обязанный довѣряться сторонамъ и свободный даже отъ провѣрки ихъ дѣйствій, вооружается колоссальной дискреціонной властью облекать волеизъявленія сторонъ суровой и могущественной силой формальнаго права.

5. Актъ освобождаетъ чиновника отъ отвѣтственности за дѣйствія свои по службѣ передъ сторонами, а для возмѣщенія ущербовъ, послѣдовавшихъ отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника для частныхъ лицъ, и вообще для вознагражденія частныхъ лицъ отъ ущерба, причиняемаго дѣйствіемъ острой организаціи Акта, послѣдній организуетъ особый страховою фондъ, изъ котораго тотъ ущербъ и возмѣщается.

6. Въ виду такого смѣлаго начинанія, Актъ въ большинствѣ колоній является обязательнымъ только для вновь пріобрѣтаемыхъ отъ казны недвижимостей; для частныхъ же недвижимостей, отчужденныхъ казною до вступленія въ силу Акта, послѣдній не обязательенъ, и только воля собственника рѣшаетъ вопросъ о томъ, подчинить или нѣтъ недвижимость дѣйствію Акта (art. 15, 16).

7. Вообще же Актъ носитъ все черты перваго опыта: ни внѣшняя его обработка не является безукоризненной (повторенія, плеоназмы, много словіе), ни система, ни внутреннее строеніе. Основныя его начала проводятся не всегда послѣдовательно, иногда сталкиваются между собою; нѣкоторые капитальные институты вотчиннаго права, особенно ипотека, развиты съ такой элементарностью, которая отбрасываетъ оборотъ назадъ, на нѣсколько столѣтій, — какъ отстало англійское право, которое и является матеріальнымъ правомъ Акта. Нѣтъ сомнѣнія, что это — организація будущаго и будущему предстоятъ много поработать надъ Актомъ.

II. Вотчинное установленіе.

Во всехъ колоніяхъ, кромѣ Новой Зеландіи, вотчинное дѣло вѣрится единому бюро на всю колонію, помѣщающемуся въ столицѣ колоніи.

Во главѣ колониальнаго бюро стоитъ генеральный регистраторъ, являющийся главнымъ рычагомъ всей машины. Юридическое положеніе его приближается болѣе къ германскому ипотечному судѣ, чѣмъ къ французскому хранителю ипотеки 1). Кругъ его дѣятельности и правомочій опредѣляется общей задачей, ему вѣренной, т. е. успѣшнымъ выполненіемъ формъ, предписанныхъ закономъ 2), въ цѣляхъ дѣйствія вотчиннаго режима Торренса. Въ цѣляхъ достиженія этой общей задачи, Актъ и вооружаетъ генеральнаго регистратора широкими полномочіями, ставящими этого чиновника въ положеніе, близкое къ положенію ипотечнаго судьи 3): 1) Такъ, генеральный

1) Французы, однако, не хотѣли признать его судьей. Besson, 351.

2) Art. 4.

3) Art. 11.

регистраторъ можетъ потребовать отъ лицъ, вступающихъ въ сношенія съ нимъ въ кругѣ его полномочій по поводу известной недвижимости, предъявленія всякаго рода актовъ, имѣющихся въ рукахъ такихъ лицъ и относящихся до данной недвижимости. 2) Онъ можетъ вызывать къ себѣ въ качествѣ свидѣтелей, подъ угрозой штрафа до 100 ф. ст. на случай неповиновенія, собственниковъ недвижимости и ипотечныхъ кредиторовъ и заставить ихъ сдѣлать заявленія или предъявить акты, относящіяся до недвижимости, о подчиненіи которой Акту ведется дѣло. Въ случаѣ отказа этихъ лицъ представить свѣдѣнія, и если генеральный регистраторъ находитъ послѣднія существенными, онъ можетъ отказать въ производствѣ объ имматрикуляціи недвижимости. 3) Онъ можетъ предложить присягу или потребовать отъ выслушанныхъ имъ лицъ подписки въ чистотѣ и правдивости ихъ показаній. 4) Онъ можетъ, въ виду данныхъ, которыя будутъ казаться ему убѣдительными, и съ согласія аккредитованнаго при немъ юриконсультъ (правщикъ-титуловъ), исправить ошибки, допущенныя въ вотчинной книгѣ (реестръ-метрика) и въ вотчинномъ свидѣтельствѣ (аттестатѣ права), а равно и пополнить допущенныя тамъ пробѣлы; онъ только заботится о томъ, чтобы погашенныя мѣста могли быть прочтены, равно онъ долженъ отмѣтить дату исправленія и восполненія. Вотчинное свидѣтельство и вотчинная книга, исправленныя и пополненныя такимъ образомъ, имѣютъ такую силу, какъ если-бы вовсе не произошло ошибки или пробѣла. Исключеніе дѣлается только въ отношеніи актовъ о правахъ, записанныхъ въ вотчинную книгу до исправленія или пополненія послѣдней. 5) Онъ можетъ, во имя короны или лица отсутствующаго или недѣеспособнаго, наложить запрещеніе на всякую передачу или на всякое соглашеніе, относящіяся до недвижимости, по предположенію его, принадлежащей коронѣ или недѣеспособному. То же право принадлежитъ генеральному регистратору и тогда, когда онъ усмотритъ, что право 3-го лица страдаетъ отъ неправильнаго размежеванія сосѣдней собственности.

Онъ можетъ, съ одобренія губернатора, внести измѣненія въ формуляры сдѣлокъ, предписанныя Актомъ¹⁾.

Всякій актъ, который представляется исходящимъ отъ генеральнаго регистратора, писанный его рукою или по его приказу, опечатанный его служебной печатью и подписанный имъ или его заштѣтителемъ, принимается за доказательство и считается подлиннымъ, пока не доказано противное²⁾.

Актъ 1861 г. допускаетъ рядомъ съ генеральнымъ регистраторомъ и въ видѣ ассистента къ нему назначеніе еще особаго специалиста, правщика-титуловъ, который ассистируетъ регистратору при изслѣдованіи правового положенія недвижимости, необходимомъ въ случаѣ подчиненія недвижимости

¹⁾ Art. 9.

²⁾ Art. 7. — Актъ регулируетъ и порядокъ назначенія и смѣщенія регистратора (art. 5), его присягу (art. 6), форму его печати (art. 8), опредѣляетъ кару за поддѣлку печати и подлога исходящихъ отъ регистратора актовъ (art. 10).

дѣйствию акта¹⁾. Правщикъ-титуловъ долженъ быть юриконсультомъ и не долженъ имѣть никакого интереса, даже косвеннаго, въ разсматриваемомъ имъ дѣлѣ²⁾.

Кромѣ того, генеральный регистраторъ выдаетъ дипломы землебрапа случаи межеванія недвижимостей, подчиненныхъ или имѣющихъ быть подчиненными Акту,—лицамъ, которыя предъявятъ ему свидѣтельство о своей способности къ тому отъ генеральнаго землебрапа. И эти дипломированные землебрапы являются сотрудниками генеральнаго регистратора въ томъ отношеніи, что удостоверяютъ физическое состояніе недвижимости,—аттестуя правильность плановъ на недвижимость, составленныхъ въ цѣляхъ подчиненія послѣдней Акту или въ цѣляхъ разбитія на карты и отчужденія по частямъ уже подчиненныхъ Акту недвижимостей.³⁾

Но на практикѣ въ бюро генеральнаго регистратора специализація работъ проводится и еще дальше, такъ что процедура подчиненія недвижимости Акту раздѣляется между многими специалистами, расчленяясь на отдѣльныя стадіи и завершаясь тѣмъ съ большей быстротой и надежностью⁴⁾.

Актъ Торренса впервые провозгласилъ начало, что потчинный чиновникъ не отвѣчаетъ передъ публикой по возмѣщенію ущерба, происшедшаго отъ его неправильныхъ дѣйствій⁵⁾. Передъ потерпѣвшими отъ такихъ дѣйствій какъ и вообще отъ потчиненія недвижимости дѣйствіемъ Акта, лицами, когда послѣдніи вслѣдствіе формализма Акта лишаются возможности осуществить виндикацію недвижимости, отвѣчаетъ прежде всего лицо, исправномѣрно обогатившееся отъ такихъ дѣйствій,—въ порядкѣ личнаго иска о возмѣщеніи ущерба⁶⁾. Но въ случаѣ смерти, отсутствія или несостоятельности такого лица, отвѣчаетъ въ указанныхъ случаяхъ особый страховой фондъ, а за недостаткомъ послѣдняго—фондъ колоній, и только. Искъ направляется во всѣхъ послѣднихъ случаяхъ противъ генеральнаго регистратора, какъ представителя государства⁷⁾.

Страховой фондъ составляется изъ пошлинъ, взимаемыхъ при первоначальномъ подчиненіи недвижимостей Акту и при переходахъ уже имматрикулированныхъ недвижимостей по наслѣдству⁸⁾. Эти пошлины поступаютъ

¹⁾ Art. 12.

²⁾ Art. 13.

³⁾ Art. 118—120.

⁴⁾ Косвенно art. 141; особенно же Maxwell, 43 и сл., Besson, 341—342, 349—350. —Кстати отмѣтимъ, что актъ придаетъ огромное значеніе высокой матеріальной обеспеченности чиновниковъ, видя въ этомъ средство привлечь къ отвѣтственному дѣлу наиболѣе даровитыхъ и надежныхъ людей. Besson, 350 и др.

⁵⁾ Исключая случая предвѣрнаго совершенія неправильныхъ дѣйствій, (въ какомъ случаѣ чиновникъ отвѣчаетъ уже уголовнымъ порядкомъ art. 137).

⁶⁾ Art. 126.—Искъ давности втеч. 6 л.

⁷⁾ Art. 137 и 42.—И этотъ искъ давности втеч. 6 л. Art. 127—Государство само уже потомъ заботится о взысканіи съ неправильно обогатившихся, если это будетъ возможнымъ год.

⁸⁾ Art. 41.

въ концѣ концовъ въ кассу колониальнаго правительства, гдѣ и образуютъ указанный страховой фондъ ¹⁾.

Ответственность страховаго фонда или даже фонда колоніи за дѣйствія чиновника имѣетъ цѣлью внушить публикѣ довѣріе къ организаціи Акта; но Актъ слишкомъ затрудняетъ на практикѣ осуществленіе возмѣщенія ущерба, происходящаго отъ неправильныхъ дѣйствій чиновника тѣмъ, что возлагаетъ на истца бремя доказательства не только факта воспослѣдованія ущерба, но и наличности неосторожности или заблужденія въ дѣйствіяхъ генеральнаго регистратора. Такъ что фондъ остается почти нетронутымъ ²⁾, а юристы требуютъ облегченія доказательствъ. ³⁾

III. Вотчинная книга.

Генеральный регистраторъ ведетъ вотчинную книгу (реестръ—метрику). Для каждаго имѣнія въ вотчинной книгѣ отводится особый folium, такъ что Актъ слѣдуетъ реальной системѣ германскаго типа, въ противоположность личной системѣ французскаго типа. Начало folium и основаніе его полагаютъ вотчинное свидѣтельство (аттестатъ права) или концессія, изготовленныя генеральнымъ регистраторомъ въ результатѣ процедуры первоначальнаго подчиненія недвижимости Акту, въ двухъ экземплярахъ, одинаково признаваемыхъ оригиналами, изъ которыхъ одинъ и вкладывается въ папку измѣнчивой вотчинной книги, тогда какъ другой, съ отмѣткой о внесеніи перваго въ вотчинную книгу, выдается сторонѣ. Вотчинное свидѣтельство (аттестатъ права) представляетъ обстоятельное синоптическое изображеніе какъ физическаго состава имѣнія, такъ и состава всѣхъ юридическихъ отношеній по имѣнію.

Потомъ на образовавшемся такимъ образомъ folium имѣнія заносятся въ экстрактъ или просто отмѣчаются всѣ послѣдующія сдѣлки о данной недвижимости, акты которыхъ, предъявляемые въ вотчинное установленіе сторонами, въ одномъ оригиналѣ поступаютъ въ архивъ бюро, представляющій вотчинные акты, а въ другомъ, съ отмѣткой о записи ихъ въ реестръ метрику, возвращаются сторонѣ. ⁴⁾

Вотчинная книга Акта Торренса отличается отъ германской и сходится съ французской въ томъ отношеніи, что она ведется въ случайной системѣ, такъ какъ недвижимости подчиняются Акту не всѣ, а лишь тѣ, собственники которыхъ пожелали подчиненія своихъ недвижимостей режиму Акта. Въ виду этого въ практикѣ Акта известны еще субсидіарные реестры—алфавитный реестръ собственниковъ и репетиторій имматрикулированныхъ имѣній. ⁵⁾

Но главное отличіе вотчинной книги Акта отъ германской и французской—въ томъ, что, по мысли Торренса, folium каждаго имѣнія возобновляется съ каждой перемѣной собственника, ибо съ каждой такой перемѣной вот-

¹⁾ Art. 42.

²⁾ Besson. 346.

³⁾ Besson. 351.

⁴⁾ Maxwell, 39 стр.

⁵⁾ Art. 32, ср. 33, 34, 35 и друг.

чинное свидѣтельство (аттестатъ права) возобновляется, причемъ новый аттестатъ ссылается только на первоначальную концессію и на ближайшій къ нему metogandum перехода собственности (metogandum есть одностороннее абстрактное волеизъявленіе наличнаго собственника о передачѣ собственности пріобрѣтателю). Всѣ промежуточные аттестаты исчезаютъ отъ взора публики; они сдаются въ архивъ вотчиннаго установленія. Отсюда ипотечная книга имѣнія всегда краткая и крайне доступная ознакомленію съ нею заинтересованныхъ въ томъ лицъ. ¹⁾ Впрочемъ, на практикѣ, въ виду дороговизны возобновленія вотчиннаго свидѣтельства (аттестатъ права), утвердилось сохраненіе послѣдняго, и только въ Викторіи, по правилу, требуется возобновленіе его. ²⁾

Характернѣйшую особенность Акта представляетъ мобилизація вотчинной книги. На требованіе имматрикулированнаго собственника генеральный регистраторъ выдаетъ послѣднему выписъ изъ вотчинной книги по установленной актѣ формѣ, и эта выписъ представляетъ какъ-бы вездѣущую вотчинную книгу даннаго имѣнія и даетъ собственнику возможность отчуждать свою недвижимость, обременять ипотекой и другими вотчинными правами за предѣлами колоніи. О выдачѣ выписи дѣлается отмѣтка какъ на folium имѣнія, такъ и на спишѣ вотчиннаго свидѣтельства (аттестата права), находящагося на рукахъ собственника. Послѣ выдачи выписи уже никакая запись сдѣлки о недвижимости не допускается въ вотчинную книгу до тѣхъ поръ, пока выписъ не будетъ возвращена генеральному регистратору для погашенія, или пока не будетъ достаточно доказанъ фактъ гибели выписи ³⁾.

Распоряженія недвижимостью по выписи за границами колоніи совершаются по предписаніямъ и въ духѣ Акта; роль генеральнаго регистратора играетъ тогда мѣстный государственный органъ, отправляющій аналогичныя съ генеральнымъ регистраторомъ функции ⁴⁾.

Правовое значеніе выписи въ отношеніи всякаго рода записей о возникновеніи, переходѣ или прекращеніи правъ на недвижимость, совершенныхъ на спишѣ выписи, равно правовому значенію вотчинной книги въ отношеніи совершенныхъ въ послѣднюю запись такого рода.

Когда потомъ выписъ возвращается генеральному регистратору, онъ гаситъ ее послѣ того, какъ перенесетъ на folium имѣнія и на вотчинное свидѣтельство, находящееся въ рукахъ собственника, содержаніе выписи, соблюдая строго пріоритетъ правъ, записанныхъ на спишѣ выписи. О возвращеніи выписи дѣлается отмѣтка въ вотчинной книгѣ и на вотчинномъ свидѣтельствѣ, находящемся на рукахъ собственника.

Возвращеніе выписи неизбежно тогда, когда собственникъ хочетъ осуществить распоряженіе недвижимостью въ вотчинномъ бюро генеральнаго

¹⁾ Besson. 343.

²⁾ Art. 48—50.

³⁾ Art. 105.

⁴⁾ Art. 106.

регистратора колоніи по мѣсту нахождения недвижимости. И тутъ выпишь погашается, по выполненіи тѣхъ же мѣропріятій.

Если выпись погнѣнеть или подвергнется порчѣ, генеральный регистраторъ, по должномъ изслѣдованіи обстоятельствъ случая, можетъ выдать другой экземпляръ выписи или, смотря по обстоятельствамъ, совершить такіе дѣйствія, какъ если бы выпись была ему возвращена ¹⁾.

Кромѣ вотчинной книги Актъ знаетъ еще архивъ вотчиннаго бюро, напоминающій вотчинные акты германскаго права, какъ собраніе актовъ о сдѣлкахъ по недвижимостямъ, но лишенный того значенія, какое принадлежатъ вотчиннымъ актамъ въ Германіи. Именно, въ Германіи эти акты служатъ въ той или иной мѣрѣ дополненіемъ къ вотчинной книгѣ и оправданіемъ ея содержанія; по акту же Торренса, абсолютная publica fides вотчинной книги не терпитъ ни дополненій, ни оправданій, и вотчинные акты тутъ представляютъ лишь дубликаты актовъ о сдѣлкахъ по недвижимости (вторые дубликаты возвращаются сторонѣ съ отмѣткой объ ихъ имматрикуляціи), нужные развѣ въ рѣдкихъ случаяхъ для провѣрки правомѣрности дѣйствій генеральнаго регистратора да установленія факта подлога и т. п. ²⁾.

Актъ придаетъ безграничный вышній публицитетъ вотчинной книгѣ. Всякое лицо, которое заплатитъ по таксѣ, можетъ осмотрѣть вотчинную книгу, для чего ему отводится достаточное время въ дни и часы, определенные для такихъ осмотровъ генеральнымъ регистраторомъ.

Всякое лицо, уплатившее по таксѣ, получаетъ удостоверенную генеральнымъ регистраторомъ копию со всякаго акта, записаннаго въ вотчинную книгу и касающагося недвижимости, подчиненной акту. И эти копии, снабженныя печатью регистратора, служатъ въ судѣ доказательствомъ всего того, что содержится въ подлинникѣ ³⁾.

Актъ вооружаетъ вотчинную книгу и абсолютнымъ внутреннимъ публицитетомъ, или publica fides, на подобіе средневѣковыхъ вотчинныхъ режимовъ. Какія бы права, какія бы природы и происхожденія третья лица ни имѣли на недвижимость, послѣдняя все равно въ рукахъ записаннаго собственника остается подверженной только и исключительно тяготамъ, правамъ и сервитутамъ, вытекающимъ изъ записей и отмѣтокъ, совершонныхъ въ вотчинной книгѣ. Въ остальномъ книжный собственникъ, какъ и всякій иной управомоченный, не презюмируется только, а дѣйствительно являются, въ силу записи ихъ въ книгу, истинными управомоченными на право на недвижимость, записанное для нихъ въ книгу (книга вооружается praeasumptio juris et de jure). И эта абсолютная publica fides провозглашается актомъ не только въ защиту 3-го пріобрѣтателя, но и въ пользу перваго непосредственнаго пріобрѣтателя правъ на недвижимость. Исключеніе изъ правила дѣлается актомъ лишь для слѣдующихъ случаевъ: 1) въ случаѣ, когда пріобрѣтеніе права по записи опо-

¹⁾ Art. 106, 107.

²⁾ Art. 35 п. 2.

³⁾ Art. 121.

рочено подлогомъ; 2) въ случаѣ, когда 3-е лицо еще ранѣе пріобрѣло на недвижимость собственность и уже получило вотчинное свидѣтельство или концессию, и когда такое свидѣтельство или концессія уже ранѣе были внесены въ вотчинную книгу; 3) когда маловажныя экономически вещныя права, какъ сервитутъ прохода и т. п., были пропущены въ вотчинной книгѣ и на вотчинномъ свидѣтельствѣ; 4) когда, вслѣдствіе неправильнаго размежеванія, недвижимость изображена въ вотчинной книгѣ и вотчинномъ свидѣтельствѣ въ болшемъ объемѣ, чѣмъ она есть въ дѣйствительности. Въ этихъ случаяхъ допускается виндикація со стороны матеріально управомоченнаго, но и то лишь противъ перваго пріобрѣтателя права на недвижимость. 3-й же пріобрѣтатель, если онъ добросовѣстный, и тутъ вездѣ пользуется абсолютной защитой вотчинной книги ¹⁾.

ГГ. Производство.

Въ очеркѣ производства намъ необходимо изложить, съ одной стороны, производство при первоначальномъ подчиненіи недвижимости дѣйствію Акта и, съ другой, производство при установленіи вещныхъ правъ на недвижимость, уже подчиненную Акту, такъ какъ характеръ того и другого взаимно объясняются этимъ двойнымъ очеркомъ.

1. Нигдѣ первоначальная имматрикуляція недвижимости не имѣетъ такого рѣшительнаго значенія для судьбы правоотношеній по недвижимости, какъ въ Актѣ, ибо Актъ не допускаетъ противъ книжнаго состоянія правоотношенія уже никакихъ споровъ изъ матеріальнаго основанія. Поэтому и въ Актѣ первоначальная имматрикуляція, какъ рѣшительная для интересовъ всѣхъ вещно-управомоченныхъ, подвергается исключительно суровымъ предварительнымъ испытаніямъ. Въ этой стадіи Актъ знаетъ самый широкій легалитетъ, хотя, въ противоположность германскому праву, Актъ отводитъ и сторонамъ широкое поле дѣйствія.

Просьба объ имматрикуляціи, составленная по указанному Актомъ формуляру или въ соответствующихъ послѣднемъ выраженіяхъ, направляется къ генеральному регистратору ²⁾.

Проситель указываетъ въ своей просьбѣ природу своего права на недвижимость и всѣхъ правъ, принадлежащихъ на нее 3-мъ лицамъ по закону или справедливости. Онъ подписываетъ декларацию, свидѣтельствующую о чистотѣ его показаній, и вручаетъ генеральному регистратору всѣ акты, имѣющіеся у него или въ его распоряженіи и основывающіе или модифицирующіе право его на недвижимость. Равно онъ прилагаетъ и планъ недвижимости. Наконецъ,

¹⁾ Art. 35, 43—46, 109, 47 и др.—Потерявшій имѣетъ тогда, судя по обстоятельствамъ, личный искъ къ неправомѣрно обогатившемуся 1-му пріобрѣтателю или къ страховому фонду.

²⁾ Art. 16. Просьба можетъ исходить отъ полнаго собственника, отъ сособственника въ идеальной доль лишь съ согласія другихъ сособственниковъ, отъ собственника обремененной ипотекой недвижимости лишь съ согласія кредиторовъ; отъ ипотечнаго кредитора, когда онъ въ правѣ отчуждить недвижимость и т. п.

онъ прилагаетъ: 1) экстрактъ изъ актовъ, утверждающихъ его собственное право на недвижимость, удостоверенный имъ въ отношеніи правдыности данныхъ экстракта, въ какомъ экстрактъ даетъ анализъ всѣхъ актовъ о правахъ 3-хъ лицъ, модифицирующихъ его право, по возможности указывая имена и адреса лицъ, обремененныхъ правами, поражающими недвижимость въ силу указанныхъ актовъ, и 2) подписанную декларацию, что врученные имъ акты или обозначенные суть единственные, которые имѣются въ его распоряженіи и относятся до правоотношенія данной недвижимости. Если проситель есть лицо, имѣющее извѣстные права на недвижимость, кромѣ собственности,—онъ дѣлаетъ объявленіе о нихъ, за своей подписью ¹⁾.

По полученіи просьбы, генеральный регистраторъ передаетъ ее для всесторонняго юридическаго изслѣдованія — юриконсульту, правщику титуловъ ²⁾, а для физическаго изслѣдованія, если послѣднее уже не было принято раньше,—аттестованному генеральнымъ регистраторомъ землебру ³⁾. Самъ генеральный регистраторъ, какъ мы уже знаемъ, принимаетъ въ соображеніе и интересы фиска, малолѣтнихъ, сосѣдей по имѣнью и т. п.

Въ дальнѣйшемъ производство разнообразится. Если изъ юридическаго изслѣдованія будетъ ясно, что проситель есть прямой и первоначальный концессионеръ третируемой недвижимости, и что никакой актъ продажи, ипотеки или иной сдѣлки, затрагивающей право просителя на недвижимость, никогда не былъ записанъ (въ прежніе или новые реестры), генеральный регистраторъ безъ дальнѣйшаго имматрикулируетъ недвижимость и выдаетъ просителю аттестатъ его права на недвижимость (вотчинное свидѣтельство), по установленной Актомъ формѣ ⁴⁾.

Если изъ изслѣдованія окажется, что недвижимость принадлежитъ дѣйствительно просителю (хотя и не по первоначальной концессіи) и что она не обременена никакой ипотекой или инымъ вещнымъ правомъ, или же и обременена, но ипотечные кредиторы и вещно-управомоченные подписали просьбу и этимъ соизволили подчиненіе недвижимости Акту, генеральный регистраторъ публикуетъ просьбу одинъ разъ въ официальномъ органѣ и три раза хотя въ одномъ неофициальномъ журналѣ колоніи. При чемъ онъ назначаетъ срокъ не короче 1 мѣс. и не болѣе 1 года, по истеченіи котораго недвижимость подчиняется режиму Акта, если за это время не будетъ представлено съ чьей-либо стороны возраженій на имматрикуляцію ⁵⁾.

Если окажется, что существуютъ ипотеки или иныя тяготы, не погашенныя, что есть управомоченныя на недвижимость лица (иныя, чѣмъ написатели), которые не принимали участія при написаніи просьбы о подчиненіи недвижимости Акту, или что предъявленные о правѣ собственности акты не-

¹⁾ Art. 17.

²⁾ Art. 18.

³⁾ Art. 118 и слѣд. — На практикѣ изслѣдованіе совершается и другими еще лицами. Maxwell, 43, Beason, 341, 342.

⁴⁾ Art. 18 п. 2.

⁵⁾ Art. 19.

полные или неправильные, — юриконсультъ (правщикъ титуловъ) можетъ вовсе отвергнуть просьбу. Или же онъ можетъ опубликовать просьбу въ официальной газетѣ колоніи, въ лондонской газетѣ и во всѣхъ колониальныхъ официальныхъ газетахъ Австраліи, столько разъ и черезъ такіе періоды, сколько и какіе будутъ опредѣлены генеральнымъ регистраторомъ. Послѣдній въ правѣ установить срокъ отъ 2-хъ мѣс. и до 3-хъ лѣтъ, считая со времени первой публикаціи, и по истеченіи этого срока недвижимость имматрикулируется, если не послѣдуетъ за это время съ чьей-либо стороны возраженій на имматрикуляцію ¹⁾.

Генеральный регистраторъ можетъ назначить или ex officio или на просьбу просителя еще спеціальныя извѣщенія о предстоящей имматрикуляціи, за счетъ просителя, на имя любого лица, указываемаго въ просьбѣ объ имматрикуляціи какъ интерессента. Онъ хранитъ въ бюро доказательства того, что извѣщенія сдѣланы. Доказательство того, что извѣщеніе было получено лицомъ или что заинтересованное лицо имѣло свѣдѣніе о просьбѣ, имѣеть послѣдствіемъ для такого лица утрату права иска противъ просителя или страховаго фонда о ревиндикаціи или возмѣщеніи ущерба, иначе допустимаго Актомъ, въ извѣстныхъ границахъ ²⁾.

Сверхъ всего сказаннаго, генеральный регистраторъ обязуется опубликовать, указаннымъ судомъ способомъ, свѣдѣнія о предметѣ просьбы. Одинъ экземпляръ свѣдѣній, съ картой или планомъ, приложеннымъ къ просьбѣ, онъ равногволяетъ помѣстить на видномъ мѣстѣ въ вотчинномъ установленіи, а равно и въ другихъ мѣстахъ, по своему усмотрѣнію. Сверхъ того, генеральный регистраторъ направляетъ особое объявленіе указаннаго рода каждому лицу, которое, судя по изслѣдованію актовъ, покажется ему заинтересованнымъ. Если въ срокъ, безпартійно назначенный для возраженій на имматрикуляцію, таковая не послѣдуетъ, генеральный регистраторъ совершаетъ имматрикуляцію, и выдаетъ аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство) просителю.

Выше не разъ указывалось на возможные возраженія со стороны 3-хъ лицъ на имматрикуляцію недвижимости. Всякое лицо, претендующее на право на недвижимость, можетъ лично или черезъ представителя предъявить протестъ въ предписанный срокъ на имя генеральнаго регистратора по установленному шаблону и воспріятьствовать тѣмъ имматрикуляціи. Протестъ долженъ точно обозначить природу права, на которое претендуетъ оппонентъ, онъ долженъ содержать и экстрактъ данныхъ изъ актовъ, на которыхъ поконте протестъ, наконецъ,—декларацию о чистотѣ показаній, какъ все это требуется отъ просьбы объ имматрикуляціи недвижимости ³⁾.

Генеральный регистраторъ, получивъ протестъ по формѣ и въ срокъ, сообщаетъ о немъ просителю имматрикуляціи и приостанавливаетъ произ-

¹⁾ Art. 20.

²⁾ Art. 21.

³⁾ Art. 23.

водство имматрикуляции до тех пор, как протестъ будетъ взятъ назадъ или по нему состоится приговоръ компетентнаго суда ¹⁾.

Протестъ и безъ того гаснетъ въ теченіе 3-хъ мѣс. со дня предъявленія его генеральному регистратору, если за эти три мѣсяца протестантъ не начнетъ процесса передъ компетентнымъ судомъ для обоснованія своихъ правъ на недвижимость или если онъ не доставитъ генеральному регистратору приказъ суда о дальнѣйшемъ производствѣ ²⁾.

Генеральный регистраторъ вовсе не обращаетъ вниманія на протестъ тогда, когда протестантъ претендуетъ на право, которое можетъ быть осуществлено лишь въ извѣстный срокъ или путемъ встрѣчнаго иска, или если протестъ поконченъ единственно на отсутствіи законныхъ доказательствъ способности на распоряженіе недвижимостью въ лицѣ предшественника, отчуждателя или предшественника-приобрѣтателя ³⁾.

Если генеральный регистраторъ или правщикъ титуловъ откажутъ въ просьбѣ объ имматрикуляціи, проситель можетъ требовать письменнаго изложенія мотивовъ отказа. Онъ можетъ обжаловать отказъ въ судъ; послѣдній тогда и рѣшаетъ вопросъ объ имматрикуляціи ⁴⁾.

Проситель можетъ взять обратно свою просьбу объ имматрикуляціи вплоть до самой выдачи ему вотчиннаго свидѣтельства (аттестатъ права) генеральнымъ регистраторомъ. На письменное заявленіе о томъ регистраторъ возвращаетъ ему всѣ документы, врученные при подачѣ прошенія ⁵⁾.

Выдавая аттестатъ права, генеральный регистраторъ клеймитъ, налагаетъ печать и хранитъ въ архивѣ всѣ акты, приложенные къ прошенію объ имматрикуляціи; если же актъ относится еще и до другой недвижимости, объ имматрикуляціи которой нѣтъ и рѣчи, то онъ возвращаетъ документы собственнику послѣ того, какъ имъ будетъ сдѣлана надлежащая отмѣтка на поляхъ актовъ, относящихся до имматрикулированной недвижимости ⁶⁾.

Аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство) изготовляется въ двухъ оригиналахъ, по формѣ, указанной Актомъ ⁷⁾. Генеральный регистраторъ отмѣчаетъ на немъ въ порядкѣ ранговъ: ипотеки, тяготы, паймы, ренты и всѣ прочія реальныя права, лежащія на недвижимости, которыя только будутъ зарегистрированы или о которыхъ генеральный регистраторъ знаетъ. Если аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство) выдается малолѣтнему или недѣеспособному, онъ указываетъ и возрастъ малолѣтняго, и причину недѣеспособности. Вообще аттестатъ права изготовляется въ табellarной

¹⁾ Art. 24.

²⁾ Art. 25.

³⁾ Art. 26.

⁴⁾ Art. 27. Подробности въ art. 28.

⁵⁾ Art. 29.

⁶⁾ Art. 30. — Случай смерти просителя до полученія аттестата въ art. 31.

⁷⁾ На пергаментъ или очень прочной бумагѣ. Besson 542.

формѣ, а на заглавномъ листѣ его недвижимость фигурируетъ на раскрытомъ планѣ ¹⁾.

Аттестатъ права подписывается и опечатывается генеральнымъ регистраторомъ; одинъ оригиналъ выдается на руки просителю, другой же вносится въ вотчинную книгу ²⁾, гдѣ и полагается основаніе folium'у данной недвижимости ³⁾. При выдачѣ аттестата права просителю, на немъ дѣлается отмѣтка генеральнымъ регистраторомъ о мѣстѣ вотчинной книги, отведенномъ ему въ лицѣ его двойника въ вотчинной книгѣ ⁴⁾.

Съ момента этой отмѣтки имматрикуляція является совершившейся. Недвижимость оказывается впредь безвозвратно подчиненной режиму акта. Съ этого же момента консолидируется и право на имматрикулированную недвижимость. Собственникъ и его преемники въ доказательство своего права «сылаются» впредь только на одинъ актъ, — аттестатъ права, одинъ экземпляръ котораго имъ выдается и на которомъ они фигурируютъ, какъ собственники недвижимости. Этотъ аттестатъ права вооруженъ Актомъ всей полнотой publica fides, какой вооружается и вотчинная книга. Лицо, на имя котораго аттестатъ гласитъ, въ силу этого признается петиннымъ собственникомъ, право котораго неоспоримо ни съ чьей стороны, неключая лишь тѣхъ 4 случаевъ, которые установлены для оспариванія вотчинной книги. Понятно, такъ какъ выдаваемый на руки сторонамъ аттестатъ права есть двойникъ folium'a, — и это строеніе и отношеніе вотчиннаго свидѣтельства къ вотчинной книгѣ представляетъ новую своеобразную особенность акта Торренса ⁵⁾.

2. Насколько производство первоначальнаго подчиненія недвижимости режиму Акта отличается осторожностью и медлительностью, настолько же послѣдующее производство установленія правъ всякаго рода на недвижимость характеризуется въ актѣ крайней смѣлостью и быстротою.

Производство по Акту покончено на томъ же принципѣ консенза, на какомъ покончено производство германскихъ новѣйшихъ ипотечныхъ законодательствъ; но въ актѣ принципъ консенза проводится уже съ такой смѣлостью и рѣшительностью, съ какой онъ не проводится нигдѣ въ германскихъ законодательствахъ. Именно, по Акту установленіе всякаго права на недвижимость, включая и собственность, слѣдуетъ на одностороннее (не только формально, но и матеріально), абстрактное волеизъявленіе управомоченнаго, облеченное въ письменную форму. Всѣ условія и всѣ детали производства расчитаны на быстроту послѣдняго.

Прежде всего актъ Торренса, въ приложеніяхъ къ тексту закона, даетъ рядъ простыхъ и краткихъ формулировъ, въ которые облачаются всѣ сдѣлки и всѣ акты, относящіеся до недвижимости; формуляры эти сами по себѣ уже

¹⁾ Besson 342.

²⁾ Art. 33.

³⁾ Art. 34 п. 2, Besson 342.

⁴⁾ Art. 34.

⁵⁾ Art. 33, 34, 44, 123--129.

придуманы крайне искусно, чтобы, путем взаимных ссылок одного акта на другой, лицо могло избѣгать всѣхъ повтореній обстоятельствъ дѣла, которыя обыкновенно бывають неизбѣжны при совершеніи актовъ. Такъ, собственникъ, совершающій волеизъявленіе о передачѣ собственности, заявляетъ: „я передаю такому-то всѣ мои права на такую-то недвижимость“, и ссылается, вмѣсто описанія недвижимости, на свой аттестатъ права (вотчинное свидѣтельство). Установитель ипотеки заявляетъ: „я обязуюсь уплатить такому-то такую-то сумму и такой-то %; въ обеспеченіе этихъ платежей я устанавливаю ему ипотеку на всѣ мои права на такую-то недвижимость“, и ссылается вмѣсто описанія недвижимости на свой аттестатъ права и т. п.

Но чтобы еще болѣе упростить акты, законъ Торренса провозглашаетъ цѣлый рядъ обычныхъ для разнаго рода сдѣлокъ условій *ipso jure* содержащимися въ сдѣлкахъ, кратко излагаемыхъ въ формулярахъ, если стороны не желаютъ открыто установить иныя условія ¹⁾. Далѣе, онъ самъ, ради сокращенія содержанія актовъ, даетъ рядъ опредѣленій различныхъ юридическихъ понятій, часто описываемыхъ въ сдѣлкахъ, и приурочиваетъ къ нимъ точные термины ²⁾. Наконецъ, въ вотчинномъ установленіи находятся печатные бланки формуляровъ разныхъ сдѣлокъ, и требуется только заполнить въ нихъ немногіе пробѣлы, чтобы волеизъявленіе было готово. Тамъ же къ услугамъ публики находятся солиситоры и т. п. лица, помогающія сторонамъ при совершеніи акта ³⁾.

Актъ Торренса требуетъ, чтобы волеизъявленіе лица объ установленіи права на недвижимость облекалось въ официальную форму. Но и тутъ онъ вноситъ всѣ возможные упрощенія. Прежде всего Актъ требуетъ, чтобы на актѣ волеизъявленія фигурировалъ лишь одинъ свидѣтель, который своей подписью, состоящей изъ одной строчки, удостовѣрилъ подлинность волеизъявленія, и его непринужденность. Затѣмъ такой актъ предъявляется одному изъ многихъ официальныхъ лицъ и установленій, какъ-то: генеральному регистратору, нотаріусу, мировому судѣ, разнымъ комиссарамъ, мэру, губернатору, генеральному секретарю, консулу и т. п. Эти установленія и лица удостовѣряются въ подлинности и непринужденности акта путемъ предложенія сторонамъ или свидѣтелю присяги или торжественнаго подтвержденія акта въ видѣ отвѣта на 3 краткихъ вопроса, и одной строчкой отмѣчаютъ фактъ своего удостовѣренія на спинѣ акта. Когда же лицо распорядителя недвижимостью извѣстно самому генеральному регистратору, тогда и эти формальности отпадаютъ. Генеральный регистраторъ удовлетворяется заявленіемъ распорядителя о подлинности и непринужденности волеизъявленія и отмѣчаетъ на актѣ волеизъявленія, что избавляетъ сторону отъ засвидѣтельствованія акта свидѣтелемъ ⁴⁾.

¹⁾ Art. 67—76.

²⁾ Art. 3.

³⁾ На это указываетъ Besson, 345.

⁴⁾ Art. 115, 116. — Волеизъявленія женщины, art. 112; подопечныхъ art. 110 — 112; корпораций, art. 114.

Такое волеизъявленіе представляется генеральному регистратору въ 2-хъ оригиналахъ (кромѣ случая отчужденія собственности, — гдѣ два оригинала не требуются), по общему правилу съ приложеніемъ аттестата права и подпиской о тождествѣ обоихъ тѣхъ оригиналовъ ¹⁾. Волеизъявленіе всегда специализируетъ какъ имѣнье, такъ и сумму, если дѣло идетъ объ установленіи ипотеки. Генеральный регистраторъ вообще ведетъ себя активно по отношенію представляемыхъ актовъ; онъ или лично или черезъ посредство солиситора изслѣдуетъ, достаточно-ли ясно и обстоятельно изложены акты, способны-ли стороны къ совершенію сдѣлки и не грозитъ-ли волеизъявленіемъ чьему-либо законному интересу ²⁾. И тѣмъ не менѣе Актъ открыто освобождаетъ генеральнаго регистратора отъ провѣрки тождества обоихъ оригиналовъ акта волеизъявленія, хотя это крайне существенно, какъ сейчасъ увидимъ.

Далѣе, генеральный регистраторъ поступаетъ неодинаково, въ зависимости отъ особенностей случая. Если волеизъявленіе направляется на передачу права собственности, генеральный регистраторъ изготавляетъ новый аттестатъ права, всегда ссылающійся лишь на первоначальную концессию, а на волеизъявленіе правопредшественника — отчуждателя. Старый же аттестатъ погашается въ цѣломъ или части, въ зависимости отъ того, идетъ-ли дѣло о передачѣ всей или только доли недвижимости, тамъ описанной, и въ погашительной отмѣткѣ указываются обстоятельства перехода недвижимости. Погашенный аттестатъ генеральный регистраторъ удерживаетъ у себя, а собственнику неотчужденной доли или же приобретателю послѣдней, если она она отчуждается, выдаетъ также новый аттестатъ ³⁾. Аттестатъ права изготавляется въ 2-хъ оригиналахъ.

Со внесеніемъ одного изъ оригиналовъ новаго аттестата права въ главную книгу, на мѣсто стараго, право собственности переходитъ на приобретателя. Другой оригиналъ, съ отмѣткой о внесеніи его двойника въ главную книгу, выдается приобретателю. Приобретатель въ силу того, что онъ поименованъ въ имѣющемся у него аттестатѣ права, является истиннымъ собственникомъ, неуязвимымъ ни съ чьей стороны ⁴⁾.

Аналогично добровольному отчужденію, но съ соответствующими особенностями каждаго случая, актъ регулируетъ и производство при переходѣ собственности во всѣхъ другихъ возможныхъ случаяхъ, какъ-то: концессіи ⁵⁾.

¹⁾ Besson 346, см. отчасти выше.

²⁾ Art. 48 и друг.

³⁾ Art. 49, 50.

⁴⁾ Art. 33 и друг. Ограниченія этого начала и предѣлы ограниченій тутъ тѣже, которыя указывались выше.

⁵⁾ Art. 15.

наслѣдованія по завѣщанію ¹⁾ или закону ²⁾, легата ³⁾, принудительнаго отчужденія ⁴⁾, брака ⁵⁾, раздѣла ⁶⁾ и т. п. ⁷⁾).

Когда же волеизъявленіе направляется на установленіе ипотеки или любого иного вещнаго права на недвижимость, помимо собственности, производство въ вотчинномъ установленіи отличается крайней быстротою. Генеральный регистраторъ дѣлаетъ отмѣтку на одномъ изъ оригиналовъ изготовленнаго стороною и предъявленнаго ему волеизъявленія—о томъ, что послѣднее записано въ вотчинную книгу, и возвращаетъ этотъ оригиналъ управомоченному по сдѣлкѣ. А на практикѣ установился обычай, что генеральный регистраторъ лишь налагаетъ штемпель на актъ волеизъявленія,—и все готово ⁸⁾. Ипотечное свидѣтельство и свидѣтельства о другихъ вещныхъ правахъ, въ силу этой отмѣтки, признаются уже какъ имматрикулированныя; лицо, въ нихъ поименованное, въ силу этого уже признается за истиннаго управомоченнаго, право котораго не подлежитъ болѣе никакому оспариванію съ чьей-либо стороны ⁹⁾. Другой оригиналъ генеральный регистраторъ удерживаетъ у себя, и лишь на основаніи его онъ уже совершаетъ экстрактивную запись волеизъявленія или только отмѣтку о послѣднемъ на folium недвижимости. И эта отмѣтка производитъ то, что актъ волеизъявленія получаетъ силу записаннаго въ вотчинную книгу или правопроизводящаго волеизъявленія ¹⁰⁾. Послѣ этого оригиналъ поступаетъ въ архивъ.

Возникшее право отмѣчается и на аттестатѣ права, находящемся на рукахъ собственника, для чего, какъ мы уже знаемъ, аттестатъ предъявляется, по общему правилу, вмѣстѣ съ волеизъявленіемъ въ вотчинное установленіе.

Такимъ образомъ, Актъ отправляется отъ идеи, что оба оригинала будутъ всегда тождественны и что отмѣткѣ на циркулирующемъ оригиналѣ всегда будетъ соответствовать отмѣтка и въ вотчинной книгѣ, на folium имѣнья, наконецъ, что отмѣткѣ на циркулирующемъ аттестатѣ права будетъ всегда отвѣчать отмѣтка на folium имѣнья, представляющемъ другой оригиналъ аттестата права. Но Актъ рискуетъ и обмануться въ ожиданіяхъ, ибо тождество актовъ волеизъявленія завѣряется лишь стороною, хотя и отвѣчающей уголовнымъ порядкомъ за правильность завѣренія, а соответствію отмѣтокъ на циркулирующихъ актахъ и на folium имѣнья угрожаетъ раздѣленіе во времени выполненія отмѣтокъ. Требуется много условій, чтобы не произошло вездѣ тутъ погрѣшностей. Впрочемъ, Актъ косвенно разрѣшаетъ

¹⁾ Art. 89.

²⁾ Eod.

³⁾ Eod.

⁴⁾ 83 art.

⁵⁾ Art. 87.

⁶⁾ Art. 92.

⁷⁾ Art. 90, 91.

⁸⁾ Besson, 346.

⁹⁾ Art. 33—35, 45 и друг.

¹⁰⁾ Art. 35 и друг.

случай разногласія циркулирующихъ актовъ и вотчинной книги въ пользу послѣдней; къ записи волеизъявленія въ книгу въ концѣ-концовъ и приурочивается возникновеніе и приоритетъ правъ на недвижимость ¹⁾).

Аналогично производство при уступкѣ книжнаго права ²⁾. И лишь съ приличными случаямъ модификаціями совершается производство прекращенія правъ на недвижимость ³⁾.

Г. Вотчинное, ипотечное и другія свидѣтельства.

Уже изъ очерка производства мы видѣли, какъ особенно Актъ организуетъ эти свидѣтельства. Меньше значенія имѣеть, хотя тоже не лишено оригинальности, то, что Актъ возлагаетъ на самого отчуждателя обязанность изготовленія такихъ свидѣтельствъ, исключая только вотчиннаго, изготовляемаго самимъ генеральнымъ регистраторомъ. Не ново и то, что вотчинное свидѣтельство представляетъ собою по Акту полное сходство съ folium имѣнья. Такой порядокъ былъ извѣстенъ еще Прусскому Ландрехту 1794 г. Но полной новизною дышетъ въ Актѣ правовое значеніе циркулирующихъ свидѣтельствъ. Именно, эти свидѣтельства, разъ только на нихъ стоитъ отмѣтка о записи ихъ въ вотчинную книгу, вооружаются Актомъ всей полнотою абсолютной fides publica, какой вооружена самая вотчинная книга ⁴⁾. Этому начала не знаетъ ни одно европейское законодательство. Такое значеніе свидѣтельствъ для оборота огромное. Управомоченный можетъ гдѣ угодно совершить распоряженіе своимъ правомъ, и другая сторона не нуждается тутъ въ предварительномъ осмотрѣ вотчинной книги, чтобы дѣйствовать навѣрное. Ей достаточно осмотрѣть свидѣтельство, находящееся на рукахъ управомоченнаго. Если управомоченный совершитъ свое волеизъявленіе объ отчужденіи своего права и вмѣстѣ съ своимъ свидѣтельствомъ вручитъ такое волеизъявленіе другой сторонѣ,—обѣ стороны достигнутъ желаемого эффекта. Приобрѣтателю остается лишь предъявить имѣющіеся у него акты современемъ генеральному регистратору для отмѣтки въ вотчинной книгѣ и другихъ мѣропріятій, необходимыхъ при переходѣ права. Отчуждатель не можетъ предпринять въ ущербъ приобретателю никакихъ распоряженій, такъ какъ у него въ рукахъ нѣтъ свидѣтельства, легитимирующаго его на распоряженіе. А по особому предписанію Акта, сверхъ того, еще изъ нѣсколькихъ предъявленныхъ волеизъявленій предпочтеніе отдается тому, которое сопровождается вотчиннымъ свидѣтельствомъ ⁵⁾. Но и приобретатель не можетъ извлечь изъ обладанія свидѣтельствомъ отчуждателя никакихъ выгодъ, кромѣ тѣхъ, на которыя его уполномочиваетъ волеизъявленіе отчуждателя. Свидѣтельство всегда именное. А кромѣ того, еще собственникъ,

¹⁾ Art. 43.

²⁾ Art. 65, 68 и друг.

³⁾ Art. 63 и друг.

⁴⁾ Art. 34, 45 и. 2 и друг.

⁵⁾ Art. 43.

как и иной управомоченный, по Акту, имѣютъ энергичное средство для истребования своихъ свидѣтельствъ изъ 3-ихъ рукъ ¹⁾, а въ крайнемъ случаѣ—къ ихъ услугамъ амортизаціонное производство ²⁾. Впрочемъ, только въ очерченной мѣрѣ и правильно общераспространенное мнѣніе, что по Акту Торренса передача собственности совершается путемъ передачи аттестата права. Точнѣе же, это мнѣніе вовсе неправильное. Собственность переходитъ, по Акту, въ сложномъ процессѣ обновленія новаго аттестата права генеральнымъ регистраторомъ на основаніи предъявленныхъ ему акта волеизъявленія прежняго собственника и аттестата права, гласящаго на имя прежняго собственника. При чемъ волеизъявленіе должно быть актомъ официальнымъ. Лишь предъявленіе этихъ актовъ можетъ быть совершено и не собственникомъ, а пріобрѣтателемъ. Но и этотъ порядокъ Акта только не воспрещаетъ и вездѣ третируетъ за норму — предъявленіе документовъ самимъ собственникомъ. Скажу болѣе,—Акта не использовалъ своей организаціи свидѣтельствъ даже въ той мѣрѣ, въ какой онъ могъ бы легко ихъ использовать. Такъ, передача ипотеки по Акту совершается лишь въ силу записи цессія въ вотчинную книгу ³⁾, хотя въ Германіи издавна цессія ипотеки не требуетъ записи даже тамъ, гдѣ ипотечное свидѣтельство вовсе не вооружается *fides publica*. Нечего уже и говорить, что Актъ не знаетъ ипотечныхъ свидѣтельствъ на предъявителя, которыя такъ распространены теперь въ Германіи.

VI. *Протестація*. При всемъ своемъ формализмѣ, Актъ все же въ извѣстныхъ намъ 4-хъ случаяхъ допускаетъ оспариваніе изъ матеріальныхъ основаній формальной истины книжнаго права. И третируется оспоримость различно, когда она осуществляется противъ 1-го пріобрѣтателя и 3-го пріобрѣтателя добросовѣстнаго. Отсюда и по Акту остается еще въ рѣдкихъ случаяхъ мѣсто примѣненію протестаціи противъ книжнаго состоянія правотношеній по недвижимости. Лицо, претендующее на право недвижимости, можетъ предъявить протестацію, составленную по формуляру, указанному Актомъ,— и этимъ воспрепятствовать записи любого распоряженія книжнаго управомоченнаго той недвижимостью, безусловно или до тѣхъ поръ, пока протестація не будетъ отозвана. По полученіи протестаціи, генеральный регистраторъ сообщаетъ о ней заинтересованному. Последний можетъ вызвать протестанта въ судъ для выслушанія мотивовъ протеста. И судъ разрѣшаетъ споръ.

Пока протестація не устранена, генеральный регистраторъ воздерживается отъ записи всякаго рода актовъ отчужденія и обремененія недвижимости.

Протестація гасится генеральнымъ регистраторомъ, разъ только ему будетъ достаточно доказано, что права протестанта прекратились или устранены, или что онъ не имѣетъ въ протестаціи интереса, или что протестантъ не имѣетъ основаній протестовать противъ отчужденія или обремененія ипо-

¹⁾ Art. 130—136.

²⁾ Art. 117.

³⁾ Art. 65.

текой недвижимости. Въ случаѣ уничтоженія протестаціи, генеральный регистраторъ за 7 дней до того сообщаетъ протестанту о своемъ намѣреніи ¹⁾.

Нельзя сказать, чтобы постановка протестаціи въ актѣ Торренса была недоступна упрекамъ. Многолѣтній опытъ протестацій, предъявляемыхъ прямо въ вотчинное установленіе, привелъ въ Германіи къ убѣжденію, что этотъ порядокъ крайне тормазитъ оборотъ. Въ Германіи уже давно, по этому, записи протестацій допускаются, по общему правилу, лишь въ силу судебного приказа. То же можетъ повториться и въ практикѣ акта Торренса.

Предварительныхъ отмітокъ Актъ вовсе не знаетъ, да онъ едва ли и нужны при быстротѣ производства и формализмѣ права.

Въ заключеніе формальнаго права Акта Торренса отмітимъ, что Актъ привлекаетъ въ видѣ корректива своему формализму уголовную кару, грозящую не только тѣмъ, кто умышленно злоупотребляетъ формализмомъ Акта, но и тѣмъ, кто по оплошности или необдуманности завѣрить сходство оригиналовъ волеизъявленія, когда сходства вовсе нѣтъ.

§ 98. Матеріальное право акта Торренса.

I. *Общая замѣчанія*. Уже раньше мнѣ приходилось замѣчать, что Актъ подчиняетъ началу публицитета рѣшительно все моменты въ судьбѣ всехъ правъ на недвижимость. Никакая переменна въ судьбѣ права на недвижимость, какой-бы природы это право ни было, собственность, ипотека, сервитутъ, рента, аренда и т. д., затѣмъ, возникновеніе-ли, передача-ли или прекращеніе такихъ правъ имѣется въ виду, наконецъ, по какому-бы то ни было титулу,—не производитъ юридическаго дѣйствія, какъ только въ силу записи такихъ измѣненій въ вотчинную книгу. Но одинъ фактъ такой записи правоизмѣненія достаточенъ не только для достиженія правового эффекта ²⁾, но и для полной защиты пріобрѣтателя права противъ какихъ-либо нападений съ чьей-либо стороны ³⁾. Этой экстензивностью и одновременной интензивностью начала *fides publica* Актъ отличается отъ всехъ другихъ вотчинно-ипотечныхъ системъ. Это налагаетъ на Актъ печать теоретизма.

Другую характерную особенность Акта представляетъ то, что актъ, рѣзко различая обязательственный и вещный моменты распоряженія недвижимостью, облекаетъ вещный моментъ уже не въ форму абстрактнаго вещнаго договора, а въ форму абстрактнаго одностороннаго волеизъявленія отчуждателя ⁴⁾. Правда, въ формулярахъ волеизъявленій объ отчужденіи недвижимости и установленія ипотеки значится *causa*, полученіе цѣны или валюты, но 1) неполученіе таковыхъ не оказываетъ никакого вліянія на пріобрѣтеніе права на недвижимость ⁵⁾, 2) заявленіе о полученіи цѣны или валюты представляетъ

¹⁾ Art. 98—103.

²⁾ Art. 43 и масса другихъ, на отдельные случаи: только сервитуты пути и т. п. незначительные могутъ и не быть указаны въ вотч. книгѣ.

³⁾ Art. 44, 109.

⁴⁾ См. формуляры актовъ.

⁵⁾ Art. 97.

фикцію, примѣняемую даже тамъ, гдѣ отчужденіе безвозмездное или ипотека установлена въ цѣляхъ даренія.

Примѣненіе 2-хъ указанныхъ началъ рѣшительно ко всѣмъ правоотношеніямъ на недвижимость представляетъ собою несомнѣнную послѣдовательность проведенія Актомъ своихъ основныхъ идей. Но, тѣмъ не менѣе, мы остановимся, по обыкновенію, лишь на двухъ наиболѣе видныхъ правахъ на недвижимость—собственности и ипотеки, по аналогіи съ которыми организованы всѣ прочія права.

II. Право собственности. Мы уже знаемъ, что право собственности приобрѣтается по акту въ силу внесенія одного изъ оригиналовъ вотчиннаго свидѣтельства въ папку вотчинной книги, о чемъ дѣлается отмѣтка на другомъ оригиналѣ вотчиннаго свидѣтельства, вручаемомъ собственнику. Знаемъ также, что приобрѣтеніе въ силу этого формальнаго момента является по акту рѣшительнымъ и неоспоримымъ изъ матеріальныхъ основаній ¹⁾. Приобрѣтатель аттестованный есть и истинный приобретатель, а не только легитимированный на оборотъ персона, какъ въ Германіи. Въ частности пороки волеизъявленія не оказываютъ никакого вліянія на приобрѣтеніе ²⁾. Исключеніе составляютъ 4 извѣстныхъ намъ случая. Только въ этихъ 4-хъ случаяхъ Актъ и допускаетъ виндикацію недвижимости противъ аттестованнаго по Акту собственника, но и то лишь когда собственникъ этотъ является первымъ приобретателемъ, т. е. когда основанія подтачиваютъ именно его приобретательный актъ; если же это былъ 3-й добросовѣстный приобретатель, онъ свободенъ и отъ нападений такого рода ³⁾. Собственность переходитъ отъ аттестованнаго собственника только съ тѣми правами, которыя перечислены въ вотчинномъ свидѣтельствѣ отчуждателя, или, что то же, въ вотчинной книгѣ ⁴⁾.

Всѣ притязанія изъ матеріальнаго отношенія превращаются въ личный искъ противъ другой стороны. А притязанія по случаю нарушенія матеріальнаго права выражаются въ личномъ искѣ о возмѣщеніи ущерба. Этотъ искъ направляется, какъ мы уже знаемъ, прежде всего противъ неправомерно обогатившагося перваго приобретателя собственности. Но когда осуществленіе не привело къ успѣшному результату,—искъ направляется противъ страхового фонда ⁵⁾. Въ обоихъ случаяхъ искъ давитъ въ 6 лѣтъ ⁶⁾. Тамъ, гдѣ, по исключенію, виндикація имѣетъ мѣсто (4 случая), дѣло идетъ въ судъ, и когда судъ признаетъ виндикаціонный искъ правильнымъ, судъ приказываетъ аннулировать вотчинный актъ и изготовить новый ⁷⁾. Въ такихъ случаяхъ аттестованный собственникъ третируется какъ детенторъ виндициру-

1) Art. 33.
2) Eod., также art. 123 и друг.
3) Art. 109 и друг.
4) Art. 44, 109 и друг.
5) Выше. Подробности въ art. 127—129.
6) Art. 124.
7) Art. 125.

емой недвижимости ¹⁾. Такимъ образомъ, актъ Торренса вовсе не знаетъ дублициета собственности.

Но если аттестованный собственникъ, какъ таковой, признается по акту истиннымъ собственникомъ, въ томъ смыслѣ, что противъ его права не допускаются никакія нападенія со стороны 3-хъ лицъ, то, съ другой стороны, его виндикаціонный искъ не терпитъ никакихъ возраженій; въ частности такому иску не противостоятъ ни возраженіе, ни ретенція по случаю неуплаты цѣны за вещь ²⁾. Это служитъ новымъ доказательствомъ того, что упоминаемое объ уплатѣ цѣны въ волеизъявленіи отчуждателя есть фикція,—безплодная и ненужная.

Такимъ образомъ, въ организациі вотчиннаго оборота въ актѣ Торренса замѣчается средневѣковая обезпеченность приобретена при наивысшей степени современной мобилизаціонной тенденціи оборота.

III. Право ипотеки. Въ актѣ Торренса ипотека проникнута тѣмъ же формализмомъ, какъ и право собственности и всѣ вообще права на недвижимость. Матеріальное строеніе ея нѣсколько отлично отъ строенія ипотеки европейскихъ континентальныхъ правъ, по видимому, она представляетъ нѣкоторую передѣлку и англійскаго права. Въ общемъ же она далеко не обладаетъ тѣмъ развитіемъ, гибкостью и способностью отвѣтить разнообразнымъ комбинаціямъ современнаго оборота реального кредита, которымъ можетъ отвѣтить строеніе ея въ германскомъ правѣ. И тутъ, мнѣ кажется, актъ Торренса ожидаетъ въ будущемъ разностороннюю переработку. Впрочемъ, практика акта Торренса уже сдѣлала кое-что въ этомъ направленіи. Хотя, съ другой стороны, ипотека акта во многихъ отношеніяхъ ушла далѣе самыхъ смѣлыхъ проектовъ германскаго типа.

1. Понятіе ипотеки. Актъ Торренса мыслить ипотеку, вообще, сходно съ господствующимъ направленіемъ современной юридической мысли, какъ право на вещь, въ силу котораго управомоченный можетъ извлечь изъ вещи денежную сумму и этимъ получить удовлетвореніе по требованію. Такъ что, по идеѣ акта, ипотека существуетъ всегда ради обезпеченія требованія ³⁾. И формуляръ волеизъявленія собственника объ установленіи ипотеки отлѣчается, что ипотека устанавливается ради требованія, и даже, что сумма долга уплачена. Наконецъ, рядъ статей акта упоминаетъ о личномъ требованіи ипотечнаго кредитора противъ личнаго должника, на ряду съ правомъ ипотеки ⁴⁾. Въ виду всего этого можно было бы, кажется, утверждать, что по акту Торренса ипотека является аксессуарнымъ правомъ, а въ возникновеніи ея имѣетъ значеніе даже каузальный моментъ. И тѣмъ не менѣе это будетъ не вполнѣ такъ. Именно въ силу формализма, какимъ проникнуто насъ всего право акта Торренса, ипотека является и въ возникновеніи, и въ существованіи, и

1) Art. 97 и 123.
2) Art. 126.
3) Art. 56, 60 и друг.
4) Art. 61.

въ прекращеніи еще менѣе зависимою отъ свойствъ личнаго требованія, чѣмъ это имѣетъ мѣсто гдѣ-либо въ Германіи. Точнѣе говоря, ипотека является вовсе не зависимою отъ обезпечиваемаго ею личнаго требованія. Какъ бы личное требованіе ни было порочнымъ, и хотя бы оно вовсе не возникло, ипотека, въ силу записи ея въ вотчинную книгу, все равно будетъ дѣйствительна, и даже неоспорима¹⁾. Съ другой стороны, актъ Торренса не знаетъ и фикціи, подобной той, какую провозглашаетъ германское уложеніе, будто личное требованіе признается существующимъ ради книжной ипотеки. Скорѣе же мы имѣемъ для акта Торренса отношеніе солидарное между ипотекой и личнымъ требованіемъ, аналогичное случаю, когда самостоятельный вотчинный долгъ или самостоятельная мекленбургская ипотека устанавливаются ради обезпеченія какого-нибудь, посторонняго имъ по существу, личнаго требованія. Съ другой стороны, право ипотеки въ актѣ Торренса является открыто правомъ строго вещнымъ; собственникъ недвижимости не обязанъ, какъ таковой, платить ипотечный долгъ, — онъ лишь можетъ на общемъ основаніи удовлетворить кредитора, чтобы избѣжать отобранія недвижимости²⁾. Право кредитора по акту Торренса даже ближе къ римскому вещному праву, чѣмъ по какимъ-либо германскимъ правамъ, еще въ томъ отношеніи, что кредиторъ, въ случаѣ неуплаты долга, управомочивается самолично и безъ всякаго судебного вмѣшательства отчудить заложенную недвижимость съ публичнаго торга или даже путемъ частной продажи, а иногда и вовсе вступить самолично во владѣніе и пользованіе недвижимостью, наконецъ „эвннцировать“ себѣ недвижимость³⁾. Другими словами, право ипотеки по акту есть право непосредственнаго отношенія ипотечнаго кредитора къ вещи. И если нужно во что бы то ни стало изыскивать долговой моментъ въ правѣ самостоятельной ипотеки, а не удовлетвориться признаніемъ ея какъ бремени, поражающаго вещь въ ея цѣновомъ моментѣ, то, самое большее, въ ипотеку акта мы можемъ усмотрѣть одну лишь бытовую идею кредитнаго отношенія, не всегда отвѣчающую правовой организаціи ипотеки.

Наконецъ, кредиторъ, по акту Торренса, какъ и по Германскому уложенію, вовсе не связанъ въ выборѣ средствъ удовлетворенія; онъ, по собственному усмотрѣнію, можетъ осуществить какъ личное право требованія, такъ и вещное право ипотеки. Этотъ выборъ принадлежитъ ипотечному кредитору какъ тогда, когда личный должникъ и собственникъ недвижимости суть одно лицо, такъ и тогда, когда недвижимость въ моментъ взысканія долга находится уже въ 3-хъ рукахъ. Актъ Торренса высказываетъ для послѣдняго случая лишь начало, что законъ презюмируетъ на случай перехода заложенной недвижимости, что пріобрѣтатель послѣдней „обязуется не вводить отчуждателя въ ущербъ по удовлетворенію ипотечнаго кредитора“⁴⁾.

1) Art. 43.

2) Art. 57.

3) Art. 57—62.

4) Art. 68.

Другими словами, пріобрѣтатель разсматривается, если противное открыто не установлено, принявшимъ на себя долгъ отчуждателя. Но уже формулировка нормы указываетъ, что это принятіе долга пріобрѣтателемъ есть дѣло частное самихъ сторонъ и не обязательно для кредитора, если онъ не участвовалъ въ сдѣлкѣ. Впрочемъ, достаточно одного востребованія на имя новаго собственника со стороны кредитора, чтобы принятіе долга было обязательно и для кредитора.

Актъ знаетъ только договорную ипотеку; ни законной, ни судебной ипотеки онъ не знаетъ вовсе. Такъ что ипотека служитъ въ актѣ исключительно цѣлямъ реального кредита. Но ипотека обезпечиваетъ не только заемъ, но и ренту, и періодическіе платежи¹⁾.

Актъ вовсе не регулируетъ и не знаетъ ипотеки собственника ни въ смыслѣ первоначальнаго установленія ипотеки на имя собственника, ни въ смыслѣ послѣдующаго слиянія въ одною лицѣ собственности и ипотеки. Изъ формализма акта послѣдній случай вытекаетъ самъ собою. Первый же едва ли и возможенъ.

2. Ипотека возникаетъ въ моментъ записи ея въ вотчинную книгу, на основаніи односторонняго абстрактнаго волеизъявленія собственника; ипотечный кредиторъ получаетъ одинъ изъ оригиналовъ волеизъявленія на руки, съ отмѣткой о записи его въ вотчинную книгу. Ипотека отмѣчается и на аттестатѣ права, находящемся на рукахъ собственника.

Волеизъявленіе неизмѣнно специализируетъ недвижимость. Ипотека получаетъ рангъ по моменту записи, а запись совершается въ порядкѣ предъявленія волеизъявленій. Изъ одновременно же предъявленныхъ предпочтается та, которую сопровождаетъ аттестатъ права. Записанная, она, подобно праву собственности, не подлежитъ никакимъ оспариваніямъ изъ матеріальныхъ основаній, даже въ рукахъ перваго ея пріобрѣтателя²⁾.

3. *Правоотношеніе ипотеки*, въ общемъ, уже дано съ очеркомъ понятія ея. Актъ открыто заявляетъ, очевидно считаясь съ Англійскимъ правомъ, что ипотека лишь обезпечиваетъ капиталъ и т. д., но не влечетъ немедленно перехода собственности³⁾.

4. *Осуществленіе ипотеки* представляетъ въ актѣ много оригинальнаго. Въ случаѣ неуплаты въ теченіе 1 мѣсяца капитала или $\frac{1}{2}\%$ въ цѣломъ или части, какъ равно въ случаѣ невыполненія условій, открыто установленныхъ или *implicite* содержащихся по Акту въ ипотечномъ обязательствѣ, ипотечный кредиторъ, послѣ письменнаго востребованія съ должника под угрозой экзекуціи, адресованнаго по послѣднему domiciliu, извѣстному въ колоніи, и оставшагося безъ результата въ теченіе новаго 1 мѣсяца, *ipso iure* имѣетъ право на продажу имѣнья съ публичнаго торга или даже добровольную. Кредиторъ можетъ и самъ купить и перепродать недвижи-

1) Art. 59.

2) Art. 60, см. еще art. 67—69.

3) Art. 56 и друг.

мость, не отвѣчая за послѣдовавшій оттого ущербъ должнику. Кредиторъ можетъ дѣйствительнымъ образомъ совершить всѣ дѣйствія, необходимыя для того, чтобы осуществить продажу. Онъ можетъ дать квитанцію и освобождающей недвижимостью отъ его ипотеки актъ покупателю въ обменъ за цѣну, данную покупателемъ за недвижимость, и покупатель не отвѣчаетъ за потерю или похищеніе уплаченной имъ цѣны или за неправильность продажи въ случаѣ, когда послѣдняя совершается безъ необходимыхъ оговѣщеній.

Продажная цѣна зачитается прежде всего на покрытіе издержекъ производства, во вторую же очередь на уплату долга, за который состоялось отчужденіе. Остатокъ возвращается ипотечному должнику. Отчужденіе не влечетъ по акту ликвидаціи старѣйшихъ ипотекъ; послѣдующія же ипотеки отпадаютъ за неудовлетвореніемъ ихъ ¹⁾.

При отчужденіи кредиторомъ имѣнья, кредиторъ совершаетъ и волеизъявленіе объ отчужденіи, на общемъ основаніи. Приобрѣтатель, на общемъ же основаніи, получаетъ новый аттестатъ права ²⁾.

Но кредиторъ можетъ, въ случаѣ неуплаты, вступить и во владѣніе недвижимостью, собирать плоды и доходы ея или арестовать ихъ у арендатора.

Наконецъ, онъ можетъ тогда требовать и признанія себя собственникомъ недвижимости рангѣ, чѣмъ прибѣгнуть къ праву отчужденія, ему принадлежащему, и объявить черезъ судъ должника утратившимъ право выкупа ³⁾.

Помимо личнаго иска къ должнику, ипотечный кредиторъ можетъ, въ обезпеченіе педомокъ болѣе чѣмъ за 21 день, и послѣ предложенія, сдѣланнаго арендатору объ уплатѣ таковыхъ,—вступить въ обремененную ипотекой недвижимость, арестовать и продавать движимость арендатора и удовлетворить себя изъ выручки въ капитальномъ требованіи, %'ахъ и издержкахъ. Но арендаторъ отвѣчаетъ только въ суммѣ, которую онъ долженъ въ моментъ ареста ⁴⁾.

Кредиторъ, вступающій во владѣніе данной въ аренду и обремененной его ипотекой недвижимостью, отчитывается передъ собственникомъ такъ же, какъ арендаторъ отчитывался до вступленія кредитора во владѣніе ⁵⁾.

5. Рангъ ипотекъ опредѣляется въ актѣ Торренса моментомъ записи ихъ въ вотчинную книгу. Ни уступка ранга, ни институтъ открытаго мѣста для будущей ипотеки не извѣстны акту Торренса.

6. Уступка ипотеки совершается или путемъ особаго акта передачи или путемъ полнаго (по не бланковаго) именнаго индоссамента, совершаемыхъ по формѣ Акта. Но въ обоихъ случаяхъ право цедента переходитъ

¹⁾ Art. 57, 58.

²⁾ Eod.

³⁾ Art. 60.

⁴⁾ Art. 61.

⁵⁾ Art. 62.

на цессіонарія лишь въ силу записи цессіи въ вотчинную книгу ¹⁾. Даже переходъ ипотеки по сукцессіи подлежитъ и завершается записью въ вотчинную книгу ²⁾.

7. Прекращеніе ипотеки слѣдуетъ также въ силу погасительной отмѣтки въ вотчинной книгѣ, совершаемой на основаніи предьявленія ипотечнаго свидѣтельства, посылаю на оборотѣ заявленіе кредитора объ освобожденіи недвижимости отъ ипотечнаго бремени, официально засвидѣствованное ³⁾. Погасительная отмѣтка заносится и на аттестатъ права.

IV. *Mortgage in equity*. На практикѣ, пользуясь формализмомъ акта Торренса, выработали еще своеобразную форму реального кредита, негласную и краткосрочную, которая заключается въ слѣдующемъ. Засмщикъ даетъ свое волеизъявленіе на установленіе ипотеки и вмѣстѣ съ аттестатомъ правъ передаетъ актъ волеизъявленія кредитору. Кредиторъ же не требуетъ записи ипотеки, а только совершаетъ протестацію о недопущеніи какихъ-либо записей права по волеизъявленію должника на данную его недвижимость, въ теченіе извѣстнаго срока. Это онъ можетъ, какъ мы знаемъ. Дока не истекъ срокъ отпущенія, кредиторъ и не нуждается въ записи своего права. И если до истеченія такого срока должникъ уплатитъ долгъ, кредиторъ лишь возвращаетъ ему его аттестатъ права. Въ противномъ же случаѣ кредиторъ предьявляетъ актъ къ записи. Получается правоотношеніе, подобное средневѣковому залому, путемъ врученія кредитору *carte*, или кунчей на недвижимость. Организационно крайне выгодная для сторонъ и исполнѣ безопасная. Сузужатель безопасенъ, такъ какъ должникъ безъ аттестата права не можетъ совершить распоряженій въ ущербъ кредитору. А негласность кредитной сдѣлки не дискредитируетъ и должника. Наконецъ, заявленіе протестаціи предупреждаетъ и генеральнаго регистратора отъ совершенія записей, допустимыхъ иногда и безъ предьявленія аттестата права, по усмотрѣнію генеральнаго регистратора ⁴⁾. Такъ прогрессивнѣйшій законъ совпадаетъ съ правомъ первобытнаго времени ⁵⁾.

V. *Заклоченіе*. Дѣйствительно, въ актѣ Торренса мы встрѣчаемъ сочетание правовыхъ мотивовъ сѣдой старины съ мотивами неопредѣленнаго будущаго. Обезпеченность приобрѣтенія, какую давало средневѣковое германское право, и простота, легкость и быстрота оборота, какавъ въ Европѣ можетъ развиты развѣ только въ неопредѣленномъ будущемъ. Актъ Торренса, конечно, цѣлѣмъ отвѣтитъ потребностямъ современнаго колониальнаго оборота, но, тѣмъ не менѣе, въ лицѣ его національное германское право возстанавливается во всей своей сущности, лишь приспособленное къ условиямъ новаго времени.

Эта сторона Акта, его приспособленіе къ условіямъ новаго времени, заслуживаетъ особаго упоминанія. Тутъ Актъ является крайне острой

¹⁾ Art. 65.

²⁾ Art. 88.

³⁾ 63 art.—*Caution mora creditoris. eod.*

⁴⁾ Besson, стр. 348.

⁵⁾ Flour de Saint-Genis, 10 стр.

опасной системой. Онъ сулитъ успѣхъ обороту, но онъ требуетъ отъ публики тонкаго пониманія права и полнаго умѣнія дѣйствовать на свой страхъ и рискъ, не ожидая ни участія, ни поддержки со стороны власти. Въ этомъ отношеніи Актъ является всецѣло отголоскомъ жизни англійскихъ колоній, гдѣ населеніе является не только безукоризненно образованнымъ, но гдѣ оно и въ хозяйственной и въ другой любой области дѣятельности воспитано на началахъ абсолютной частной инициативы и полной свободы отъ государственнаго вмѣшательства, наконецъ, гдѣ деньги, полученные изъ страхового фонда, являются достаточнымъ возмѣщеніемъ за невольную утрату земельного участка. Тотъ же Актъ явился бы по существу своему чуждымъ установленіемъ въ любой странѣ старой континентальной Европы, гдѣ земля не товаръ, а основа социальной группировки гражданъ, гдѣ населеніе пережило вѣка государственной опеки и гдѣ оно привыкло взирать на государственную власть, какъ своего естественнаго покровителя и попечителя.

Судьбы акта Торренса подтверждаютъ эти замѣчанія какъ нельзя болѣе краснорѣчиво.

§ 99. Судьбы акта Торренса.

I. Хотя актъ Торренса и не былъ обязательнымъ, но, благодаря своей высокой пригодности и приуроченію къ быту колоній, онъ получилъ быстрое распространеніе среди англійскихъ колоній. Такъ, уже въ 1860 г. актъ вводится въ Новой Зеландіи, въ 1861 г.—въ Queensland, въ 1862 г.—въ Victoria, въ Nouvelle-Galles du sud и Тасманіи, въ 1874 г.—въ Зап. Австраліи, въ 1877 г.—въ Британской Колумбіи, на островахъ Фиджи; въ Etat d'Jowa, въ 1886 г.—въ англійскихъ établissements de Malacca и т. д. ¹⁾ Съ другой стороны, образцомъ того, насколько къ акту примыкали владѣнія внутри этихъ колоній, можетъ служить исторія его успѣховъ въ Queensland; тамъ съ 1861 г. и до 1880 г. Актъ добровольно подчинился 98% всего землевладѣнія ²⁾.

Вездѣ тутъ Актъ нѣсколько измѣнили въ деталяхъ, но основы его сохранялись въ неприкосновенности. Такъ, въ Новой Зеландіи вотчинныя бюро учреждались для каждаго дистрикта, а не одно для всей колоніи ³⁾; въ Сингапурѣ, въ straits settlements актъ является уже обще-обязательной и принудительной системой; отсюда—нѣкоторыя особенности введенія его, именно переходное право, напр. временные аттестаты владѣнія—рядомъ съ окончательными аттестатами права собственности ⁴⁾.

II. Поощренный успѣхомъ своего дѣла въ австралійскихъ колоніяхъ, Торренсъ пытался пропагандировать актъ и въ метрополіи. Но тутъ онъ потерпѣлъ неудачу, хотя правительство было на его сторонѣ. Такъ, неудачно

¹⁾ Besson 340, Dain, Le System Torrens, Alger 1885, стр. 2.

²⁾ Flour-de Saint-Genis, 110 стр.

³⁾ Besson, 349.

⁴⁾ Besson, 356—8.

кончились даже нерѣшительныя попытки введенія Акта, сдѣланныя въ 1868 и 1875 гг. Въ 1888 г. 23 февр. правительство выступило снова съ проектомъ, составленнымъ по образцу Акта, болѣе смѣлымъ, чѣмъ прежніе проекты, но все же лишеннымъ остроты и энергіи самаго Акта ¹⁾. О судьбѣ этого проекта намъ ничего неизвѣстно ²⁾.

III. Актъ Торренса сталъ скоро извѣстенъ и во Франціи, особенно благодаря трудамъ Uves Guot. Но этого мало. Онъ сталъ пропагандироваться французскими, какъ образецъ, которому слѣдуетъ подражать въ законодательствѣ. И уже законами 1 июля 1885 г. и 16 мая 1886 г. вводится вотчинный режимъ, составленный по образцу акта Торренса, въ Тунисѣ, а непосредственно затѣмъ принимаются мѣры къ обработкѣ, по его же образцу, вотчиннаго режима и для Алжира. Эти законы и проекты, такъ же, какъ и въ Англии, содержатъ значительныя отступленія отъ коренныхъ началъ Акта, въ сторону принциповъ дѣйствующаго тамъ французскаго права Наполеонова кодекса.

Наконецъ изъ исторіи новѣйшихъ теченій правовой мысли во Франціи мы уже знаемъ, что и для метрополіи актъ Торренса становится предметомъ подражанія и рецепціи, хотя и еще съ большими отступленіями въ сторону началъ дѣйствующаго права, чѣмъ въ колоніяхъ ³⁾.

¹⁾ Имматрикуляція не консолидируетъ сама по себѣ вотчинныхъ правъ, вотчинная книга не вскрываетъ нѣкоторыхъ вотчинныхъ правъ, и т. п.

²⁾ Besson, 358—375; France de Tersant, предисловіе къ переводу статьи Maxwell, теорія и практика системы Торренса, въ Revue Algérienne et Tunisienne de leg. et de jurisprud. Alger 1889, стр. 1—4, см. Maxwell, въ указанной статьѣ.

³⁾ Besson, 379. Dain, Le System Torrens, Alger 1885, France de Tersant, предисловіе къ переводу статьи Maxwell; гораздо сдержаннѣе другіе—Flour—de Saint-Genis, Цит. соо.

§ 100. Заключение.

Новое движение в вотчинном праве культурных народов открывается на заре современного экономического и социального строя и достигает своего наибольшего развития там, где современный экономический и социальный строй получил высшее свое выражение.

Это новое движение в вотчинном праве выражается ярче всего в правовой организации вотчинного оборота и реального кредита.

Новое движение стремится придать вотчинному обороту и реальному кредиту обеспеченность, чтобы, на почве обеспеченности, путем особых еще организаций дать свободу и простор подвижности и быстроты оборота.

Обеспеченности и быстроты оборота и реального кредита служат вновь выдвигаемые начала формально-правового и материально-правового порядка.

В сферах обеспеченности оборота в области формального вотчинно-ипотечного права провозглашается и упорно развивается *fides publica* вотчинной книги, вплоть до абсолютного ее действия. А в области материального вотчинно-ипотечного права, в тех же сферах, провозглашается начало защиты 3-го добросовестного приобретателя прав на недвижимость, или ограничение видокации недвижимости из материально-правовых оснований.

В сферах быстроты оборота в области формального вотчинно-ипотечного права провозглашается и систематически развивается начало формального—одностороннего и абстрактного волеизъявления управомоченного, как основы распоряжения недвижимостями в вотчинном установлении; а в области материального права, в тех же сферах, проводится даже начало материально-одностороннего и абстрактного волеизъявления управомоченного, как основы распоряжения недвижимостями. Но кроме того еще, в тех же сферах, систематически выдвигается роль циркулирующих в обороте вотчинных и ипотечных свидетельств, вплоть до признания их носителями вотчинных прав, а вместе с тем этим свидетельствам придается наиболее легкая подвижность, путем сближения их, по циркуляционной способности—с бумагами на предъявителя или ордерами. Наконец, в тех же сферах быстроты оборота упрощается и утончается весь механизм вотчинно-ипотечного дела.

Во всем очерченном процессе приворочения права к повзрослевшим экономическим и социальным условиям законодатель перфектно открыто держался системы подражания организациям торгового, а особенно вексельного права. Можно с полной уверенностью говорить для повзросшего времени о векселизации права недвижимостей. Вырождение вещного договора в абстрактный, формальный односторонний акт волеизъявления, низведение материального отношения сторон к простому основанию кондикционного иска о неправомырном обогащении, сближение, затѣм, вотчинного и ипотечного свидетельств, по их циркуляционной способности, с ордерами или даже бумагами на предъявителя, все это—подражание вексельному праву; а ограничение видокации недвижимости из материального основания—подражание

торговому праву, где, в сферах оборотоспособности товаров, издавна насаждалось начало ограничения видокации движимых вещей.

Векселизация вотчинного права с необходимостью вызывалась тем, что землевладение все больше и больше утрачивало значение господствующей формы хозяйства; такую роль завоевывали себе издавна промышленность и торговля, и чтобы землевладение могло сосуществовать с той сферой, ему было неизбежно по своему ассимилироваться в правовом отношении с правом торговли и промышленности.

Если мы перейдем теперь от этих общих замечаний к предмету нас всего больше интересующему, т. е. к ипотеке, то тут мы наблюдаем следующее.

Ипотека, как правовая форма реального кредита, стояла в центре всех очерченных изменений вотчинного права за повзросшее время. С ней процесс начался, на ней прежде и резче всего он выражался, и к ней относятся все выше сдѣланные замечания во всей своей полноте.

Но в тех же сферах оборотоспособности ипотека потерпела, сверх сказанных, еще специфические внутренние изменения. К началу эпохи, которую развивается кредитный оборот, ипотека, как мы знаем, романизовалась, т. е. стала абсолютным вещным правом, поражающим вещь в ее первоначальном моменте. Это крайне способствовало успеху реального кредита, так как обремененные ипотекой недвижимости могли теперь циркулировать, без ущерба для ипотеки, чего не было при *neque Sctzung*, представлявшей собою запрещенные отчуждения и новых обременений недвижимости. Но из римского права было заимствовано и начало аксессуарной природы ипотеки, в силу которого ипотека зависела в своих судьбах с начала и до конца от судьбы личного требования, обезличиваемого ею. А это уже являлось крайним неудобством с тех пор, как ипотека, формально выступавшая, как самостоятельная рыночная ценность, все больше и больше призывалась конкурировать по легкости и быстроте оборота с ценными бумагами, выдвигающимися господствующим экономическим строем.

В обороте нет места ни субъективному моменту, ни возражениям, до времени покоящимся в тайне и в критический момент неожиданно выступающим на сцену, чтобы подорвать действие правоотношения. Отсюда и начинается движение к отрыванию ипотеки от личного требования, ее обезличиваемого, и к возведению ее на степень самостоятельного вещного бремени, поражающего недвижимость в ее первоначальном моменте. Отчасти это было достигнуто вполне, при чем самостоятельная ипотека получила и новое название—вотчинный долг. В развитом виде, в каком вотчинный долг встречается в уложении, он представляет собою длившееся строго вещное бремя на недвижимость, хотя сущность его—в притязании. Длительный его характер достигается тем, что ради получения %-ов и т. п. кредитору дается особая экзекуция на движимые принадлежности недвижимости. А особое строение ипотечного иска, как *Feststellungsklage*, возводит вотчинный долг в

право непосредственного воздействия кредитора на недвижимость. Таким обеспечением кредитного отношения в форму строго вещного права на недвижимость достигалась простота отношения, принцип базирования реального кредита на одном только доверии к вещи и, наконец, объективации отношения, навязывавшаяся широким оборотом. Но отчасти самостоятельность ипотеки не была проведена так прямолинейно, и, притом, по чисто практическим соображениям. Дело в том, что личное требование, когда оно так или иначе примыкает к ипотечному отношению, оказывает последнему даже услуги. В то время, как в силу чисто вещного права ипотеки кредитор вынуждается, даже для взыскания %, а, пустить в ход тяжеловесный механизм экзекуции на недвижимость, — в силу личного долгового требования он может ограничиться осуществлением личного иска и более легким и быстро действующим прибором экзекуции на движимости, принадлежащей должнику. Отсюда, законодатель, не гонясь за прямолинейностью и простотой правоотношения ипотеки, удовлетворился лишь тем, что отменил зависимость ипотеки от личного требования, но последнее сохранил, распространив в конце концов формальную защиту ипотеки на само личное требование. Получилась неуклюжая, но не только безвредная, а даже полезная для ипотечного оборота организация, основанная на фикции, в силу которой личное требование существует везде там, где существует ипотека, его обеспечивающая. Наконец, в эпоху детальной разработки практического значения ипотеки, не было забыто и то, что ипотека служит не только обороту, а и простой обеспеченности. Отсюда, рядом с оборотовой более или менее самостоятельной, ипотекой, отвели заслуженное место и внеоборотовой, чисто обеспечивательной и вполне акцессорной ипотеке. Все это было сделано благоразумно, без увлеченной прямолинейными учениями, но со вниманием к потребностям живой действительности. Настолько римское отношение ипотеки к личному требованию и было передано в интересах оборотоспособности ипотеки.

Одно время германские юристы выдвигали и другую, будто-бы существенную, особенность современной ипотеки от римской; именно, опираясь на выражения некоторых современных ипотечных законов, юристы думали видеть в современной ипотеке такое вещное право, которому на стороне каждого собственника обремененной недвижимости отвечает обязанность к положительному действию, другими словами — *Realobligation*.

Но эта идея покоилась на чистом недоразумении, а при обработке Имперского Уложения взгляд был открыто отвергнут. Практически такое строение не оказывало никаких новых услуг ипотечному обороту, ибо приговор, осуждающий собственника заложенной недвижимости на уплату долга, последовавший на ипотечный иск, санкционировался лишь той же экзекуцией на заложенную недвижимость. А теоретически этот взгляд уже тем сомнителен, что, согласно ему, личные требования удовлетворялись бы в конкурс не по соразмерности, а по старшинству их возникновения. Связь же такого строения современной ипотеки с древней, национальной гер-

манской ипотекой решительно ничем не подтверждается. Менее допускает проверку, но менее же встречает и сомнений с точки зрения историка и современного догматика, хотя тоже едва ли столь уже неизбежно, другое выдвигаемое в новейшее время учение о наличности при современной ипотеке особого германского отношения *Schuld* и *Sachenhaftung*. Скорее же, все должное в современной ипотеке ограничивается лишь ее бытовой ролью, как организации кредита. Перед правом же она выступает как строго вещное право на недвижимость в новом моменте последней, т. е. с римской сущностью.

Но если современная ипотека в самой общей своей сущности представляет заимствование из Рима, то вся конкретная организация ее, весь ее облик, которому она только и обязана своим практическим успехом, представляет продукт правообразования новых народов, начиная с древнего времени и вплоть до наших дней.

Приоритет ипотеке к обороту, законодатель все кругом нее приоритетил к ее оборотоспособности. Он не только подчинил все прочие права, чтобы вскрыть физическое, экономическое и юридическое положение обременяемой недвижимости, но, сверх того, еще самые святые интересы общества он приносил в жертву идее оборотоспособности ипотеки и надежности даваемого ею обеспечения кредиту, для чего он подчинил не только простые законы, но даже привилегированные ипотеки, в их действительности, началу записи. Как ни были дороги обществу защищаемые такими ипотеками интересы, последние все не принимались в расчет при организации современной ипотеки, — они забывались за господствующим мотивом — надежностью и оборотоспособностью ипотеки. Целый ряд законных титулов ипотеки не только умалется в своем значении, но даже прямо отменяется, в интересах кредитоспособности землевладельца. Самое процессуальное право, экзекуция на недвижимость, являвшаяся формой осуществления ипотеки, переживает целые судьбы, в том же направлении — придания ипотеке свойств удобного помещения капиталов, для чего экзекуция на недвижимость имеет тенденцию к уравнению с экзекуцией на движимости, по быстроте и надежности ее выполнения и результатов.

Ряд ипотеки перестраивается и конкурсное право. Прежде всего оно систематически упрощается; далее, ряд привилегированных прав отменяется на пользу ипотечных кредиторов; ипотеки получают в конкурс *ius separationis*; наконец, конкурс не влечет ликвидации ипотеки.

Таков общий облик современного отечественного права культурных народов.

Нельзя замалчивать той истины, что многие мероприятия, влиявшие насадить новый строй, заходили далее истинных потребностей оборота, и тогда в жизни они оставались почти мертвой буквой. Но все же в общем и целом новое движение шло навстречу и новым жизненным условиям.

Въ заключеніе нужно отмѣтить еще роль національнаго движенія въ Германіи. Это движеніе внушало имѣцамъ рѣшимость порывать съ установившейся въ правѣ романизованной догмой, насколько разрывъ требовался практически соображеніями. Но дальше дѣло націонализаціи не заходило, по правилу. И возстановленіе національныхъ организацій, какъ таковыхъ, по правилу, не имѣло мѣста.

Теперь читатель знаетъ, въ какую фазу вступаетъ наше отечество, если только будетъ суждено увѣнчаться успѣхомъ дѣлу введенія у насъ проекта вотчиннаго устава. Справедливость требуетъ, однако, замѣтить, что нашъ проектъ дѣлится внести въ вотчинно-ипотечный оборотъ лишь обезпеченность, да и то неполную, и не только избѣгаетъ, а открыто ставитъ всѣ препятствія мобилизаціи оборота. Онъ ближе всего стоитъ къ самому отсталому и несовершенному изъ всѣхъ германскихъ правъ, именно праву австрійскаго закона 1871 г. Какъ бы то ни было, но историческая важность переживаемаго нашимъ отечествомъ момента побуждаетъ насъ удѣлить особый трудъ русскому залоговому праву, и тамъ дать тщательную оцѣнку существующаго и проектируемаго.

Замѣченныя опечатки.

Стран.	строка сверху.	снизу.	напечатано:	слѣдуетъ читать:
18	—	8	предполаг.	предполаг.
26	—	9	старомъ	сторонъ
30	—	4	Derburg	Derburg
34	12	—	Британская	британская
72	—	6	1693	1643
75	20	—	добыться	добиться
81	1	—	законодатель	законодателя
83	10	—	по	по
86	—	19	записи	запись
97	—	17	такъ, какъ	такъ какъ
115	—	2	3)	1)
—	—	1	1)	2)
117	—	—	1571	1581
126	—	1	Resuscie	Resuscil
136	15--16	—	поступили	наступили
137	8	—	(Fähigkeit)	(LT.-Fähigkeit).
157	4	—	простымъ	простыхъ
186	21	—	женѣ	жены
208	—	5	рѣшила	рѣшило
209	—	9	большинство	большинство
211	12	—	положеніе	положенія
222	10	—	3-мя	3-ми
240	18	—	заносятся	заносятся
241	15	—	аттестъ	арестъ
273	14	—	суда	суды
277	21	—	сулятъ	сулить
286	—	9	вѣсовъ	вѣсомъ
336	6	—	занимается	занимается
354	16	—	претендованіе	претендовавшіе
356	—	13	кнаговода	секретаря
361	12	—	recognisionis	recognitionis
379	13	—	амортизація	амортизація
394	13	—	которыхъ	которыя